



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

Derecho Civil IV (2020)
Profesores: Rodrigo Gil Ljubicic
Victoria Demarchi Salinas

Materiales V

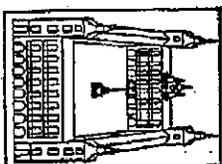
Modos de adquirir la propiedad

1. Nicholas, Barry. Introducción al Derecho Romano. Civitas, 1987. pp. 158-163; 175-188.
2. Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tecnos, 1997. pp. 62-78.
3. Alessandri Rodríguez, Arturo, et al. Tratado de los Derechos Reales. Editorial Jurídica, 2005. pp. 133-141.
4. Peñailillo, Daniel. Los Bienes. Editorial Jurídica, 2006. pp. 198-240; 255-291; 294-323.
5. Gordley, James. Foundations of Private Law. Oxford University Press, 2006. pp. 146-154.

BARRY NICHOLAS
Profesor de Derecho Romano
de la Universidad de Oxford

INTRODUCCION
AL
DERECHO ROMANO

Traducción de
MIGUEL ANGEL PALACIOS MARTINEZ



EDITORIAL CIVITAS, S. A.
1987

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

4. Modos derivados. Transmisión

A) «MANCIPIATIO», «IN IURE CESSIO»

Ya hemos examinado estas dos transmisiones de Derecho civil²⁸. Ambas han desaparecido de la legislación de Justiniano, aunque ninguna fue formalmente abolida en ningún momento. La *in iure cessio* se limitaba en la práctica a la transmisión de cosas incorpóreas, y probablemente dejó de utilizarse incluso con estos fines mucho antes de la época de Justiniano. La *mancipatio* fue desprovista de cualquier posible función en el derecho de propiedad cuando Justiniano abolió la distinción entre *res mancipi* y *res nec mancipi*²⁹, pero esto, probablemente, no era más que el reconocimiento de la práctica existente. Incluso en el Derecho clásico es materia de especulación hasta cuando se prolongó el empleo real de las balanzas y pesas. Existen numerosos documentos de este período que registran, en palabras que obviamente tienen una forma común, que un donatario o un comprador de una *res mancipi* «la recibía por *mancipatio*», pero podemos preguntarnos si las partes no se contentaban a menudo con dejar que el registro hiciera las veces del acto. Esto era ciertamente lo que en definitiva sucedía en occidente, donde aparecen referencias a la *mancipación* en documentos aún después de la época de Justiniano, pero en una forma que deja claro que incluso el significado de la palabra se había olvidado. Quien transfiriere simplemente declara que «por este medio *mancipa*» la cosa; y un siglo o dos antes, el compendio de Gayo, parte del cual se conserva en la *Lex Romana Visigothorum*,

3. Modos de adquisición de cosas corporales

Gayo y Justiniano dedican la máxima atención a los modos de adquisición de *res corporales* —las formas por las que una cosa puede llegar a ser mía—. Clasifican éstos en pertenecientes al Derecho civil o al Derecho natural en el sentido explicado anteriormente³⁰. La *traditio*, por ejemplo, es un modo natural de adquisición, mientras que la *mancipatio* e *in iure cessio* son peculiarmente romanas y, por lo tanto, modos civiles. Sin embargo, esta clasificación resulta difícil de justificar en casos individuales, y posteriores comentaristas han adoptado normalmente otras, sobre todo las de modos derivados y originales. Mediante un modo derivado, la adquisición se obtiene de un propietario anterior y, por lo tanto, al menos en teoría, el derecho de propiedad se demuestra probando a su vez el del predecesor³¹. Mediante un modo original se adquiere una titularidad que no depende de ninguna otra anterior. O la cosa nunca ha estado en propiedad de nadie anteriormente (*occupatio* de un animal salvaje) o, si lo ha estado, la nueva propiedad se prueba sin hacer referencia a la antigua. Por ejemplo, si un zapatero cambia las suelas de mis zapatos, mi derecho de propiedad sobre el cuero que ha utilizado depende, no de su derecho al mismo (él puede haberlo robado), sino que haya sido incorporado a mis zapatos (*accessio*)³². Yo pruebo mi derecho de propiedad probando la incorporación.

²⁸ Página 87.

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

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

vista que prevaleció finalmente, la adquisición de cosas abandonadas es por *occupatio*; sin embargo, el «ocupante» de una tierra abandonada la toma sujeta a sus servidumbres.

³¹ Páginas 94 y 95.

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

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

B) «TRADITIO»

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Modos naturales originarios

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

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

A) «OCCUPATIO»

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

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

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

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

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

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

B) INCREMENTO POR RÍOS

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

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

²¹ Véase pág. 278.

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

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

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

C) UNIÓN

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

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

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

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

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

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

⁴⁰ «Eritan dentro del limitado significado de *accessio* arriba presentado, *Alteratio* y *mutatio* realmente pueden ajustarse con facilidad (excepto si hubiera sido *accessio* al hecho en lugar de a la orilla, y se dice que el hecho es público). Pero *translatio* y *diversio* sólo pueden incluirse mediante una interpretación forzada, y parece más sensato adoptar una clasificación meramente descriptiva para todos estos casos.

⁴¹ No es a la pintura a la que se incorpora el lienzo, sino al cuadro, lo que es obvio si se considera el caso de A pintado en el lienzo de B con la pintura de C. El problema se habría tratado mejor como de *specificatio* (véase pág. 183 y sigs.)—el resultado habría sido el mismo.

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

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

⁴² Véase página anterior.

⁴³ Véase pág. 215 y sigs.

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

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

D) «SPECIFICATIO»

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

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

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

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

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

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

E) ADQUISICIÓN DE FRUTOS

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

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

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

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

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

⁴⁵ Véase págs. 162.

⁴⁶ Véase págs. 192.

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

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

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

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

F) TESORO DESCUBIERTO

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

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

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

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

LUIS DíEZ-PICAZO
Catedrático de Derecho Civil
En Magistrado del Tribunal Constitucional

ANTONIO GULLÓN
Catedrático de Derecho Civil
Magistrado del Tribunal Supremo

SISTEMA
DE
DERECHO CIVIL

VOLUMEN III

DERECHO DE COSAS
Y DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

SEXTA EDICIÓN

tecnicos



4. LA DINÁMICA DE LOS DERECHOS REALES

I. INTRODUCCIÓN

Denominamos en este capítulo «dinámica de los derechos reales» a las diferentes vicisitudes por las que éstos pueden atravesar y, de una manera especial a su adquisición, a su transmisión y a su extinción.

Conviene advertir que, aunque el Código civil parece dar un tratamiento unitario a la propiedad y a los demás derechos reales sobre los bienes, la normativa general y la dogmática se han construido básicamente sobre el primero de los citados derechos (adquisición y transmisión del dominio), por lo que su aplicación a los demás derechos reales no puede ser nunca automática y tiene que resultar en cada caso sometida a las correspondientes y oportunas matizaciones, como se verá de manera más concreta al estudiar cada uno de ellos.

Por último, hay que hacer la reserva de que la exposición que se realiza en este capítulo es la que resulta del conjunto de normas contenidas en el Código civil, las cuales experimentan una notable modificación, en materia de derechos reales inmobiliarios, por la incidencia de la legislación sobre el Registro de la Propiedad que será estudiada posteriormente.

II. LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO Y DE LOS DERECHOS REALES

El artículo 609 del Código civil dispone lo siguiente: «La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse mediante la prescripción.»

Fundamentada en el texto citado se suele establecer una distinción entre los modos de adquirir, que los diversifica en modos originarios y modos derivativos. Son originarios, dice CASTÁN, aquellos que hacen adquirir la propiedad independientemente de cualquier otra persona y, por tanto, necesariamente libre de toda carga, como la ocupación, y derivativos, los que hacen adquirir una propiedad fundada en un precedente derecho que tenía otra persona y, por consiguiente, sujeta a las mismas características, facultades, cargas, etc., que presentaba para el dueño precedente (ejemplo típico, la tradición).

Volviendo a la enumeración contenida en el artículo 609, podemos señalar lo siguiente:

1.º La ocupación se configura como un modo originario de adquirir la propiedad. Los derechos reales *in re aliena* no pueden adquirirse por ocupación, puesto que debe mediar otro negocio jurídico, obra del dueño de la cosa, para que se constituyan.

2.º La sucesión *mortis causa*, tanto testada como intestada, constituye un específico fenómeno de transmisión por causa de muerte de un patrimonio (o herencia), que no se aplica solamente a los derechos reales, sino a derechos y obligaciones. Su extraordinaria trascendencia jurídica hace que el Derecho de sucesión constituya una parte autónoma del Derecho civil.

3.º La ley juega también en el proceso de creación de derechos reales, aunque con un ámbito bastante limitado. Existen servidumbres que el legislador obliga a constituir, el usufructo que al cónyuge viudo corresponde en la herencia del premuerto, etc. Un estudio pormenorizado de estas situaciones jurídicas se debe efectuar al examinar el régimen jurídico de cada una de ellas.

En este capítulo limitaremos nuestro estudio a los llamados modos derivativos de adquisición del dominio y de los derechos reales. Reducido a estas proporciones, el artículo 609 dice que la propiedad y los derechos reales se adquieren por donación y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. El artículo 609 refiere estos modos de adquirir tanto al dominio o propiedad como a los «demás derechos reales». La doctrina en general ha rectificado esta afirmación en el sentido de apuntar que existen derechos reales que no requieren para su constitución de ese mecanismo de adquisición derivativa que es la tradición. Se citan especialmente los casos de la hipoteca, que exige el otorgamiento de una escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 1.875), y el de las servidumbres negativas, en las que por su propia naturaleza no cabe transferencia de la posesión pues obligan al propietario gravado a un no hacer (art. 533), y que, por consiguiente, pueden constituirse simplemente por contrato.

III. LOS SISTEMAS DE ADQUISICIÓN Y TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS REALES

Trasladado el problema desde el artículo 609 al plano de teoría general, el establecimiento de cuáles deben ser los actos o negocios jurídicos que producen o determinan una adquisición derivativa o una transmisión del dominio y de los derechos reales, puede fundarse en consideraciones jurídico-políticas de signo muy diverso. Es posible pensar que el fenómeno es algo que interesa solamente a los transmitentes y a los adquirentes y que, por tanto, a sus voluntades queda confiado. Frente a este punto de vista, se puede también observar que el efecto adquisitivo y traslativo determina igualmente un interés legítimo de los terceros y de la comunidad entera en saber, por medio de signos ostensibles o por hechos indubitados, quién es en un momento dado el propietario de una cosa o el titular de derechos reales sobre ella. De esta suerte, no basta ya el simple consen-

1 La sentencia de 5 de julio de 1980 exceptúa del requisito de la tradición la adquisición operada en virtud del ejercicio judicial de un derecho de adquisición preferente, si su titular posee el bien por el título que le concede aquella titularidad (p. ej., arrendatario que retira la finca vendida).

miento o la simple manifestación de la voluntad de las partes, sino que ésta tiene que dar lugar a lo que acabamos de llamar hechos indubitados o signos ostensibles de la transmisión, los cuales pueden consistir, o bien en unas manifestaciones de tipo solemne y ritual, o bien en un traspaso o toma de la posesión, en cuanto que la posesión es una afirmación de la titularidad dominical o real sobre las cosas. En un sistema fundado sobre las ideas últimamente apuntadas, cabe todavía que estos signos de exteriorización del cambio real se encuentren causalmente enlazados con los propósitos empíricos que negocialmente las partes han tratado de desarrollar o que, por el contrario, queden desconectados y abstraídos de ellos. Combinando cada uno de estos elementos, aparecen los diversos sistemas que el Derecho histórico y el Derecho comparado conocen en el tema que ahora nos ocupa.

En el Derecho romano primitivo la transmisión dominical se realizaba por medio de unos actos solemnes y rituales, que por su misma solemnidad y por su ritualismo eran suficientes para llegar a conocimiento de todo el grupo social, especialmente cuando éste no era muy extenso (*incipatio, in iure cessio*). En la evolución posterior, merced sobre todo al impulso de las necesidades comerciales, la adquisición de la propiedad y la transmisión de los derechos reales se ligó con el fenómeno de la posesión y fue el traspaso posesorio lo que determinaba aquella adquisición y la transmisión. Originariamente el traspaso posesorio (*traditio*) aparecía causalmente enlazado con los negocios precedentes que le sirven de justificación. Sin embargo, en la evolución última del Derecho romano aparecen dos nuevas líneas, que desnaturalizan de algún modo tal sistema y que permiten el nacimiento de otras dos nuevas formas de concebir el fenómeno que analizamos. La primera se produjo a virtud de una progresiva espiritualización del elemento material de la *traditio*, que la aleja de toda idea de entrega o desplazamiento posesorio. La segunda se originó merced a la consideración de que la simple voluntad de las partes, desligada de las conexiones causales que pueda tener con los precedentes negocios celebrados por las mismas, es bastante en algunos casos para producir la modificación jurídico-real (donaciones de padres a hijos; donaciones a las iglesias y a las ciudades). Es polémico si suponian meras excepciones a la necesidad de la *traditio* o manifestaciones de un nuevo principio, cual es el de la transferencia de la propiedad por mero consentimiento.

Sobre las bases que acabamos de describir perviven aún en el Derecho comparado tres sistemas diferentes: el sistema de la transmisión mediante *traditio* causalmente enlazada con los negocios antecedentes (la llamada teoría del título y del modo); el sistema de la transmisión puramente consensual; y el sistema del llamado acuerdo abstracto traslativo.

A) LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO

La llamada teoría del título y el modo, que es tradicional en nuestra doctrina jurídica y que puede decirse que en muy buena medida inspira la regulación de

nuestro Código civil, nace de una interpretación causalista de la *traditio* romana. La *traditio* por sí sola no sirve para transmitir el dominio, si no va precedida de un negocio jurídico antecedente, que justifica la transmisión (*venditio aut aliquid iusta causa*). Es necesaria, pues, la yuxtaposición de dos elementos que dan lugar a un supuesto complejo de formación sucesiva: el contrato antecedente, al que se llamará causa remota, *iusta causa* o *titulus*; y el traspaso posesorio, que será la causa próxima o el modo de adquirir. La conjunción de ambos elementos determina la transmisión. Si únicamente ha existido *titulus* o *iusta causa*, habrá una simple relación con puro valor obligacional; si únicamente ha existido *traditio* no fundada en un *titulus*, habrá traspaso posesorio, pero no verdadera transmisión de la propiedad.

La teoría del título y el modo es una interpretación causalista del sistema de transmisión del dominio, ordenada con una terminología escolástica — causa remota y causa próxima = título y modo —, que dominó en la doctrina europea durante una época y que se consagró en algunos Códigos civiles (básicamente en el Código civil austriaco).

B) LA DOCTRINA DE LA TRANSMISIÓN CONSENSUAL DEL DOMINIO

Tiene su fuente en la progresiva espiritualización que el requisito de la *traditio* fue paulatina y gradualmente experimentando. Al lado de la *traditio* real, se admitieron muy pronto formas de tradición simbólica y aun de tradición ficticia — *traditio brevi manu, constitutum possessorium*, etc. —, de tal manera que se puede decir que la *traditio* conservaba su valor pero en la práctica era la voluntad de las partes lo que determinaba la transmisión.

La escuela del Derecho natural racionalista (GROCIUS, PUFENDORF) elevó el resultado práctico a la categoría de dogma, sentando que la voluntad de las partes por medio del contrato es suficiente para producir el efecto de la transmisión de la propiedad.

Esta línea de pensamiento cristalizó en el Código civil francés a través de sus más conocidos precedentes. Del francés pasó al Código civil italiano de 1965 y al actual de 1942, y a otros Códigos de su influencia.

C) LA DOCTRINA DEL ACUERDO ABSTRACTO TRASLATIVO

Los pandeetistas alemanes del siglo XIX, partiendo de la gran autoridad de SAVIGNY, propendieron a interpretar el requisito de la *iusta causa traditiouis* — exigido por las fuentes romanas — en un sentido no causal, sino abstracto. La eficacia traslativa de la *traditio* no requiere, según esta idea, la validez de un contrato anterior que le sirva de fundamento, sino pura y simplemente una concorde voluntad de las partes de adquirir y de transmitir el dominio.

La transmisión y adquisición se fundan en un acuerdo abstracto. El acuerdo es abstracto no porque no vaya precedido de una causa última de naturaleza obligacional. Las cosas se transmiten efectivamente porque se venden o porque se regalán o porque se pagan las deudas con ellas, etc. Pero el acuerdo es abstracto porque este previo negocio obligatorio no desempeña ningún papel en el fenómeno de transmisión y adquisición.

Este sistema, que facilita mucho la celeridad y la seguridad del tráfico jurídico, ha sido consagrado por el Código civil alemán. En él, los bienes muebles se transmiten mediante la entrega de la cosa acompañada de un acuerdo abstracto, y los bienes inmuebles mediante un acuerdo abstracto unido a la inscripción en el Registro de la Propiedad (lo mismo que para gravarlos).

D) EL SISTEMA DEL DERECHO ESPAÑOL

El Derecho español está fundado en la teoría del título y el modo. La Base 20 de la Ley de Bases de 1888 decía: «Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la transmisión del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante.» El artículo 609 del Código civil, siguiendo el mandato de la Ley de Bases, hemos visto que habla de una adquisición y transmisión del dominio y demás derechos (reales) sobre los bienes «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». Enlaza así nuestro Código con el Derecho histórico español, abandonando la idea clave en esta materia del Proyecto de 1851, que aceptó el sistema francés de la adquisición y transmisión por el mero consentimiento. Que nuestro Derecho tradicional era el que resplandecía en el Código lo prueba la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, que expresa: «Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición.»

La jurisprudencia, acorde con esta línea, declara reiteradamente que el Código civil, al aludir a «ciertos contratos» a los que se les aplica el requisito de la tradición para la adquisición del dominio y derechos reales, se refiere a los traslativos de dominio (compraventa, permuta, etc.). Esos contratos son el *título* que al ser completado con la *traditio* produce la adquisición. Exige también que esa *traditio* o entrega vaya acompañada de estos requisitos: preexistencia del dominio o posesión (a título de dueño) en el *tradens*, y la intención de las partes de adquirir y transmitir respectivamente (Ss. de 18 de febrero de 1965, 3 de junio de 1969, 9 de marzo de 1994 y 18 de febrero de 1995). Nuestro sistema, de acuerdo con esas premisas, se nos presenta sumamente causalizado, ya que la *traditio* por sí sola es insuficiente para adquirir el dominio o derecho real, ha de apoyarse en un título hábil al efecto. La Dirección General de los Registros tiene como doctrina la de que para inscribir cualquier título traslativo se requiere que aparezca manifiestamente como tal, en virtud de causa onerosa o gratuita (R. de 19 de enero de 1994).

IV. LA TRADICIÓN

La tradición consiste, según se repite en la doctrina, en un acto muy sencillo: entrega de la cosa transmitida, que hace el *tradens* al *accipiens*, y que éste acepta.

Pero es evidente que la entrega de por sí es un acto incoloro, que puede obedecer a múltiples fines: para que se adquiriera la propiedad, para que se custodie la cosa, en préstamo de uso, etc. Seguramente por ello es usual la afirmación de que ha de ir acompañada de una voluntad de transferir y adquirir el dominio o derecho real. En el tráfico jurídico ordinario ocurre, sin embargo, que muchas veces la entrega no va acompañada de ninguna manifestación de esas voluntades. Existe una simple entrega, que entre las partes se realiza para dar cumplimiento al negocio entre ellas celebrado, e incluso una mera formalidad hace las veces de entrega sin necesidad tampoco de que se manifiesten aquellas voluntades (p. ej., otorgamiento de escritura pública; art. 1.462, p. 2.^o).

La tradición se desenvuelve en dos planos: el personal y el real. En efecto, si se mira a la obligación que la ha de preceder (obligación de dar nacida de un contrato traslativo de dominio o creador de un derecho real), es la forma de cumplimiento o, si se quiere decir de otra manera, un pago (art. 1.157). Desde un punto de vista real es, o debe ser, un traspaso posesorio real, simbólico o ficticio, que produce la adquisición del dominio o derecho real. Por eso hay que dejar fuera de este estudio la vertiente que hemos llamado personal de la tradición, y remitirse al volumen II de este *Sistema de Derecho civil*, pues allí, en el capítulo correspondiente al pago de las obligaciones, se examinan los requisitos y capacidades necesarias para efectuar el desplazamiento patrimonial que requiere el mismo, cuando se trata de cumplir una obligación de dar.

A) FORMAS

La tradición en esencia consiste en un traspaso posesorio y su historia está presidida por el signo de la progresiva espiritualización. Originariamente es la simple entrega material de la cosa y posteriormente son puros símbolos e instrumentos los que la constituyen, hasta desembocar en la transmisión del dominio por el puro consentimiento del sistema francés.

¿Cuáles son las formas de tradición en nuestro Código civil? Hay que acudir *básicamente* a los artículos 438, que determina las formas de adquirir la posesión, y 1.462 a 1.464, que si bien están referidos al cumplimiento por el vendedor de su obligación de entrega de la cosa vendida, permiten una extensión general. Esos últimos preceptos, sin embargo, han de considerarse como meramente ejemplificativos². De esas normas, lo que puede extraerse es una especie de sistema en cuanto a las formas de tradición, que sería:

² La sentencia de 31 de octubre de 1983 afirma que la enumeración de las formas espiritualizadas de tradición que contienen los artículos 1.462 a 1.464 no son *numerus clausus*.

a) *Traditio real*. Es la entrega material de las cosas. Puede ser el paso de mano a mano tratándose de muebles, o la ocupación material si son inmuebles. Hay entonces lo que el Código civil llama «puesta en poder y posesión» (art. 1.462, p. 1.^o).

b) *Traditio simbólica*. Se produce cuando la transmisión del dominio no va ligada al traspaso material de la posesión de la cosa, sino a la entrega de una accesoría en la que queda simbolizada la principal. En nuestro Código civil se recogen dos casos muy significativos:

1.^o La entrega de las llaves del lugar o sitio en que se hallen almacenados o depositados los muebles, si se trata de la entrega de éstos. Aunque el artículo 1.463 habla de esta forma de tradición simbólica para los bienes muebles sólo, ningún inconveniente existe en extenderla a los inmuebles, como de hecho se considera en el tráfico ordinario (v. gr. como forma de entrega del piso se dan las llaves).

2.^o La entrega al adquirente de los títulos de pertenencia. El artículo 1.464 así lo permite respecto de bienes corporales. Pero el propio Derecho positivo admite su extensión a bienes corporales. Así, el Decreto de 22 de septiembre de 1917 autoriza a las entidades que describe a realizar operaciones peculiares de Compañías de almacenes generales de depósito. Los documentos en que se haga constar el depósito servirán para que, mediante su cesión, se haga la de los productos depositados o su pignoración.

Generalizando, puede afirmarse que esta forma de *traditio* es aplicable cuando la posesión de las cosas quede materializada en un documento que en el tráfico jurídico vale como la cosa misma.

c) *Acuerdo de las partes*. En relación con la tradición de bienes muebles, el artículo 1.463 dice que se efectuará por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador *en el instante de la venta* (es decir, una imposibilidad que puede ser momentánea), o si éste la tenía ya en su poder por algún motivo (*traditio brevi manu*).

Por evidentes razones de analogía hay que añadir el supuesto del *constitutum possessorium*, es decir, cuando el transmitente va a seguir poseyendo la cosa, pero por otro título distinto (v. gr., queda como arrendatario). Si hay tradición cuando el adquirente la tenía por un título y después la compra, por ejemplo, no se ve motivo para que no la haya en el caso anterior.

Por otra parte, y aun limitado a la *traditio brevi manu y constitutum possessorium*, el artículo 1.463 es claramente aplicable a la entrega de inmuebles, donde precisamente se dan en la práctica más abundantemente las razones que justifican aquellas formas de entregar: evitar una duplicidad innecesaria de traspasos posesorios.

d) *Otorgamiento de escritura pública*. Según el artículo 1.462, párrafo 2.^o, el otorgamiento de la escritura pública equivaldría a la entrega de la cosa, «si de la misma [...] no resultare o se dedujese claramente lo contrario». El precepto es aplicable tanto a los bienes inmuebles como muebles.

Hay, por tanto, una equivalencia entre escritura pública y entrega sin necesidad de un acuerdo traslativo expreso, es decir, sin necesidad de que las partes ma-

nifesten, además del consentimiento contractual, otro dirigido a que la entrega se efectúe por aquel otorgamiento. El precepto admite únicamente una excepción a la regla de la equivalencia: que *de la propia escritura* resultare o se dedujere lo contrario, lo que en este último caso implica una interpretación de su contenido, mientras que en el primero hay una voluntad expresa. Si ésta o el resultado de aquella interpretación indican que las partes no han querido darle valor traditorio a la escritura, no operará el párrafo 2.^o del artículo 1.462. La sentencia de 1 de julio de 1995 dice que la equivalencia puede ser también destruida por hechos incontrovertibles de la realidad física y jurídica.

El otorgamiento de la escritura, fuera de la excepción antedicha, hace adquirir el dominio o derecho real al *accipiens*, aunque el *tradens siga con la posesión material de la cosa*; pasará a ser un simple precarista, un poseedor sin ningún título, sin que pueda destruir la regla de la equivalencia alegando que no transmitió la posesión (Ss. de 9 de enero de 1941 y 18 de abril de 1974). El *accipiens* debe ser considerado como propietario poseedor a todos los efectos legales.

¿Rige la regla cuando el *tradens* no es poseedor de la cosa? Hay que hacer estas distinciones:

1.^o El *tradens* tiene una posesión mediana o superior, y la inmediata o inferior un tercero (como arrendatario, usufructuario, etc.). Dado que el primero ostenta una posesión a título de dueño, la regla es aplicable (Ss. de 17 de diciembre de 1948, 2 de abril de 1957, 30 de septiembre de 1964 y 13 de mayo de 1995). Cuestión distinta, a resolver en el ámbito del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales entre *tradens y accipiens*, es si el primero ha cumplido con la obligación de entrega tal y como se pactó (p. ej., libre de arrendatarios y ocupantes).

2.^o El *tradens* no tiene ninguna clase de posesión, ni mediana ni inmediata. Si así lo ha manifestado en la escritura, se ha de considerar que ha dispuesto de su situación jurídica de propietario no poseedor y, en consecuencia, ha cedido la acción reivindicatoria contra el que posee indebidamente (acción que puede ser objeto de negocios jurídicos como lo demuestra el art. 486). Si no lo ha manifestado, el *accipiens* gozará de la misma posición. Otra cosa es que pueda, si quiere, ejercitar las acciones contractuales contra el *tradens* que se arrogó una situación que no tenía (la de propietario poseedor).

e) *Tradición de bienes incorporales*. Para esos bienes, el artículo 1.464 se remite ante todo al párrafo 2.^o del artículo 1.462, y subsidiariamente, es decir, en los casos en que éste no tenga lugar, admite como formas de entrega el uso que del derecho haga el adquirente con consentimiento del *tradens*, y la entrega por éste a aquél de los títulos de pertenencia.

La norma consistente una aplicación para los derechos reales (como bienes incorporales) sobre cosas ajenas. Así, por ejemplo, hay *traditio* para adquirir una servidumbre de paso sobre la finca ajena si el dueño de ésta lo permite, aunque no se haya constituido en escritura pública, sino en documento privado. Pero también cabe extender el artículo 1.464 a la hipótesis de adquisición del dominio. Si

el transmitente por documento privado permite que el adquirente cultive o perciba los frutos del fundo, ¿por qué no va a ser ello una forma de entrega real?

De todo lo expuesto sobre las formas de tradición puede extraerse la consecuencia de que consiste en la creación de un signo externo de reconocibilidad de la adquisición del dominio o de un derecho real, del cual la entrega no sería más que una especie, la más típica si se quiere, pero no la única. Lo que verdaderamente importa es que la posesión del adquirente, como titular, pueda ser reconocida por los terceros. En todos los casos en que el signo de reconocibilidad se crea, aunque sea simbólicamente, puede hablarse de *traditio* en sentido estricto. En los demás estamos en presencia de puros acuerdos traslativos, en los cuales la transmisión ocurre sin que sea necesario el traspaso de posesión, real o simbólica.

B) TRADICIÓN E INSCRIPCIÓN

Se ha planteado por la doctrina la cuestión de si la inscripción en el Registro de la Propiedad del título, por ejemplo, del contrato traslativo de dominio, suple la necesidad de tradición. Goza de general aceptación la tesis de que la Ley Hipotecaria nada ha innovado de la doctrina tradicional del título y el modo. Al Registro de la Propiedad deben llegar los títulos completados con la tradición, pues publica una adquisición o transmisión del dominio o derecho real que debe haberse operado ya en su totalidad con arreglo a los principios del Derecho civil. La inscripción es, por principio general, meramente declarativa de la modificación jurídico-real producida. Además, no debe olvidarse que al Registro sólo acceden títulos públicos como norma básica, por lo que la aplicación del artículo 1.462 es inmediata.

Otro aspecto de las relaciones entre tradición e inscripción es el que se deduce del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que presume que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos. Sin analizar ahora la naturaleza de esa posesión presumida, es claro que la adquisición de manos de un titular inscrito hace presumir que también la *traditio* se ha cumplido. El que alegue que no ha podido existir adquisición por su falta, deberá probar que el titular transmitente no tenía en realidad aquella posesión. Viene a ser, pues, el artículo 38 un precepto que invierte la carga de la prueba para sentar sólo una presunción *iuris tantum* de posesión del titular inscrito, en otras palabras, de que éste tiene una posesión apta para la *traditio*. Aquí nos hemos de remitir para una mejor inteligencia de las cuestiones a los capítulos de este libro sobre el Registro de la Propiedad.

C) RELACIONES ENTRE TÍTULO Y TRADICIÓN

Hemos dicho en páginas anteriores que nuestro sistema jurídico aparece fuertemente causalizado en cuanto a la *traditio*. Era necesario, recordamos, la exis-

tencia de un contrato traslativo de dominio que apoyase la virtualidad de la *traditio* para adquirir la propiedad u otro derecho real. El artículo 1.095, consecuente con esta línea, otorga un derecho a la reclamación de la cosa al adquirente desde que nace la obligación de entregarla, pero el derecho real sobre ella no lo adquiere más que con la entrega en cualquiera de sus formas.

Toca ahora preguntarnos hasta qué punto la ineficacia, invalidez o inexistencia del título o contrato traslativo afecta a la *traditio* efectuada. En otras palabras, si hay adquisición por haberse cumplido pese a la posterior declaración de ineficacia del título en que se apoyaba.

No hay duda de que si la *traditio* fuese abstracta, es decir, si bastase como en el sistema alemán la mera voluntad de transmitir y adquirir, la adquisición de la propiedad se ha producido siempre, aunque el contrato existente entre las partes quedase ineficaz. En ese sistema, la adquisición tiene su centro de gravedad en el acuerdo traslativo desvinculado de todo contrato, y por eso su nulidad, por ejemplo, no repercute para nada en la eficacia de la *traditio*. El adquirente deviene propietario, y la otra parte sólo tendrá contra él una pretensión de injustificado enriquecimiento para reestablecer el equilibrio patrimonial. El contrato de compraventa, supuesto típico, podrá ser nulo, pero la *traditio* ha convertido al comprador en verdadero propietario. La acción que correspondería al vendedor sería una acción personal de enriquecimiento injustificado, no una acción reivindicatoria de carácter real.

La trascendencia de la ineficacia del título sobre la *traditio* no se aborda con claridad en nuestro sistema. Refiriéndonos al caso más llamativo de la nulidad del contrato, el Código civil impone sólo la *obligación* de devolución de lo recibido (arts. 1.303 y 1.307; S. de 10 de noviembre de 1966). Se utiliza, junto con la acción de nulidad, una acción restitutoria o recuperatoria simplemente (Ss. de 27 de febrero de 1964 y 13 de abril de 1988). Parece, pues, como si, pese a la nulidad del título, la adquisición se ha realizado y únicamente nace de aquella declaración una simple obligación de restituir. Lo mismo podemos decir si el contrato se rescinde o se resuelve (art. 1.295 y 1.124, párrafo último). Incluso tenemos otro ejemplo significativo en las normas que disciplinan el cobro de lo indebido. Cuando por error se hace una entrega de cosa que nunca se debió (puede haber, por tanto, una completa ausencia de título), el que la recibe se constituye en la *obligación* de devolverla (art. 1.895) (DÍEZ-PICAZO).

Pero estas consecuencias son discutibles (GULLÓN). En efecto, si la *traditio* hubiese originado una adquisición de propiedad, cualquier transmisión de la cosa a un subadquirente sería completamente válida y eficaz. El adquirente habría dispuesto en favor de un tercero de algo sobre lo que tendría pleno poder de disposición. Sin embargo, el principio que rige nuestro Derecho es precisamente el contrario: el adquirente nada ha podido transmitir porque nada ha podido adquirir. Sólo es protegido en su adquisición el subadquirente en fuerza del principio legitimador de la apariencia, cuando en ella ha confiado y licitamente, no porque la *traditio* haya sido eficaz. Ese subadquirente que ha creído honestamente en la titularidad del adquirente merece protección, pero no en otro caso.

La Ley Hipotecaria es expresión de esta doctrina. Quien adquiere de buena fe de quien según el Registro de la Propiedad tiene facultades para transmitir, a título oneroso e inscribe su adquisición en el Registro, está protegido siempre, su adquisición se mantiene aunque se anule o resuelva el título de su causante por causas que no constan en el Registro. Estamos, pues, ante una clara excepción, por el juego de la apariencia, de la ineficacia de la *traditio* para adquirir la propiedad frente al subadquirente que contemplamos.

El propio Código salva también al subadquirente cuando sea de buena fe sólo, si el título del adquirente se rescinde o resuelve (arts. 1.295, p. 2.º, y 1.124, párrafo último). Protección ésta que debe ser para el adquirente a título oneroso. Por su parte, la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que la nulidad o inexistencia del título no puede perjudicar a terceros de buena fe que en él han confiado (Ss. de 28 de mayo de 1914, 3 de junio de 1953, 22 de diciembre de 1955, 14 de febrero de 1963 y 22 de noviembre de 1965).

Si en lugar de bienes inmuebles el subadquirente lo es de bienes muebles, para su protección contará positivamente con la regla del artículo 464: la posesión adquirida de buena fe equivale al título, situación de irrevindicabilidad y de respeto a su adquisición.

Esta tesis tiene como punto débil del artículo 1.897 C.c., netamente favorable a la que se contesta según su tenor literal. En este precepto, ante una enajenación realizada por el *accipiens* de la cosa que no se debía, se le obliga exclusivamente a la restitución del precio o a la cesión de la acción para hacerlo efectivo, dejando al parecer inatacable la situación del tercero, en otros términos, como si hubiese adquirido de un verdadero propietario.

Pero de no estimar que la disposición está pensada para cuando fracase la acción del *solvens* (que pagó indebidamente) contra el tercero (porque adquirió de buena fe), o no quiere ejercitarla, conviene en una pura incoherencia el sistema en esta fundamental materia (GULLÓN)³.

³ Vid. las observaciones de DELA CÁMARA ÁLVAREZ sobre la cuestión en su obra

Contribución al estudio del artículo 464 del Código civil, separata de la Revista Derecho Notarial, 1979 (abril-junio), nota 321. En dicha amplísima nota tercia entre los dos puntos de vista que se exponen en el texto.

⁴ Vid. artículo 40.2 del Reglamento de la Ley de 12 de marzo de 1975.

⁵ No obstante, el Gobierno queda autorizado para extender a estos núcleos urbanos las normas sobre zonas restringidas o fijar un límite máximo de superficie por adquirente (art. 17, p. 2.º, Ley).

VI. LAS ADQUISICIONES A *NON DOMINO*

La dinámica del dominio y de los derechos reales se asienta sobre un principio básico: *nemo plus iura ad alium transferre potest quam ipse haberet*. Por tan-

⁶ El plazo se amplía a veinticuatro meses cuando los títulos estén pendientes de la liquidación del impuesto de Transmisiones o de cualquier otra formalidad que impida la inscripción sin culpa del adquirente.

La sentencia de 30 de septiembre de 1982 casa la recurrida en tanto había apreciado la nulidad de un contrato de compraventa privado, aplicando el artículo 1.º de la Ley de 12 de mayo de 1960 (que es el actual 21 de la Ley de 12 de mayo de 1975). Dice que la inscripción registral evita la nulidad absoluta, pero que el contrato, sin ella, no puede decirse inexistente, e incluso estima dudosa aquella sanción, pues nada impide que la inobservancia pueda ser sanada con la posterior inscripción.

Esta sentencia parece que debe de ser entendida en el sentido de que tiene eficacia obligacional el contrato privado, que necesitará posteriormente el complemento de la escritura a la que las partes podrán comprometerse, e inscripción.

⁷ Vid. LUCAS FERNÁNDEZ: *La liberalización del control de cambios y las inversiones extranjeras en España*, Revista Jurídica del Notariado, julio-septiembre de 1992.

to, nadie puede transferir a otro la titularidad de un derecho real que no tiene ni constituir, a partir del dominio, otros derechos reales de contenido menor (usufructo, servidumbre, etc.). Nada se adquirirá en semejante situación.

Pero si los vendedores, dice DE ÁNGEL Y AGÜEZ, fuesen siempre propietarios de los bienes que enajenan, si quienes aparentan externamente gozar de un derecho fuesen siempre titulares del mismo, si quienes hacen ostentación de una determinada condición jurídica (heredero, acreedor, etc.) fueran en verdad, siempre, titulares de ella, el Derecho podría moverse exclusivamente por los cauces de los principios de lógica jurídica. Por no ser así las cosas, por existir una realidad de hecho que con frecuencia se mueve de espaldas a los esquemas abstractos de la lógica, es por lo que el Derecho se ve precisado a legitimar ciertas situaciones aparentes dotándolas de alguna eficacia.⁸

La protección a la apariencia hunde sus raíces en la protección general del tráfico jurídico y del comercio de los bienes, que tutela la confianza y expectativas puestas por terceros en determinadas situaciones con el sacrificio del titular verdadero. De ahí que se hable en estos casos de adquisiciones a *non domino*: se consagra la inatacabilidad de la situación del adquirente que reúna determinados requisitos que a continuación expondremos, pese a que ha adquirido de un no titular.

¿En qué condiciones o bajo qué presupuestos opera la protección de la apariencia en el ámbito del Derecho patrimonial? Podemos sentar las siguientes líneas generales en este punto:

1.ª Ha de tratarse de una adquisición que se realiza como derivada o procedente de un *non dominus* (v. gr., transmisión de la propiedad de un inmueble por quien no es propietario del mismo; constitución de un derecho de usufructo por quien no es propietario).

2.ª La adquisición debe realizarse a título oneroso. Es necesario limitar la protección del principio de la apariencia a los negocios a título oneroso y no extenderla a los negocios a título gratuito, pues debe preferirse a quien pugna por evitar un daño (el adquirente que ha pagado una contraprestación por adquirir la propiedad o derecho real, por ejemplo, que con la aplicación de la regla *nemo plus* nada habrá adquirido), y no a quien pretende acogerse al valor de la apariencia para conseguir un lucro (v. gr., el que adquiere una cosa por donación de quien no es su propietario). El beneficiario de una transmisión gratuita no merece mayor protección que la que se dispensa a la persona de quien recibió la cosa (cfr. art. 34 L.H.).

3.ª El adquirente ha de tener buena fe. La buena fe ha de ser subjetiva y objetiva. Subjetiva, en tanto que el adquirente debe creer en el poder de disposición del trasmittente o ignorar la falta de dicho poder. Objetiva, puesto que debe fundarse en una situación de apariencia que razonablemente permita aquella convalidación.

⁸ *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975, pp. 26 y ss.

Aplicaciones concretas de la protección al tercero que reúna las condiciones antedichas las tenemos en los artículos 464 C.c. en materia de adquisiciones mobiliarias y 34 L.H. respecto de las inmobiliarias, que serán examinadas más detenidamente en capítulos posteriores.

VII. EXTINCIÓN Y PÉRDIDA DEL DERECHO REAL

A) LA PÉRDIDA DE LA COSA

La pérdida de la cosa es causa de extinción del derecho real (cfr. arts. 513, 546 y 1.625). Pero para que se produzca este efecto la pérdida ha de ser total. Una pérdida parcial no supone más que una modificación objetiva del derecho real, que continúa existiendo sobre la parte subsistente de la cosa.

Es indiferente que la pérdida haya sido fortuita, negligente o dolosa. Si un tercero destruye la cosa por negligencia o dolo será sujeto de una obligación de indemnizar el daño producido, pero el derecho real queda extinguido.

La pérdida de la cosa puede ocurrir no sólo en el mundo de la realidad física sino también en el de la realidad jurídica. La cosa deja de ser, por virtud de una norma jurídica, objeto de derechos subjetivos: queda fuera del comercio (cfr. art. 1.222.2°).

Por último, hay pérdida de la cosa cuando ésta queda inapta para servir a su destino económico, que se traduce en la imposibilidad de que el titular del derecho real realice sobre ella la función económica del mismo (cfr. arts. 546.3° y 1.625, p. 1°).

B) LA CONSOLIDACIÓN

De la misma manera que una obligación se extingue cuando en una misma persona concurre la cualidad de acreedor y deudor (art. 1.192), el derecho real se extingue cuando en una misma persona se da la cualidad de titular dominical y de titular del derecho real que lo grava (cfr. arts. 513.2° y 546.1°). Nadie puede ostentar un derecho real sobre su propia cosa, pues cuando se puede obtener de la cosa su más amplia utilidad *in re proprietatis* no se justifica que otro título autorice a obtener una utilidad más reducida.

Ahora bien, la consolidación no puede operar en perjuicio de terceros. Si el derecho real está gravado con otro derecho real, aquel, frente al titular de éste, subsistirá como si la consolidación no se hubiese producido (cfr. art. 107.1° L.H.; art. 173.4° Ley del Suelo).

C) LA RENUNCIA Y EL ABANDONO

Conviene recordar que por renuncia entendemos un negocio jurídico unilatere-
ral por el cual el titular de un derecho subjetivo lo extingue espontáneamente, y

que no se consideraran verdaderas y auténticas renunciaciones las «traslativas», pues carecen de efecto extintivo, y las «bilaterales», al no tener el requisito de la unilateralidad y hacer tránsito hacia otras figuras distintas (convenio extintivo).

La renuncia no necesita para su efectividad el conocimiento ni el consentimiento de la persona favorecida (v. gr. el propietario, si el que renuncia es el titular de un derecho real sobre su finca); es un negocio de disposición, por lo que requerirá pleno poder dispositivo en el renunciante, y tiene efectos distintos según recaiga sobre el dominio o los *iusa in re aliena*. En el primer caso, la cosa deviene *nullius*. En el segundo, recobra el dominio la plenitud de sus facultades al desaparecer el derecho real en que se habían concentrado. De ahí que se hable, con referencia al dominio, de su elasticidad.

La renuncia, para ser eficaz, no ha de perjudicar a terceros (art. 6.º del Título Preliminar). Por eso, al igual que veíamos en la consolidación, subsisten frente a ese tercero los derechos que recaían sobre el derecho renunciado.

La renuncia del titular del derecho de propiedad (mejor, el abandono) no supone la extinción de los *iusa in re aliena* constituidos por él en base a su derecho. Tales *iusa* son poderes directos y autónomos sobre la cosa una vez constituidos. Por otra parte, la afirmación contraria supondría reconocer la eficacia de una renuncia en perjuicio de tercero.

El abandono es una forma de la renuncia, que se caracteriza por la desposesión de la cosa. El ánimo de renunciar a la propiedad lo mismo puede tenerse después de la pérdida de la posesión que coetáneamente con el hecho de dejar de poseer.

D) LA REVOCACIÓN

Hay revocación de la propiedad cuando, en virtud de un cambio de voluntad del que transmitió la cosa permitido por la ley, la misma vuelve a su patrimonio. Paradigma de la figura es la revocación de la donación (ROMANO, FUENMAYOR).

Se requiere una primera voluntad positiva de transmitir el dominio y la efectiva transmisión. Mediante la revocación se destruye una enajenación, por lo que no hay tal revocación si el dominio no ha llegado a desplazarse. Además, ha de tratarse de una enajenación válida. No son casos de revocación de la propiedad la nulidad ni la anulabilidad. En la primera porque no hay recuperación, nada se readquiere porque nada se ha perdido, hay sólo una transmisión aparente. En la anulabilidad, porque hay una transmisión claudicante, impugnabile.

E) LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

La expropiación forzosa por motivos de utilidad pública e interés social lo mismo recae sobre la propiedad que sobre otros derechos o intereses legítimos

(Ley de 16 de diciembre de 1954 y Reglamento de 26 de abril de 1957). Su estudio pertenece al Derecho Administrativo.

BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

- ALVAREZ SUÁREZ: *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945; BETTI: *Crítica de los sistemas de transmisión*, Primer Congreso de Derecho Registral, Madrid, 1961, p. 329; CALVO SORIANO: *Tradición y donación*, A.A.M.N., 1949, p. 491; *La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público*, Est. Centenario Ley del Not., Madrid, 1962; DALMATELLO: *La consegna della cosa*, Milán, 1950; DIEZ-PICAZO: *La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español*, A.D.C., 1966, p. 555; DORAL: *Justa causa*, en N.E.J.S., XIV, Barcelona, 1971; ESPIN: *La transmisión de los derechos reales en el C.c. español*, R.D.P., 1945, p. 349; FUNAIOLI: *La tradizione*, Turín, 1942; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *La tradición de fincas en los instrumentos públicos*, A.A.M.N., 1945, p. 11; *De la teoría del título y el modo al llamado principio del consentimiento*, R.C.D.I., 1925, p. 170; *La teoría del título y el modo*, ibid., 1925, p. 11; *Título y modo en el Derecho español*, ibid., 1928, p. 185; GORDILLO ANAS, A.: *La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, 1978; HECK: *El negocio jurídico real abstracto*, R.C.D.I., 1965, p. 1443; HOFMANN: *Die Lehre vom titulus ul modus adquirendi und von der iusta causa traditionis*, Viena, 1873; LACKRUZ BERDEJO: *Inscripción y tradición*, R.C.D.I., 1957, p. 1, y en *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona 1958, p. 98; *Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad*, en Temis, 1951, p. 11; LALAGUNA: *Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español*, R.D.P., 1973, p. 383; MENGONI: *L'adquisito a non domino*, Milán, 1949; Mozos: *La doctrina de F. C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio*, R.G.L.J., 1967, p. 72; *Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español*, A.D.C., 1972, p. 1027; NUÑEZ LAGOS: *Causa de la tradición y causa de la obligación*, R.C.D.I., 1961, p. 573; RUBIO GARRIDO: *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993; SERRANO: *Justa causa traditionis*, R.C.D.I., 1934, p. 495; 1935, p. 17; ZUMALACÁRREGUI: *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*, Madrid, 1977.
- BRETON: *Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Du déguerpissement en Droit civil français*, R.T.D.C., 1928, p. 261; FUENMAYOR: *La revocación de la propiedad*, Madrid, 1941; GÓMEZ PAVÓN: *En torno al problema de la abdicación del dominio y sus efectos en el Registro de la Propiedad*, R.C.D.I., 1951, p. 452; GRAMMATIKAS: *Théorie générale de la renonciation en Droit Civil*, París, 1971; MASSIP ACEVEDO: *La derrección en el actual Derecho civil español*, Madrid, 1945; PIRAS: *La rinunzia nel Diritto privato*, Nápoles, 1940; SEILLAN: *L'acte abdicatif*, R.T.D.C., 1966, p. 686; TRAVIESAS: *Extinción y reivindicación del derecho de propiedad*, R.D.P., 1920, p. 193; WALSMANN: *Der Verzicht*, 1912.

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

ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ
MANUEL SOMARRIVA U.
ANTONIO VODANOVIC H.

TRATADO DE
LOS DERECHOS REALES

BIENES

SEXTA EDICION

TOMO I

© ANTONIO VODANOVIC H.

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

Inscripción N° 85.830

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

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1027-5



CAPITULO IV
DE LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO
EN GENERAL

191. a) Teoría que exige un título y un modo para la adquisición del dominio y los demás derechos reales. Por regla general, para adquirir un derecho personal basta el solo contrato o acto constitutivo. Así, por ejemplo, perfeccionado el contrato de compraventa, nace para el comprador el derecho de exigir al vendedor la tradición de la cosa. Pero tratándose de la adquisición y transmisión de los derechos reales, además del contrato o acto constitutivo es necesario, según la teoría tradicional, otro requisito, un modo de adquirir. Para que el comprador llegue a ser dueño de la cosa, no basta la celebración del contrato; es preciso también que el vendedor realice la tradición en favor del comprador.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Respecto de esta clasificación, podemos observar lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DANIEL PEÑAILLILLO ARÉVALO

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

LOS BIENES

LA PROPIEDAD

Y OTROS DERECHOS REALES

© DANIEL PEÑAILLILLO ARÉVALO

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE

Alameda 131, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción Nº 159.795, año 2006

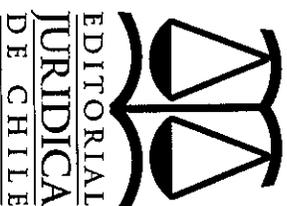
Santiago - Chile

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

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1736-9



PÁRRAFO II LA OCUPACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

²⁵⁵ Así, RDJ., t. 45, p. 195.



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

PÁRRAFO III

LA ACCESIÓN

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

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

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

²⁵⁸ Para más antecedentes: Travesas, Miguel: "Ocupación, accesión y especificación", en Rev. de D. Privado, Madrid, 1919; Latour Brotons, Juan: "La ocupación", en Rev. de D. Privado (marzo), Madrid, 1957, pp. 261 y sgts.; Borrachero, Miguel: "El animus en la ocupación", en Rev. de D. Privado, Madrid, 1957, pp. 1063 y sgts.; Cerdá Gimeno, José: "La ocupación", en Rev. Crítica de D. Inmobiliario, Madrid, 1971, pp. 1045 y sgts.; Moreu Ballonga, José: "Ocupación, hallazgo y tesoro". Edit. Bosch. Barcelona, 1980; Montagna, Aldo: "Extracción de restos náufragos, especies náufragas, carbón caído al mar y arena, rípio y piedras del mar, ríos, lagos, etc.". Univ. de Chile, Valparaíso, 1951.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Aluvión (arts. 649, 650 y 651).

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

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

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

b) Avulsión (art. 652).

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

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

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

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

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

a) Adjunción (arts. 657 a 661).²⁶⁴

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

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

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

c) Mezcla (art. 663).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PÁRRAFO IV

LA TRADICIÓN

I. Descripción general

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

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

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

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

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

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

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

94. 2) Caracteres

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

II. Requisitos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁸¹ RDJ., t. 34, secc. 2ª, p. 70.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁸⁴ RDJ., t. 52, secc. 2ª, p. 49.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

105. El conflicto teórico con la noción de contrato real. La técnica del contrato real (abandonada por algunas legislaciones), ocasiona entre nosotros un conflicto con el sistema antes descrito. En efecto, como estos contratos se perfeccionan por la

acción de petición de herencia, etc.); incluso -para los inmuebles- en algunas legislaciones se ha decidido implantarla en el sistema registral; un ejemplo de esta última opción, y con mucha claridad, es el art. 2014 del CC. peruano. "El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se prueba que conocía la inexactitud del Registro". Se volverá sobre el tema al tratar las posiciones de reforma de nuestro sistema registral, en infra, N° 145, nota (más antecedentes en Peñailillo Arévalo, Daniel: "La protección a la apariencia en el Derecho civil", en Estudios para la reforma de los Códigos Civil y de Comercio, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 389 y sgs.).

En fin, debe tenerse presente aquí lo advertido sobre la estrecha vinculación que el sistema provoca entre las actuaciones notariales y registrales (v. supra, N° 73, nota).

Ver también Cristóbal-Montes, Ángel: "La adquisición registral 'a non domino'", en Estudios de Derecho civil. Univ. Central de Venezuela. Fac. de Derecho s/c. Caracas, 1970. El estudio se desenvuelve sobre ordenamientos (como los de Italia y Venezuela, este último al menos al año 1970, época del trabajo) en los que la propiedad es transferida por el solo contrato (pero que en muchos capítulos es aplicable -con adaptaciones- a nuestro sistema). Cuando a esa norma substantiva en ellos se agrega un Registro cuyo estatuto consagra enfáticamente la denominada "fe pública registral", que ampara plenamente al que inscribe, se puede presentar un importante conflicto entre un adquirente y un titular de inscripción (por ej.: A vende a B un inmueble; B lo adquirió por el solo contrato; más tarde A vende el mismo inmueble a C y este inscribe). Las especiales normas del Registro terminarán prevaleciendo (quedando protegido quien ha inscrito). El estudio se detiene en el proceso adquisitivo. En el debate doctrinario acerca de si la protección la que ha inscrito importa sólo una irrevocabilidad o una efectiva adquisición del derecho prevalece esta última solución. Y sobre la interrogante de si esta adquisición es "a dominio" (proveniente del efectivo dueño, primer comprador) o "a non dominio" (del enajenante, que al enajenar por segunda vez ya no era dueño, pero que inicialmente tenía inscrito el predio a su nombre) el autor postula que es de este último carácter; y en la controversia de si la fuente directa es la ley o el negocio, concluye que el que ha inscrito adquiere "por negocio jurídico dispositivo" (entre el aparente dueño, es decir, el que aparecía como dueño en el Registro y el que logró inscribir); y acude a la protección a la apariencia.

entrega de la cosa (art. 1443), y en algunos de ellos (como en el mutuo), esa entrega es tradición porque transfiriere el dominio de lo entregado (art. 2197), surge la interrogante de saber cuál es el título de esa tradición, ya que antes de la entrega no hay contrato. Las dos alternativas posibles son igualmente insatisfactorias: o se entiende que hay aquí una tradición que no requiere de título (como destemplada excepción al sistema) o que aquí el título y el modo se confunden, nacen simultáneamente.

106. 4) Entrega. Más que un requisito, la entrega es en realidad el elemento substantivo de la tradición, alrededor del cual han de cumplirse las demás exigencias anotadas.

El carácter más o menos material y, concretamente, las formas de esta entrega, requieren de un análisis especial (que se abordará pronto).

III. Efectos

107. a) El efecto normal de la tradición. Es transferir el dominio del tradente al adquirente (arts. 670, 671, 1575).

Siendo un modo de adquirir derivativo, este efecto normal, en el que la tradición desempeña precisamente su función de modo de adquirir la propiedad, se produce siempre que el tradente haya sido dueño de la cosa que transfiriere; si no lo era, se originarán otros efectos que se verán a continuación. Por otra parte, si el tradente tenía el objeto sometido a gravámenes reales, el adquirente lo adquirirá con las mismas cargas; todo siguiendo el citado principio de que nadie puede transferir más derechos que los que tiene.

Pero, además, produce el efecto de dejar al adquirente en posesión de la cosa. Esto porque, en la tradición, ambas partes tienen la intención de que el adquirente quede como dueño. Así, éste la tendrá considerándose dueño. Como con la tradición quedará, generalmente, con la cosa a su disposición, a su merced (aunque no la atrape físicamente), entonces reunirá los elementos de la posesión, exigidos en el art. 700; *tiene* una cosa, *con ánimo* de dueño. Será, en consecuencia, dueño y poseedor.



Se ha dicho que "generalmente" quedará con la cosa a su disposición, porque mediante las tradiciones simbólicas podrá darse el excepcional caso de que alguien efectúe a otro la tradición de una cosa que, además de no pertenecerle, nunca la haya tenido a su disposición (por ej., efectúa la tradición mostrándosela, conforme al art. 684). En tal caso el adquirente, si bien tiene el ánimo de dueño (*animus*) porque recibió en tradición, no tendrá posesión, porque le faltará el elemento tenencia (*corpus*) (sería la situación de alguien que vende una cosa ajena, nunca la ha detentado, efectúa al comprador la tradición simbólica mostrándosela, y luego de dos años el adquirente pretendiera que la ganó por prescripción e intenta reivindicarla del dueño, quien a todo esto no tiene noticias de la manobra, por que él nunca ha sido turbado en la posesión de su objeto; aquí el adquirente no ganó posesión—por falta de tenencia—ni la ha perdido el verdadero dueño).

Este efecto de que la tradición deja al adquirente en posesión (salvo casos extraños, como el recién descrito), tiene lugar cuando el tradente es dueño, cuando es sólo poseedor y, aun, cuando es mero tenedor; siempre el adquirente queda en posesión de la cosa (así, el art. 730 expresamente resuelve que el que recibe del mero tenedor queda en posesión; con mayor razón, si recibe de un poseedor). Por esto es que bien puede decirse (como se ha dicho) que el primer efecto de la tradición es dejar al adquirente en posesión, y que produce el otro, el de transferir el dominio, cuando el tradente era dueño.

108. b) Si el tradente no era dueño y tenía otros derechos. Si carecía del dominio sobre la cosa que entrega, pero tenía sobre ella otro(s) derecho(s) transferible(s), por ej., un usufructo, lo(s) transfere con la tradición (art. 682; esta disposición expresa derechos transmisibles, debiendo decir transferibles, como se ha denunciado).²⁸⁹

Aquí queda el adquirente como poseedor de la cosa, y dueño y poseedor de los derechos que el tradente tenía.

La solución que da la regla es de calidad discutible. La tradición se efectuó para trasladar el dominio; ésa fue la intención

del tradente y, sobre todo, del adquirente, quien pudiera tener sus razones para repudiar esa parcial adquisición. En cierta medida se le están incrustando en su patrimonio derechos sin su voluntad; él manifestó voluntad para adquirir el dominio, no derechos de inferior categoría o menor envergadura.

109. c) Si el tradente no era dueño; el efecto posesorio. Si no era dueño, ciertamente el adquirente no adquirirá el dominio.²⁹⁰ Pero entonces (como ya se ha dicho) la tradición desempeña otra función: confiere posesión al que recibe la cosa; lo pone en posesión de la cosa y, por lo mismo, en vías de ganar el dominio por prescripción (art. 683).²⁹¹ Aquí queda simplemente como poseedor.

Al disponer que da derecho a ganar por prescripción, el precepto citado puede inducir a postular que la tradición sería título para poseer. No es así. En materia posesoria—como se verá—se mencionan como título otros modos de adquirir el dominio, mas no la tradición, lo que es propio, puesto que la tradición es consecuencia de un título. De manera que el rol consiste en poner en posesión de la cosa al que la recibe, con lo que podrá llegar a ganarla por prescripción. Así, al examinar la tradición decimos que ella requiere de un título; y, al estudiar la posesión, diremos también que ella requiere de un título; es el mismo (por ej., la compraventa; aquí, continuar el análisis significaría adentrarse en el campo de la posesión).

110. d) Otras particularidades. Dentro de los efectos de la tradición, también debe hacerse referencia a algunos puntos específicamente regulados.

111. Retroactividad. Si el tradente no era dueño de la cosa que ha entregado y posteriormente adquiere el dominio de ella, la transferencia al adquirente se entiende producida desde el ins-

²⁹⁰ Para la situación en Derecho extranjero, debe tenerse presente la regla según la cual "en materia de bienes muebles la posesión equivale a título" (aquí es relatada al tratar la acción reivindicatoria; infra, N° 264), con la cual el dominio es adquirido aunque el tradente no haya sido dueño; así originariamente en los Derechos europeos, y últimamente también en varios latinoamericanos.

²⁹¹ Así, RDJ, t. 67, p. 271.

²⁸⁹ RDJ, t. 24, p. 200.

tante en que se efectuó la tradición (art. 682 inc. 2°, en concordancia con el art. 1819). El precepto es de evidente conveniencia práctica, pero no muy satisfactorio en estricta lógica porque, siguiendo una secuencia en el tiempo resulta que, como al efectuar el tradente la tradición, el verdadero dueño no perdió su dominio sobre la cosa entregada, se produce, teóricamente, una superposición de dominios (si el 1° de enero alguien efectúa a otro la tradición de una cosa ajena, y el 30 del mismo mes el tradente adquiere el dominio de aquella especie, se entiende que el adquirente es dueño de ella desde el 1° de enero; pero como el primitivo dueño lo siguió siendo hasta el 30 de enero, resulta que durante ese mes dos sujetos, sin convención y autónomamente, habrían sido dueños del mismo objeto).²⁹²

Una dificultad notoria (no mayormente agitada entre nosotros) es la de si los efectos de la tradición se producen con o sin retroactividad al momento del título. El art. 682 inc. 2° recién citado, parece suponer que no hay retroactividad; en la situación que regula, la consagra sólo hasta la tradición; con todo, es discutible.²⁹³

112. Época para exigir la tradición. Para determinar desde cuándo se puede exigir la tradición de lo que se debe, hay que recurrir al *título respectivo*, del cual—como se ha dicho—la tradición es una consecuencia. Allí constarán la obligación de efectuarla y la época en que el acreedor podrá exigir esa tradición; allí se determinará desde cuándo la obligación de efectuar la tradición es exigible. Así, si en el título se somete la entrega a una condición,

²⁹² Respecto de conflictos que pudieren surgir entre el primitivo dueño y el adquirente, en principio el derecho del primero merece protección, pero (en favor del segundo) debe tenerse presente también el principio de protección a la apariencia.

²⁹³ Estimamos discutible el punto, no obstante ese texto, porque puede sostenerse que la regla está preocupada de una situación distinta: la del tradente no dueño que más tarde adquiere el dominio; en tal eventualidad, impone la retroactividad a la época de la tradición, pero esa regulación es sin perjuicio de que a su vez la tradición retrotraiga sus efectos al tiempo del título, punto directamente no regulado. La discordia puede tener interés práctico; por ej., para aquella discusión—que se verá más adelante—sobre la vigencia de la facultad concedida en el título para requerir la inscripción-tradición, en la transferencia de inmuebles, ante la muerte, incapacidad o retractación de alguno de los poderdantes o de ambos (v. infra, N° 137).

habrá que esperar que la condición se cumpla; si se somete a un plazo, luego que el plazo se cumpla (art. 681). Si nada se convino, será exigible desde que se perfeccione el título (se tratará de una obligación pura o simple, que es la regla general).

Finalmente, puede ocurrir que, exigible ya la tradición, a quien debe efectuarla se notifique una resolución judicial por la que se le ordene la retención, embargo o prohibición de celebrar actos y contratos respecto de lo debido, antes que entregue el objeto al acreedor (art. 681). En tal situación, el obligado debe abstenerse de efectuarla, produciéndose, si la efectúa, los efectos indicados en los arts. 1578 y 1464.

113. Tradición sujeta a modalidades. Más propiamente que la tradición, los *efectos* de la tradición pueden someterse a modalidades (según lo permite el art. 680). Y esta modificación de los efectos—como en la situación anterior—se establece en el título respectivo; de modo que habrá que remitirse a él para conocer si hay o no modalidades a las que queden sometidos. Por lo mismo, toda la teoría de las condiciones (obligaciones condicionales) se ha de aplicar a la situación (en este entendimiento el art. 680, al menos en su inc. 1°, huelga).

—La tradición puede someterse a una condición con efecto suspensivo para el adquirente (A dona a B un automóvil, que se lo entrega desde luego, para que B lo haga efectivamente suyo si obtiene un título universitario). En la especie se trata de una tradición anticipada, de modo que si la condición se cumple, el dominio se traslada de pleno Derecho en ese instante (en el instante en el que la condición se cumple).

El pacto mencionado constituye una aplicación de la denominada “cláusula de reserva de dominio” (de antigua construcción). Como su nombre lo indica, consiste en el pacto por el que el tradente mantiene el dominio de la cosa tradida hasta el cumplimiento de una condición o un plazo; por cierto, presenta una visible función de garantía. Por nuestros textos, la regla es que la cláusula puede ser acordada válidamente y origina el efecto correspondiente en cualquier título traslativo y bajo cualquier condición o término. Pero una situación especial es con-
 trvertida. El art. 680 inc. 2° la permite expresamente, con su efecto normal de mantener el dominio en el tradente, cuando se pacta bajo la condición de que se pague el precio; por los términos del precepto, se concluye que está referida a la com-

praventa (sólo en ella hay precio, vendedor y cosa vendida, que son los términos utilizados allí). Pero el art. 1874, regulando precisamente la compraventa, dispone que la cláusula de reserva de dominio hasta la paga del precio *no producirá otro efecto* que poder demandar el cumplimiento o la resolución del contrato (el efecto del art. precedente); es decir, ningún efecto especial, en todo caso no el efecto literal de efectiva reserva de dominio; y el adquirente recibirá el dominio desde la entrega misma no obstante el pacto.

Se ha sostenido²⁹⁴ que en la pugna debe prevalecer el último precepto por ser de carácter particular, aplicable precisamente a la compraventa. El argumento no es de valor decisivo por cuanto —como se ha advertido— no obstante su ubicación el precepto del art. 680 está dado para la compraventa (además de los términos empleados, así queda demostrado también por los orígenes de la cláusula).²⁹⁵ Con todo, parece adecuado solucionar el conflicto a favor del art. 1874, por las dificultades que puede traer consigo la reserva de dominio, que podría establecerse con frecuencia en las compraventas con pago a plazo, con la consiguiente confusión de propietarios, especialmente respecto de terceros; además, reservándose el dominio, el vendedor podría gravar la cosa con derechos reales, que afectarían al comprador aun luego de pagar todo el precio. Sin recurrir a la cláusula, si el comprador no paga el precio, el vendedor encuentra protección en el art. 1489 (y respecto de terceros, se dispone de los arts. 1490 y 1491, que no corresponde tratar aquí).²⁹⁶

²⁹⁴ Alessandri, Somarriva y Vodanovic, ob. cit., t. I, p. 221; Rosende, Hugo: *De los objetos del Derecho. Bienes*, versión de sus clases por Abraham Kiverstein, Edit. Edulgal, Santiago, 1957, p. 76.

²⁹⁵ V. Claro Solar, Luis, ob. cit., t. VII pp. 271 y sgts.

²⁹⁶ V., a este respecto, RDJ], t. 82, p. 1.

Retornándose al problema y mostrándose la conveniencia de infundirle eficacia, con convincentes argumentos se ha postulado el predominio del art. 680 (Caprile Biermann, Bruno: "La reserva de propiedad, ¿garantía eficaz en el derecho chileno?", en Rev. Chilena de Derecho, Univ. Católica de Chile, vol. 27, N° 1, Santiago, 2000, pp. 29 y sgts.). V. también Eguiguren Balmaceda, María: "Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la sentencia de 19 de mayo de 1989)", en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario N° 602, Madrid, 1991, pp. 9 y sgts., con el examen (para el Derecho español) de la situación del comprador ante los acreedores del vendedor.

—Puede someterse asimismo a una condición con efecto resolutorio para el adquirente (A dona a B un automóvil y se lo entrega, estableciéndose en el acto de la donación que lo restituirá si obtiene un título universitario). En esta situación se ha planteado la controversia de si el art. 680 se aplica también cuando opera la llamada condición resolutoria tácita (del art. 1489), como cuando el comprador de una cosa no paga posteriormente el saldo de precio y por tal motivo la venta se resuelve. La dificultad, en definitiva, no merece plantearse; es evidente que si al incumplirse una obligación de las contenidas en el título se recurre al art. 1489 y se obtiene por sentencia judicial la resolución del contrato, por aplicación de los principios de la resolución quedará sin efecto la tradición y debe restituirse lo que se recibió en virtud del título resuelto; prescindiéndose del art. 680, al resultado de la restitución igualmente se llega por los efectos de la resolución (que son tratados en el estudio de las obligaciones condicionales).

—También puede someterse a un plazo (aun cuando no lo expresa el art. 680). Debe repetirse que tal modalidad y sus particularidades habrá que buscarlas en el título. Con plazo suspensivo, la situación será poco común; debe observarse que no se trata aquí de que la obligación de efectuar la tradición se postergue, sino que se conviene que la tradición que ahora se efectúa comenzará a producir sus efectos desde que llegue un cierto día. Se trata también aquí de una tradición anticipada; vale lo dicho para la cláusula de reserva de dominio. Tendrá lugar la tradición a plazo extintivo si se pacta que llegado cierto día se extinguirá el dominio para el adquirente (aquí, como en el caso de una condición con efecto resolutorio para el adquirente, puede configurarse un usufructo o un fideicomiso, que serán tratados más adelante).

IV. Formas de efectuar la tradición

114. Distinción. Al consignar normas de muy distinto contenido respecto de formas de efectuar la tradición, diferenciadas especialmente para muebles e inmuebles, la legislación nacional obliga a dedicar un capítulo especial al tema.



115. Referencia a la evolución. Según se ha dicho (supra, N° 73), los orígenes de nuestro sistema del título y el modo surgen en el Derecho romano; también se añadió que en la evolución, que culminó en un cambio, influyó el desarrollo de las tradiciones fictas, las cuales (inevitables) siempre han estado presentes en el funcionamiento del sistema. Así, el Código chileno (al igual que otros que siguen el mecanismo) permite variadas formas de efectuar la tradición, que se apartan de la forma fundamental de entrega material (entre las que debe mencionarse la más inevitable, la de inmuebles).

Puede anticiparse que precisamente en algunas de estas tradiciones fictas se observa un notable debilitamiento del sistema, que llega a acercarse mucho, con ellas, al otro, de transferencia por el solo contrato. En otro sentido, la desmaterialización desvirtúa en cierto modo una justificación de la tradición, cual es la de conceder publicidad a las transferencias del dominio. Si con la entrega la tradición patentiza la mutación de dominio ante los terceros —los que tomarán conocimiento de ella— y evita que el vendedor, conservando el objeto en su poder luego de venderlo ostente un patrimonio más valioso que el real, la ventaja desaparece o disminuye cuando la tradición se efectúa ficticiamente, por actos que no importan una inmediata entrega material.²⁹⁷

Para estudiar las distintas formas de efectuar la tradición conviene proceder a las siguientes distinciones: A) tradición de derechos reales sobre bienes muebles; B) tradición de derechos reales sobre bienes inmuebles; C) tradición del derecho real de herencia; D) tradición de derechos personales.

116. A) Tradición de derechos reales sobre muebles. Reglamentan esta materia los arts. 684 y 685 del CC.; deben sí agregarse algunas normas del C. de C. y textos especiales (como la legislación sobre almacenes generales de depósito).

Para tratarla es necesario formular una distinción fundamental entre tradición real y tradición ficta o simbólica (estos dos últimos términos se emplearán aquí como sinónimos; hay quienes les asignan diferencias).

²⁹⁷ V. Hedemann, Justus, ob. cit., t. II, p. 169; Topasio, Aldo: "El efecto real del contrato en el Derecho romano y sus proyecciones en el Derecho obligacional latinoamericano", en Rev. de Ciencias Sociales N° 7, Valparaiso, 1975, pp. 255 y sgts.

117. 1) Tradición real. Esta forma es la expresión natural o auténtica de la tradición, con la cual se cumplen las justificaciones de publicidad y posesión, originarias de este modo de adquirir.

Es la que se efectúa por una entrega real (o, como ha solido ser llamada por la doctrina, tradición "de mano a mano"); en ella, la cosa traida es materialmente entregada por el *tradens al accipiens*, cumpliéndose los demás requisitos que antes se han mencionado.

Pero puede observarse que, por su naturaleza, esta tradición mano a mano es sólo aplicable a las cosas que por su volumen y peso permiten esta entrega material de una persona a otra.

Esta tradición real no es directa o, al menos, claramente mencionada por el Código, pero, desde la definición del modo, en toda su estructura técnica no queda duda de que es la primera forma de efectuarla.

Una buena parte de la doctrina (nacional y extranjera) considera también como tradición real la del N° 1 y aun la del N° 2, y hasta la del N° 3 del art. 684 (entre nosotros, sólo el Prof. Barros Errázuriz niega claramente esta calificación, estimando que todas las formas señaladas en el art. 684 son fictas;²⁹⁸ compartimos este entendimiento, sin olvidar que algunos grandes comentaristas del Derecho romano no extienden tanto la calificación de forma simbólica).

118. 2) Tradición ficta o simbólica. Es la que, sin que el tradente entregue físicamente la cosa al adquirente de mano a mano, es efectuada mediante actos jurídicos, hechos o gestos que manifiestan la voluntad de transferirle el dominio.

El art. 684 contempla las siguientes formas:

1° "Permitiéndole la aprehensión material de una cosa presente".

La doctrina exige aquí la presencia simultánea de tradente y adquirente, la presencia de la cosa a la vista y alcance de ambos y la aprehensión de ella por el adquirente, sin oposición del tra-

²⁹⁸ Barros Errázuriz, Alfredo: *Curso de Derecho civil*. Primer año, 2ª edición, Imprenta Chile, Santiago, 1915, p. 154; lo mismo da a entender Fabres, José Clemente: *Instituciones de Derecho civil chileno*, t. IX de Obras Completas, Impr. y encuad. La Ilustración, Santiago, 1912, pp. 113 y sgts.



dente, asíéndola físicamente (los términos empleados, empero, inducen a pensar que bastaría que se "permita" la aprehensión).

2º. "Mostrándosela". Supone también la presencia de ambos ante la cosa tradida. Es la forma también llamada "tradición de larga mano" (*longa manu*), por suponerse que el adquirente la aprehende ficticiamente extendiendo sobre ella una larga mano suya (era también llamada *oculis et affectu*; por los ojos y la intención).

3º. "Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa".

Mientras para algunos autores es ésta la forma de tradición simbólica por excelencia, en que las llaves constituyen el símbolo de la entrega, otros, en cambio, han entendido que también es ésta una forma de tradición real, al permitir las llaves la posibilidad de la toma inmediata de posesión por parte del adquirente.

Nuestro precepto no exige que el almacén, cofre, etc., esté a la vista de las partes. La entrega de las llaves, propiamente, debe ser real.

4º. "Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido".

Esta forma es particularmente interesante (e igualmente viene desde antiguo). Del tenor del precepto se observa que aquí queda efectuada la entrega por convenirse el encargo; se trata de un verdadero mandato por el que el tradente se encarga de poner la cosa a disposición del adquirente en cierto lugar. Como no se exige que se cumpla el encargo (lo exigía un proyecto), la tradición queda efectuada desde luego, sin esperar a que efectivamente el tradente ponga la cosa donde se obligó. Puede notarse que en este caso hay una especie de tradición por el solo contrato, convenida que sea la cláusula en que se encarga el tradente, cláusula que se podrá acordar en el mismo título (venta u otro), quedando desde entonces el tradente con la cosa como mero tenedor, en calidad de mandatario. En el fondo, la situación es similar a la contemplada en el N° 5 siguiente.

5º. "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 traslativo de dominio" (N° 5, primera parte).

Es la llamada tradición por "breve mano" (*brevis manu*, no se alcanza a percibir). Se ha concebido esta forma para evitar un

movimiento material, pues normalmente en estas situaciones el arrendatario u otro tenedor debería restituir la cosa al dueño y luego éste nuevamente entregársela, ahora en tradición. Se entiende que la tradición aquí está representada por la entrega que antes se efectuó por el dueño al mero tenedor, cumpliendo el contrato de arrendamiento (u otro). Esta construcción evita reconocer que simplemente se está en presencia de una transferencia de dominio por el solo contrato.

6º. "...y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc." (N° 5, 2ª parte).

Esta forma, inversa de la anterior, es la denominada "constituto posesorio" (*constitutum possessorium*). Como en la situación precedente, se evita con esta forma una doble entrega, en que el tradente primero entregara la cosa que transfiriere y luego el adquirente se la entregara a su vez, ahora cumpliendo el contrato de arrendamiento u otro que celebren. Asimismo, vale también la observación del número anterior, de que, al menos prácticamente, se está en presencia de una transferencia de dominio "por el mero contrato".

A las formas de tradición precedentes deben agregarse otras diseminadas en la legislación, para ciertos objetos en ciertas circunstancias; pueden mencionarse las contenidas en el C. de C. (arts. 148 y 149), en la ley sobre almacenes generales de depósito³⁹⁹ (art. 6º), etc. Además, hay ciertos bienes muebles cuya forma de tradición es discutida, como las naves³⁰⁰ y las aeronaves³⁰¹ (para vehículos motorizados terrestres, v. infra, N° 48).³⁰²

119. Principio. Examinadas las diferentes formas de tradición ficta puede percibirse la idea constante de que en virtud de ellas el

³⁹⁹ Ley 18.690: DO. de 2 de febrero de 1988.

³⁰⁰ V. libro III del C. de C. (especialmente arts. 831, 832 y 836) y ley de Navegación (DL. 2.222, DO. de 31 de mayo de 1978; especialmente arts. 10 y 13).

³⁰¹ V. Cód. Aeronáutico (especialmente art. 49).

³⁰² Se ha resuelto que una entrega de cosas, sujeta a la conformidad del adquirente, que se reserva la facultad de rechazarlas, no constituye tradición simbólica; ese acuerdo envuelve una opción incompatible con la tradición, pues no se concibe que quien se hizo dueño pueda rechazar lo que ha adquirido (RDJ., t. 82, p. 1).

adquirente queda en la *posibilidad de disponer* de inmediata de la cosa traida. Aun en el caso de que quede materialmente en poder del tradente, como en el constituto posesorio, debe recordarse que éste queda sólo como mero tenedor, y si el adquirente no puede aún disponer de la cosa materialmente, jurídicamente dispuso, en el acto mismo, al aceptar que quedara la cosa en poder del tradente, por un acto voluntario suyo.

119 bis. Prueba. Considerando la importancia que tiene, en un caso concreto, demostrar que se efectuó la tradición de cierto objeto, y que—como ha podido observarse—este hecho no exige formas documentadas, conviene dejar constancia escrita de su realización (por ej., en el mismo título, usualmente compraventa, convendrá agregar que “en este mismo acto se efectúa la tradición de la cosa vendida, mostrándola el vendedor al comprador”).

En todo caso, debe recordarse una conveniente presunción de haberse efectuado la tradición, consignada en las normas de la posesión (art. 702 inc. final).

120. Tradición de muebles por anticipación. El art. 685 establece una regla general para la tradición de esta clase de bienes (inc. 1°). Esta disposición está en relación con el art. 571, pero no hay conflicto entre ellos (como parece desprenderse de un fallo),³⁰⁵ porque tratan materias diferentes: el art. 571 califica de muebles ciertos bienes, que son llamados muebles por anticipación; en tanto que el art. 685 inc. 1° establece la forma como se efectúa la tradición de estos bienes. El precepto regula una forma de tradición real, al prescribir que la tradición se verifica en el momento de la separación de estos objetos. Para que valga como tradición es necesario que esa separación se efectúe “con permiso del dueño”, pues ahí está, precisamente, la voluntad del tradente.³⁰⁴

³⁰⁵ RDJ., t. 15, p. 338.

³⁰⁶ Se ha resuelto que el art. 685 (inc. 1°) no es aplicable a la extracción de minerales vendidos “in situ”, se añade que tratándose de minerales esa explotación necesita de labores e instalaciones complejas, que requieren la tenencia del suelo para ahí engrillas y proceder a la extracción (F. del M. N° 265, p. 435).

Se ha discutido si la tradición de estos bienes se puede efectuar por alguna de las formas de tradición fictas del art. 684, además de la forma real que indica el art. 685.³⁰⁵ Como no se viola claramente ninguna norma, la conveniencia práctica aconseja la afirmativa.

El inc. 2° del art. 685 consigna una regla de acceso a la propiedad ajena, de carácter práctico (un acreedor pretende que se le pague lo que se le debe, pero ha de respetar la propiedad ajena; si el deudor se negare persistentemente, el acreedor tendrá que ejercitar las acciones del título respectivo; si le deben la entrega de esos objetos por un contrato, habrá incumplimiento de lo pactado).

Con lo dicho, la tradición de un bosque (situación frecuente y habitualmente de valor económico importante), se puede efectuar ya por alguna de las formas del art. 684, ya por la indicada en el art. 685 inc. 1° (puede sí observarse una diferencia: acudiendo al art. 684, un solo acto, por ejemplo la muestra del bosque, efectúa la tradición del conjunto de árboles, en tanto que empleando el art. 685, la tradición se va efectuando por cada árbol, conforme se vayan cortando).³⁰⁶

121. Reserva legal de las formas fictas. Se ha discutido si es o no posible que la tradición ficta se pueda efectuar por formas distintas de las señaladas en el art. 684 (aparte, ciertamente, de las situaciones en las que leyes especiales disponen otras formas). Algunos autores³⁰⁷ no ven inconvenientes; así también se ha resuelto.³⁰⁸ Otros³⁰⁹ niegan tal posibilidad; se sostiene que estas formas fictas son creaciones de la ley, siempre excepcionales, y sobre todo porque desde el punto de vista de la posesión, que también se adquiere—y quizás es lo que principalmente se adquiere—con la tradición, el Código dispone que la posesión se adquiere por la aprehensión material o legal (art. 723), y no puede haber apre-

³⁰⁵ VGT. de 1878, p. 1083; en sentido contrario, GT. de 1902, t. I, p. 1527; RDJ., t. 15, p. 338.

³⁰⁶ V., en este sentido, F. del M. N° 233, p. 49.

Otras observaciones y antecedentes históricos en Claro Solar, Luis, ob. cit., t. III, N° 737, p. 288.

³⁰⁷ Por ej., Claro Solar, Luis, ob. cit., t. VII, N° 731.

³⁰⁸ RDJ., t. 36, p. 435.

³⁰⁹ Pescio, Víctorio, *Manual...*, cit., t. IV, p. 336.

hensión *legal* donde la ley no la establece; se hacen notar, asimismo, los términos perentorios, imitativos, del art. 684, antes de iniciar la enumeración.

122. Valor comparativo. Se ha discutido el igual o diferente valor que se les ha de atribuir a estas dos posibilidades de efectuar la tradición: real y simbólica. La ausencia de desplazamiento físico de la cosa tradida en la ficta da mayor ocasión para el conflicto. Puede ocurrir que un tradente efectúe una tradición ficta y luego la real, de la misma cosa, a diferentes personas (X vende a Y un mueble, y se acuerda que X lo conservará en su poder como arrendatario; posteriormente lo vende nuevamente a Z y le efectúa su tradición real). Entre nosotros, en principio, el art. 1817 soluciona el problema para la venta; se dispone allí que, en tal situación, el comprador que primero haya entrado en posesión de la cosa será preferido. En el caso propuesto, como la posesión se adquiere al cambiar el ánimo, aun con la tradición ficta, habría que concluir que Y, el primer adquirente, es el preferido, teniendo el segundo sólo una acción de indemnización. Pero sólo decimos que en principio se soluciona el problema porque en la doctrina se ha discutido arduamente el punto de si en caso de conflicto entre ambas formas de tradición tienen las dos igual valor con nuestro art. 1817, se sostiene que, como el precepto no distingue, ha de preferirse al primero, aun cuando la tradición que se le haya efectuado haya sido la ficta, lo que implica asignar a ambas igual valor³¹⁰ (podría estimarse que en la colisión debe atribuirse mayor valor a la tradición real, particularmente por un principio protector del tercero: la tradición ficta, al efectuarse por actos representativos, entrega de las llaves por ejemplo, no da noticia a los terceros del cambio de situación de la cosa; ello es más evidente en la situación del N° 5 del art. 684, en que el cambio de posesión de la cosa al adquirente se efectúa tan sólo por un cambio de ánimo; esa publicidad sólo

³¹⁰ Alessandri, Arturo: *De la compraventa y de la promesa de venta*, Soc. Impr. Litogr. Barcelona, Santiago, 1917, t. I, N° 880.

Otro razonamiento, con igual fondo, es concluir que en la segunda venta simplemente hay venta (y tradición) de cosa ajena. Pero las situaciones podrían tomarse más complejas, alterando en el modo el orden cronológico de los títulos; por ej., Pedro vende a Juan y después a Diego; y efectúa primero la tradición simbólica a Diego y después la real a Juan. Las complicaciones continúan si de la venta pasamos a otros títulos traslativos (como donación).

aparece en la tradición real, en que los terceros pueden darse cuenta de la mutación ocurrida; así, el segundo adquirente, que respecto de la primera adquisición era un tercero, no estaba en condiciones de saber que ya compraba cosa ajena y, protegiéndole, habría de concederse más valor a esta tradición real). Por último, debe notarse que entre nosotros el problema puede presentarse con más dudas en contratos distintos de la compraventa, en que no se dispone del citado art. 1817.

123. B) Tradición de derechos reales sobre inmuebles. Según es norma en la organización de la propiedad territorial en los tiempos modernos, con la dictación del Código se estableció entre nosotros un sistema de transferencia para los derechos sobre inmuebles, en base a un Registro. El art. 686 del Código dispone: "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 hipoteca.

Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería".³¹¹

Relacionando esta disposición con otros textos vigentes, puede concluirse que la tradición del dominio y otros derechos reales sobre inmuebles se efectúa por la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces (art. 686), con excepción de la tradición del derecho real de servidumbre, que se efectúa en la forma prescrita en el art. 698 (salvo el caso de la servidumbre de alcantarillado en predios urbanos, en el que se vuelve a la regla del art. 686, efectuándose por inscripción en el Registro del Conservador).³¹² En cuanto a la tradición del derecho real de herencia, entre nosotros la forma de efectuarla es discutida (según se tratará más adelante; v. infra, N° 152).

Como resumen anticipado y considerando diversas disposiciones del Código y leyes especiales, la *inscripción*, en nuestro Registro inmobiliario, cumple las siguientes funciones:

³¹¹ El Código dispuso un régimen transitorio para la época transcurrida entre su entrada en vigencia y la del Registro (art. 697).

³¹² Según ley 6.977, DO. de 16 de julio de 1941.

Al tratar las servidumbres voluntarias (N° 255) se volverá sobre esta forma de tradición (y su inconveniencia).



- a) Constituye *tradición* del dominio y de otros derechos reales sobre inmuebles.
- b) Conforman la *historia* de las mutaciones (o cambios), gravámenes y restricciones en la titularidad real de los inmuebles.
- c) Confiere *publicidad* a esas mutaciones (o cambios), gravámenes y restricciones de titularidad (y aun a ciertos cambios en el estado de ciertas personas, como en la inscripción de las interdicciones).
- d) Discutiblemente, constituye *requisito, prueba y garantía de posesión* de inmuebles.
- e) Discutiblemente, constituye *solemnidad* de ciertos actos o contratos sobre inmuebles (del usufructo sobre inmuebles por acto entre vivos, art. 767; del uso sobre inmuebles, art. 812; del fideicomiso sobre inmuebles, por acto entre vivos o por testamento, art. 735; del censo, art. 2027; de la hipoteca, arts. 2409 y 2410; de la donación irrevocable de inmuebles, art. 1400).

³¹³ Interesantes antecedentes existen en pueblos antiguos, aun anteriores a Roma. Es destacable el progreso que la arqueología jurídica ha constatado en Grecia y sobre todo en Egipto (especialmente en la época romana). Y, al respecto el ilustrativo trabajo de Moro Serrano, Antonio: "Los orígenes de la publicidad inmobiliaria", en Rev. Crítica de D. Inmobiliario N° 603, Madrid, 1991, pp. 535 y sgts., con datos bibliográficos de las investigaciones de autores italianos, alemanes y franceses. Conforme a aquellas investigaciones, al menos en Egipto, el origen del registro parece estar vinculado estrechamente a la tributación fiscal; por otra parte, se ha concluido que la publicidad inmobiliaria es tan antigua como la propiedad raíz misma y, en todo caso, ha podido afirmarse que los mecanismos implantados se originan alrededor de 3.000 años a.C. V. también el estudio (al parecer ya clásico) de Álvarez

Suárez, Ursicino: "Los orígenes de la contratación escrita", en Anales de la Academia Matritense del Notariado, t. IV, Madrid, 1948, pp. 7 y sgts., especialmente pp. 69 y sgts. (dedicadas al ámbito propiamente registral). Para antecedentes históricos germánicos, en Derecho medieval y posterior, v. Planitz, Hans, ob. cit., pp. 161 y sgts. Entre nosotros, Topasio, Aldo: *La posesión inscrita en el Derecho romano*, Edit. Edeval Valparaíso, 1978.

³¹⁴ Y parece conveniente confeccionar un registro general para los bienes muebles que unifique, al menos con algunos principios comunes, la variedad existente (al menos entre nosotros), como está aconteciendo en algunos ordenamientos (v. Gómez Gállego, Francisco: "El registro de bienes muebles", en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario N° 657, Madrid, 2000, pp. 973 y sgts., que comenta el Registro español de bienes muebles, en base a leyes de abril y julio de 1998, la cual incluye un Registro de condiciones generales de la contratación, en funciones desde 2000).

Y no debe olvidarse el Registro civil que, cierto que es de personas, pero un registro al fin, por lo cual no ha de ser extraño que pueda exhibir algunos principios comunes con los de bienes (v. al respecto Díaz Fraile, Juan: "Breve esbozo de una teoría general sobre los principios registrales civiles. Particular estudio de la publicidad material del Registro civil", en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario N° 672, Madrid, 2002, pp. 1367 y sgts.).



lio real, han sido recomendados en varios Congresos Internacionales de Derecho Registral).³²²

126. El sistema registral chileno. El Registro Conservatorio de Bienes Raíces. Las normas legales fundamentales sobre la materia están contenidas en los arts. 686 y sgts. del CC. y, en virtud de lo prescrito en el art. 695, en un cuerpo reglamentario, conocido como Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.³²³ Es un DFL. dictado por mandato del art. 695 (así se ha resuelto).³²⁴ El texto original ha sufrido modificaciones por leyes posteriores, una de las cuales se refiere a una especial organización del Conservador de Bienes Raíces de Santiago.³²⁵ Además, se han dictado numerosos textos legales que establecen normas registrales especiales para inmuebles que se encuentran en situación registralmente irregular; se trata de leyes denominadas "de saneamiento de títulos", a las que se hará referencia más adelante (infra, N° 143). Por último, leyes especiales han encomendado al Conservador otras funciones aparte de las originarias, para llevar el registro de actos relativos a otros bienes que los inmuebles, que también se mencionarán luego (infra, N° 148).

127. La organización y el funcionamiento del Registro están consignados en el Reglamento y en el COT (arts. 446 y sgts.).

a) Funciona como una oficina en cada comuna o agrupación de comunas que constituya el territorio jurisdiccional de juzgados de letras, a cargo de un funcionario denominado Conser-

³²² Desde 1972 el Centro Internacional de Derecho Registral organiza los Congresos Internacionales sobre la materia. En 2005 se celebró el decimoquinto.

La invulnerabilidad a que se ha hecho referencia se manifiesta, centralmente (y puede decirse, conformando una tendencia), en la inscripción constitutiva, la legitimación (que suele imponerse como presunción simplemente legal) y la fe pública registral (que suele imponerse como presunción de Derecho y para los terceros de buena fe, aunque a veces dispensándose la protección sólo a las adquisiciones a título oneroso). Así al menos para los traspaños voluntarios por acto entre vivos (v. al respecto, las obras de Derecho registral ya citadas).

³²³ De 24 de junio de 1857; según Decreto de 28 de agosto de 1858, entró en vigencia el 1° de enero de 1859.

Sobre la ubicación de la regulación del Registro, las legislaciones adoptan decisiones variadas. Algunas estampan la regulación en el Código Civil (por ej. Suiza, Italia, Bolivia, Québec); otras, como entre nosotros, en el Código sólo consignar algunas normas fundamentales (como Alemania, Perú, Paraguay).

³²⁴ RDJ., t. 14, p. 340; t. 22, p. 953.

³²⁵ DFL. 247, DO. de 22 de mayo de 1931.

vador de Bienes Raíces, calificado de Auxiliar de la Administración de Justicia y considerado ministro de fe pública (arts. 446 y sgts. del COT) (en Santiago, el oficio está a cargo de tres funcionarios). En muchas comunas el Notario, o uno de los varios, es al mismo tiempo el Conservador.

b) Los libros fundamentales que allí se llevan son el Repertorio, el Registro y el Índice General. Pero es el Registro el centro del sistema; los otros dos constituyen sus (importantes) complementos.³²⁶ Es anual. Creado originariamente para los inmuebles, leyes posteriores han entregado al Conservador el mantenimiento de otros Registros para ciertos bienes o actos, como el de comercio, el de prenda agraria, el de prenda industrial, el de prenda de cosa mueble vendida a plazo.

El Repertorio (arts. 21 y sgts.) es el libro de ingreso de la oficina; en él se deben *anotar* todos los títulos que se presenten al Conservador, por orden cronológico de llegada, cualquiera que sea su naturaleza (arts. 21 y 27); es también anual (arts. 30 y 38). La anotación debe contener ciertos datos (que menciona el art. 24). *El Registro*, considerada la expresión como cuerpo del sistema, está integrado por tres Registros particulares: el Registro de Propiedad, el Registro de Hipotecas y Gravámenes y el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar (art. 31); todos son anuales (art. 36).

"Se inscribirán en el primero las traslaciones de dominio (o sea, las transferencias, transmisiones y adquisiciones por prescripción).

En el segundo, las hipotecas, los censos, los derechos de usufructo, uso y habitación, los fideicomisos, las servidumbres y otros gravámenes semejantes.

En el tercero, las interdicciones y prohibiciones de enajenar e impedimentos relacionados en el artículo 53, número 32" (art. 32).

"En cada uno de los mencionados Registros se inscribirán también las respectivas cancelaciones, subinscripciones y demás concenientes a las inscripciones hechas en ellos" (art. 33).

Estos Registros parciales tienen fijadas sus características materiales (arts. 34 y sgts.).

Se ha resuelto que la inscripción practicada en un Registro que no corresponde, es nula absolutamente³²⁷ (sobre la proce-

³²⁶ GT. de 1948, 1° sem. N° 4, p. 27; RDJ., t. 45, p. 393.

³²⁷ RDJ., t. 14, p. 340.

dencia de esta nulidad con el complemento de absoluta, se volverá más adelante, *infra*, N° 141).

Cada Registro parcial contiene un *índice* por orden alfabético con los nombres de los otorgantes (art. 41); este índice es de especial importancia práctica para la ubicación de las inscripciones y contribuye a caracterizar el Registro, como luego se dirá. Además, "en un *apéndice* de este índice se inventariarán los documentos agregados al fin de cada Registro" (art. 42).

El Índice General, junto con los índices de cada Registro parcial, permite el funcionamiento del sistema en cuanto median- te ellos se ubican las inscripciones (a través de sus titulares) y se puede reconstruir la historia de los inmuebles partiendo de algunos datos elementales. Se construye por orden alfabético de los otorgantes, y "se formará a medida que se vayan haciendo las inscripciones en los tres Registros. En él se abrirán las mis- mas partidas que en el índice particular" (art. 43). Es igualmen- te anual (art. 45). Tiene caracteres materiales también regulados (en el art. 46, en relación con los arts. 22 y 23).

Las menciones que contienen los índices están determina- das (en el art. 44).

c) El Registro es público, y el Conservador está obligado a dar las copias y certificados que se le soliciten (arts. 49, 50 y 51). Uno es el que deja constancia de haberse inscrito el título en el Regis- tro; se estampa en la copia del título que se presentó al Conserva- dor para la inscripción, copia que el Conservador devuelve al interesado, ahora con esa certificación al final (arts. 85 y 86). Son también frecuentes los denominados *certificados*: de "dominio vigen- te", en que el Conservador deja constancia de que cierta inscrip- ción de dominio, a nombre de cierto titular, está actualmente (a la fecha del certificado) vigente;³⁹⁸ de "gravámenes", en que consta la existencia o inexistencia de cargas (por ej., hipotecas, usufruc- tos), y de "prohibiciones", en que consta la existencia o inexisten- cia de impedimentos al libre ejercicio del derecho de enajenar

³⁹⁸ Inicialmente este certificado era redactado en tales términos que de- claraba que, conforme al Registro, el dominio de cierto predio a nombre de cierto titular estaba vigente. Ha cambiado. Actualmente manifiesta que la ins- cripción se encuentra vigente por no existir anotación marginal que indique transerencia. Es notoria la diferencia. La explicación se relaciona con la de- nominada "cancelación virtual" de la inscripción, que se verá más adelante (*infra*, N° 137 y, especialmente, 194).

cierto inmueble (por ej., embargos). Puede agregarse el "certifica- do de repertorio", que se mencionará luego (*infra*, N° 132). Frecuentemente se piden todos y el Conservador los emite en un solo instrumento.

El examen del Registro y, por tanto, las certificaciones, se re- trotraen en el tiempo hasta el lapso de la prescripción extraor- dinaria, que consolida la situación registrada, sin que pueda ser removida por posibles defectos anteriores.

Como el Registro es público, esos certificados pueden evitar- se, y el interesado en adquirir el dominio u otro derecho real pue- de examinar personalmente los libros (y, en cierto sentido, podría ser lo más seguro y actual). Pero, aparte de la comodidad y de la pericia en la búsqueda, los certificados emitidos por el Conserva- dor deslindan responsabilidad. Si el asesor del interesado exami- na y comete error, él le responderá. Si se pide el certificado y contiene un error, la responsabilidad es del funcionario.

Conviene precisar esta última conclusión. Qué ocurre si el certificado resulta erróneo; por ej., dice que el predio no tiene hipoteca, y en el Registro existe una. Es claro que el Registro mantiene sus efectos. Los asientos en el Registro tienen validez y eficacia con independencia de las certificaciones que respec- to a ellos emita el Conservador. En tal caso, al perjudicado sólo le quedaría el recurso de perseguir la responsabilidad del fun- cionario, intentando indemnización.³⁹⁹

Así, pues, en la práctica estos certificados constituyen elemen- tos indispensables para una negociación sobre inmuebles. En ellos está la formal comunicación al interesado en adquirir el dominio u otro derecho real, sobre el estado jurídico del inmue- ble. Y por lo mismo son habitualmente exigidos para el estudio de los títulos, previo al negocio (sobre este último punto, v. *in- fra*, N° 215 y sgts.).

d) En cuanto a la responsabilidad del Conservador, está de- terminada básicamente por las atribuciones de control que le con- fiere el Reglamento; éstas emergen de las causales por las cuales debe negarse a inscribir, contenidas en los arts. 13 y 14, que se

³⁹⁹ V. un caso en León, Renato: *Observaciones sobre el Registro Conservatorio de Bienes Raíces*, Edit. Tall. Gráficos El Chileno, Santiago, 1947, pp. 78 y sgts.; debe tenerse presente lo que se dijo (en *supra*, N° 124, nota) y se dirá (en este mismo número) sobre la eventual responsabilidad del Estado.

examinarán pronto (en *infra*, N° 133). Como se verá al tratarlas, conforme a esas causales sus atribuciones de control de la validez y eficacia de los títulos no son muy amplias; y en cuanto a la correspondencia entre la descripción del predio en el título y sus reales características, simplemente carece de poder controlador. Por lo mismo, él no garantiza ni esta congruencia entre el título y los caracteres materiales de los predios, ni la calidad de auténtico propietario que puede tener quien aparece como dueño en la inscripción (salvo en cuanto esté obligado a negarse a inscribir, conforme a los preceptos citados). Esta característica es fundamental en la organización de nuestro sistema registral y asimismo básica para su calificación (v. además *infra*, N° 133).

Entonces, su responsabilidad funcionaria se configura en el conjunto normativo que regula sus funciones, atribuciones y disciplina. Básicamente, esas normas son: el Reglamento (con especial influencia de los arts. 13 y 14, y 96 a 98), y el COI. (arts. 446 y sgts. más las normas de los Notarios, en lo que les fueren aplicables, conforme al art. 452, y 530 y sgts.); y en cuanto a indemnización por daños causados a particulares en el desempeño de sus funciones, deben añadirse las reglas de los arts. 2314 y sgts. del CC. La responsabilidad penal se rige por las normas del Código del ramo, especialmente las relativas a delitos cometidos por funcionarios en el desempeño de sus cargos.³⁸⁰

e) En cuanto a la remuneración, no percibe sueldo fiscal sino derechos arancelarios que cobra a los interesados en las diligencias que allí se efectúan (con ellos paga igualmente a los empleados que le colaboran).

128. Títulos que deben inscribirse y títulos que pueden inscribirse:

a) El art. 52 del Regl. enumera los títulos que *deben* inscribirse en el Registro.

³⁸⁰ Pero son muchos los textos legales que intervienen en la determinación específica de responsabilidad del funcionario. Un examen de la normativa nacional a este respecto puede encontrarse en dos estudios muy completos sobre el tema: Rojas García, Edmundo: "La responsabilidad del Conservador", en Rev. del Notariado N° 2, Santiago, 1988, pp. 207 y sgts.; N° 3, Santiago, 1989-90-91, pp. 159 y sgts.; y Mohor Albornoz, Elías: "La responsabilidad de Notarios y Conservadores", en Rev. de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile N° 9, Santiago, 2000, pp. 9 y sgts.

En cuanto a la responsabilidad del Estado por falta de actuación o actuación defectuosa del Conservador, v. lo dicho en *supra*, N° 124, nota.

– Primero se refiere a la "traslación" del dominio y otros derechos reales y luego a la "constitución" de los mismos derechos.

Entre los títulos "trasláticos" el texto incluye el referente al derecho de uso y habitación, pero es un derecho personalísimo y, por tanto, intransferible e intransmisible (conforme al art. 819).

– En cuanto a la sentencia que declara la prescripción adquisitiva, deben considerarse los arts. 689 y 2513.

– La "constitución" del fideicomiso sobre inmuebles está mencionada, pero no la "transferencia", es porque está incluida en la primera parte del N° 1 (la propiedad fiduciaria, como toda propiedad, es transferible y, si afecta a inmuebles, debe inscribirse).

– Sobre el supuesto de que el derecho al que se renuncia está inscrito, la renuncia debe inscribirse (no basta –como pudiera estimarse– una mera subinscripción).

– La disposición debe complementarse con varias del Código, que regulan las instituciones a que se refiere ese precepto. Además, distintos textos legales han dispuesto también la obligación de inscribir otros títulos (como los relativos a la sucesión por causa de muerte, señalados en los arts. 55 del propio Regl. y 688 del Código, sobre los que se volverá más adelante; el que indica la ley 6.977 para adquisición de la servidumbre del alcañalillo en predios urbanos; el dispuesto en la Ley de quiebras, art. 52 N° 8 en relación con el art. 72, aunque es sólo para la oponibilidad de la resolución que declara la quiebra; el del decreto que declara a una población en situación irregular, conforme a la ley 16.741 sobre poblaciones en situación irregular, art. 4°, el de la ley 7.600 sobre división e inembargabilidad del hogar obrero, arts. 68 y 70; el de la resolución que confiere título saneado de un inmueble, conforme al DL. 2.695 sobre saneamiento de títulos de la pequeña propiedad raíz).

³⁸¹ – En cada una de las situaciones contempladas en el art. 52 y en los demás textos citados, la inscripción cumple una determinada función (o una principal); y en algunas, debido al contenido de los textos respectivos, se discute el rol de dicha inscripción. Como sea, la consecuencia por la falta de inscripción dependerá del rol que en cada situación le corresponda desempeñar. Y cuando se examina cada una de las instituciones a que se refiere el art. 52 se aborda el punto de la función que corresponde a la inscripción (por ej., cuando se analiza la inscri-

tución de la hipoteca, se examina el rol de la inscripción hipotecaria y la consecuencia de su omisión, etc.).

b) El art. 53 menciona los títulos que *pueden* inscribirse.

— El N° 1 se refiere a la inscripción de la "condición"; debe entenderse que lo que se presentará al Registro es el título en el que la condición consta.³³¹

³³¹ Si se trata de un fideicomiso sobre inmueble, el título es de los que deben inscribirse; la propiedad fiduciaria se inscribirá a nombre del propietario fiduciario (en el Registro de Propiedad) (arts. 32 y 52); y allí constará la condición; pero también puede inscribirse la condición (en el Registro de Hipotecas y Gravámenes) (arts. 32 y 53 N° 1); en su redacción, la primera inscripción estará dirigida al traslado del dominio y la segunda a la existencia de una condición pero, en aras de un contenido comprensible, el contenido no será muy diferente. Si la condición no llega a configurar un fideicomiso (se trata simplemente de una condición agregada al traslado del dominio para algún efecto que no altera el traslado mismo, o se pacta en un acto autónomo gravando a quien ya tiene un dominio adquirido y no lo deja con un eventual traslado por el cumplimiento de la condición), queda de inscripción discutida.

Esta situación lleva a una interrogante básica de nuestro sistema: ¿sólo pueden inscribirse los títulos que las normas determinan (específica o genéricamente) o también otros referidos a inmuebles, cuya inscripción—sin norma fundante—le sea solicitada al funcionario? Es admisible la duda. Atendido el carácter de orden público del Registro nos inclinamos por la primera alternativa (v. también la parte final de la segunda parte del N° 2 del art. 53). La controversia puede plantearse si se pretende inscribir una condición de los caracteres antes descritos. Con la primera solución (de que el título debe estar incluido en alguno de los que las normas mencionan) se presenta la duda de si esta condición puede ser incluida en algunos de los títulos mencionados en los arts. 52 y 53; los textos más cercanos son los N°s 1 y 2, primera parte del art. 53. El N° 1 se refiere a condiciones suspensivas o resolutorias "del dominio" de bienes inmuebles u otros derechos reales. Restrictivamente, puede entenderse que se refiere a condiciones que suspenden el traslado o resuelven el dominio (y la del ejemplo quedaría excluida); en un sentido más lato, podría estimarse que se refiere a toda condición que de algún modo "afecte" el dominio, aunque de ella no dependa necesariamente el traslado o la permanencia del dominio. Y el N° 2, primera parte, se refiere a "todo gravamen"; se trata aquí de determinar si la condición (en general y la del caso en particular) constituye o no un gravamen. Parece más cauteloso examinar específicamente la condición de que se trate; calificada de gravamen, el problema queda resuelto.

Por otra parte, el texto se refiere a condiciones "suspensivas o resolutorias", lo que nos obliga a remitirnos a la observación que en otra ocasión hemos formulado (v. nuestro texto *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones*), en orden a que no parece apropiada aquella expresión, que induce a confundir dos categorías de condiciones, cuando en realidad se trata de dos clases de efectos de una sola condición.

— El N° 2 se refiere a gravámenes distintos de los mencionados en el art. 52; salvo las servidumbres, los mencionados allí son los reales, por lo que aquí quedan incluidos los gravámenes personales. Los textos no proporcionan un concepto de "gravamen", por lo que queda indefinido el alcance del precepto y, por tanto, puede surgir duda acerca de si cierto título (que impone alguna obligación respecto a un inmueble) está incluido aquí o no.³³² Para estos efectos (de comprensión de la regla) podemos entender por gravamen inmueble no real (personal) toda obligación que se imponga a una persona cuya prestación signifique un menoscabo de un inmueble suyo o restricción a su derecho de dominio. Pueden mencionarse, como ejemplos de éstos a que se refiere la norma, la anticresis (arts. 2435 y 2438); también un derecho de caza o de pesca en cierto predio.³³³ Ha sido discutida la calificación del arriendo como gravamen; y más bien negada por considerarse que el arrendador obtiene en contrapartida la renta, de modo que lejos de constituir para él un gravamen puede constituir un beneficio o, al menos, un comutativo negocio (pero la circunstancia de que tenga contrapartida no destruye la calificación de gravamen para él; un concepto es el gravamen y otro el título—gratuito u oneroso—al que se constituye). En todo caso, para estos efectos de la inscripción no surge problema, porque fue expresamente mencionado (N° 2, parte final).

— En cuanto a las servidumbres (como se dirá al examinarlas) el Regl. y el Código adoptaron la muy inconveniente decisión de disponer su tradición por escritura pública (no por inscripción), dejando al título como de los que pueden inscribirse.³³⁴

— El precepto también debe complementarse con varios del Código que regulan las instituciones respectivas. Asimismo, otros textos legales permiten la inscripción de ciertos actos (como el del art. 2438; el del art. 22 de la ley de la Caja de Crédito Hipotecario).

³³² Nuevamente aparece el punto de la necesidad de norma para inscribir un título. Si se estima que para poder inscribir un título es menester que una norma lo permita, surgirá el problema de calificar un título en orden a si impone o no un gravamen.

³³³ El dueño contrae una obligación de no hacer; más específicamente de la variedad tolerar (de las denominadas obligaciones "pati").

³³⁴ Salvo, como ya se dijo y se repetirá al tratar las servidumbres, la servidumbre de alcantarillado en predios urbanos, cuya tradición—por norma especial—sí se efectúa por tradición.

tecario). En estas situaciones la utilidad de la inscripción debe encontrarse asimismo examinando los textos que regulan las correspondientes instituciones. Así, en el título de las obligaciones condicionales se encontrará la utilidad de la inscripción de la condición (art. 1491); en el título del arrendamiento, la de la inscripción del arriendo (art. 1962), etc.

El N° 3 del art. 53 merece una referencia especial con relación a las prohibiciones judiciales; el CPC. ha dispuesto que ciertas medidas, prohibiciones de celebrar actos y contratos y embargo, cuando recaen sobre inmuebles no producen efecto respecto de terceros si no se inscriben (arts. 296, 297 y 453; y debe recordarse que se ha entendido que la expresión embargo tiene un alcance amplio, comprensivo también de otras medidas judiciales que limiten la disposición del objeto por el propietario, como el secuestro, etc.).

En cuanto a las prohibiciones convencionales, el punto de su validez y de su eficacia respecto de terceros ya ha sido tratado (supra, N° 61). Si la estipulación recae sobre inmuebles, puede inscribirse (art. 53 N° 3 del Regl.). Esta circunstancia no es decisiva en la controversia sobre su validez (aunque es empleada como argumento) pero—supuesta su validez—influye en su eficacia respecto de terceros, según ya se ha dicho (por el art. 1491).

Inscrita la prohibición (convencional) de enajenar, se ha discutido la actitud que debe adoptar el Conservador cuando el obligado a no enajenar— infringiendo su obligación— enajena, y se pide al funcionario que inscriba ese título (para efectuar así la tradición). ¿Debe negarse o debe inscribir? Está discutido.

Se ha sostenido que debe negarse, en base al art. 13 del Regl., porque sería un caso en que la inscripción es “legalmente inadmisibles”. Se configura—se ha dicho— un “impedimento de registro”: al existir una prohibición de enajenar inscrita, vigente, la coherencia del Registro conduce a considerar legalmente inadmisibles un título que contradice aquella inscripción. Y ese impedimento registral—se agrega— es independiente de la suerte que en términos sustantivos, civiles, tenga la estipulación.³⁸⁵

³⁸⁵ Así, Varas Espejo, Miguel: “Eficacia jurídica de la cláusula de no enajenar”, en Rev. del Notariado N° 1, Santiago, 1987, pp. 223 y sgts. (también en Gaceta Jurídica N° 77, Santiago, 1986, pp. 3 y sgts.).

Pero también puede sostenerse que el Conservador debe inscribir la enajenación. En primer término, debe recordarse que la validez de una tal estipulación es discutida (v. supra, N° 61). Luego, si se admite, ella genera una obligación de no hacer, de modo que la enajenación no importa sino una infracción de esa obligación, que el Conservador no es el llamado a controlar o juzgar; a este respecto, se tiene en cuenta que el principio general en Chile es que el Conservador debe inscribir los títulos que se le presentan (siendo auténticos y relativos a inmuebles), salvo limitadas excepciones que deben interpretarse restrictivamente, de manera que es escasa la “legalidad” registral. Por último, el art. 13 se refiere a las inscripciones que por ley son inadmisibles, no por acuerdo entre particulares, de modo que para fundar la negativa debería precisarse el precepto legal que declara inadmisibles la inscripción.

La jurisprudencia parece inclinarse por esta segunda alternativa³⁸⁶ (v. además infra, N° 133).

Finalmente, conviene una aclaración sobre el enunciado de este tema. La expresión “títulos que deben inscribirse” debe entenderse no como una orden a los involucrados en el título o al funcionario, sino como una exigencia para un efecto; es decir, los interesados siempre son libres para pedir o no la inscripción; pero si quieren lograr el *efecto jurídico fundamental previsto en el título*, han de inscribir (por ej., si se trata de una compraventa de inmueble, y quieren ver efectivamente trasladado el dominio como lo han convenido en el título, deben inscribir). Por su parte, la expresión “títulos que pueden inscribirse” está referida a títulos cuyo efecto fundamental no está sometido a inscripción, pero respecto de los cuales, en lugar de prohibirse la inscripción, se permite, derivando con ella consecuencias secundarias al efecto fundamental del contrato; entre ellas, la oponi-

³⁸⁶ Así, Gaceta Jurídica N° 32, p. 2; RDJ., t. 80, p. 94; Rev. del Notariado N° 1, p. 227. En contra, un fallo en esta misma Revista y página; v. también Pañalillo Arévalo, Daniel: “Prohibición de enajenar voluntaria y negativa del Conservador”, en Rev. de Derecho, U. de Concepción N° 168, Concepción, 1980, pp. 87 y sgts., también publicado en Gaceta Jurídica N° 32, Santiago, 1980, pp. 2 y sgts.

bilidad a los terceros en virtud de la publicidad que emerge al registrarse el acto.³⁹⁷

128 bis. Del modo de proceder a las inscripciones, de su forma y solemnidad. Estas materias están reguladas principalmente en los Tít. VI y VII del Regl. (arts. 54 y sgts.).³⁹⁸

129. Comuna (o agrupación) en que debe practicarse. Es aquella de la ubicación del predio (arts. 54 del Regl., y 687 del CC.). Si se practica en una comuna (o agrupación) que no corresponde, ella será inútil, teniendo aplicación el art. 696 del CC.³⁹⁹ (ya se dijo—supra, N° 127—que si es practicada en un Registro que no corresponde, se ha resuelto que es nula absolutamente).

Se ha discutido la situación en que, perteneciendo el inmueble a dos o más comunas (o agrupaciones de comunas), se omite

³⁹⁷ Por eso es que estimamos que el art. 53, N° 3 del Regl. no ha sido modificado por el art. 297 del CPC. (como se ha pretendido). Se ha sostenido que como el citado precepto dispone que los impedimentos o prohibiciones respecto de inmuebles (que individualiza) deben inscribirse para que produzcan efectos respecto de terceros, entonces ya no serían títulos que puedan sino que deben inscribirse (y pertenecerían al art. 52). Estimamos que siguen siendo títulos que pueden inscribirse, porque, como se ha explicado en el cuerpo, pertenecen al grupo de los que deben inscribirse aquellos cuyo "efecto fundamental" se produce sólo con la inscripción, y resulta que éstos, aun con la exigencia de la inscripción, siguen produciendo su efecto fundamental sin ella; para las partes a las que la prohibición se refiere, el efecto se produce con prescindencia de la inscripción (por ej. para las partes litigantes, señaladamente para el deudor, hay embargo sobre el inmueble desde que se traba con las formas prescritas, aunque aún no se inscriba); si la inscripción no se practica, la consecuencia es sólo la inoponibilidad para los terceros (aunque en la práctica sea muy importante).

³⁹⁸ Respecto de la firma del Conservador—exigencia que, además de evidente, está expresamente pedida en varios preceptos de estos dos títulos del Reglamento—se ha resuelto que sin ella no hay inscripción (F. del M. N° 394; p. 445; Gaceta Jurídica N° 135, p. 33). Respecto a esta solución, v. infra, N° 141 sobre las consecuencias por defectos de la inscripción.

³⁹⁹ Sin perjuicio de su inutilidad, bien puede concluirse que es nula, con base en estos preceptos que organizan el Registro; y el (verdadero) titular del predio podría sostener que tiene interés en la declaración de nulidad en cuanto le perturba su posesión (inscrita) (sobre una perturbación de esta naturaleza se volverá al tratar de las acciones posesorias).

Se ha resuelto que, tratándose de una medida judicial urgente, el Conservador debe inscribir aunque el predio esté ubicado en el territorio de otro Conservador, si el primero tiene los registros, que no han sido todavía enviados al que corresponde (RDJ, t. 71, secc. 2ª, p. 171).

la inscripción en una de ellas. Se ha sostenido³⁴⁰ que debe tenerse por inscrito en la parte o porción respectiva. La jurisprudencia se ha inclinado por la ineficacia de esta inscripción y tiene todo el predio por no inscrito.³⁴¹ En cambio, si el título es relativo a dos o más inmuebles, inscrito en una comuna (o agrupación) esa inscripción es perfecta aunque la inscripción para el otro inmueble en su comuna (o agrupación) no se efectúe o quede defectuosa.

Hay normas también para la inscripción de los decretos de interdicción y prohibición (arts. 56 y 59).

130. Quién puede requerir la inscripción. Necesidad de la petición. Las normas básicas son los arts. 60 y 61 (v. además infra, N° 137).

El Regl. no contiene una regla general que expresamente disponga que la inscripción debe ser pedida, sin que el funcionario pueda actuar de oficio (es la llamada "rogación"); pero de diversas disposiciones se desprende así (o ellas parten de ese supuesto); por ej., de los arts. 12, 15, 21, 24, 25, 27, 51, 57, 58, 60, 61, 65 a 69, 74, 78, 79, 81, 85. Está facultado para actuar de oficio en rectificaciones de errores, omisiones o cualquiera modificación equivalente (art. 88). Y en las cancelaciones expresamente se le niega la actuación de oficio (art. 92).³⁴²

131. Categoría de instrumentos con los que se requiere la inscripción. Referencia a las minutas. La inscripción debe ser soli-

³⁴⁰ Fabres, José Clemente, ob. cit., pp. 280 y 281; Claro Solar, Luis, ob. cit., t. VII, p. 391; Raposo, Ramón: *De las inscripciones en el Conservador de Bienes Raíces*, Univ. de Chile, Santiago, 1937, p. 111.

³⁴¹ RDJ, t. 24, p. 205; t. 30, p. 249; también Claro Vial, José: *La posesión inscrita ante la doctrina y la jurisprudencia*, Impr. El Imparcial, Santiago, 1938, pp. 84 y 97.

³⁴² Textos especiales han aumentado las excepciones a la *postulatio*, por ej., el art. 662 del CPC, que impone el deber de inscribir la hipoteca legal; la regla que dispone que el Conservador, a requerimiento de cualquier persona o de oficio, inscribirá el decreto que declara a una población en "situación irregular" (art. 4° de la ley 16.741); la que impone inscribir y alzar (debe decir cancelar) la prohibición de enajenar y gravar por un año, en el saneamiento de títulos (art. 17 del DL. 2.695); la que ordena cancelar de oficio las inscripciones de los derechos expropiados en virtud de la expropiación (art. 20 del DL. 2.186). V. Gutiérrez, Nelson: "Principio de la rogación", en Rev. Fojas, N° 12 (enero de 2004; <http://www.conservadores.cl>, 15 de agosto de 2006); el autor menciona diez excepciones.



citada exhibiendo copia auténtica del título o del decreto judicial en su caso (arts. 690 del CC. y 57 del Regl.).

Aunque el Regl. no lo dispone expresamente, debe concluirse que se admiten a inscripción sólo instrumentos públicos. Así se concluye: a) por la seguridad que confiere esta categoría de instrumentos, que permite la mínima estabilidad necesaria para que el sistema cumpla su función; b) por varios preceptos del Regl., que lo dan a entender (arts. 13, 57, 62, 65).

Los textos recién citados aluden a instrumentos "auténticos". Se sabe que el Código emplea este término en dos acepciones: como sinónimo de "público" (art. 1699) y como opuesto a falsificado (art. 17). El contexto de aquellas reglas y, en especial, el tenor del art. 62, inducen a concluir que emplean el adjetivo en el significado de "público".³⁴³

El Regl. agrega que "se exhibirán también los demás documentos necesarios, sean públicos o privados" (art. 57). Esta disposición, junto a otras, ha desarrollado el concepto de "minuta", que conviene comentar. Con base en varios preceptos del Regl., en el lenguaje registral se entiende por "minuta" un instrumento privado, suscrito por los interesados y relativo a inscripciones en el Registro. Aluden a ellas varios textos (los arts. 694 del CC. y 57, 82, 101 del Regl.). Conforme a estos preceptos, su función es suplir designaciones defectuosas o insuficientes de los títulos, con el requisito de estar firmadas por quienes tengan interés en su contenido. Y es el momento de recordar la regla del art. 82 inc. 1°, por la cual la falta absoluta en los títulos de las designaciones legales requiere escritura pública. Pues bien, en la práctica (al parecer ya no actual) se han cometido algunos excesos al procederse a efectuar "inscripciones por minutas", que han originado perjuicios a terceros, derivándose enconados litigios

³⁴³ Es interesante constatar que ha sido en el tráfico inmobiliario en donde especialmente ha pervivido la importancia de la forma aun en épocas en que, oscilantemente, se ha producido alguna declinación del formalismo; y precisamente ha sido el Registro, con sus justificaciones de seguridad, uno de los factores que ha infundido el requerimiento instrumental, habitualmente con oficialidad (v. al respecto, con ilustrativo panorama comparado, Zweigert, Konrad y Kötz, Hein: *Introducción al Derecho comparado*, trad. de Arturo Aparicio Vásquez, Oxford University Press, México, 2002, pp. 385 y sgts.; también Yorio, Elvira Martha: "La instrumentación de los derechos reales", en *Rev. Notarial* N° 818, La Plata, 1975, pp. 20 y sgts.

y demostrándose con ellas, al mismo tiempo, las deficiencias del Registro.³⁴⁴

Fundamentalmente, es del título de donde se extraen las menciones que, según cada clase, debe contener la inscripción, con complementos de otros instrumentos, según se ha adelantado recién (v. infra, N° 137).

Leyes posteriores al Regl. han ido exigiendo otros documentos para ciertas inscripciones; entre éstos, el muy conveniente *plano* (por ej., la ley de copropiedad inmobiliaria, las normas sobre saneamiento de títulos de dominio, las que regulan la subdivisión predial).

También hay normas para la inscripción de instrumentos otorgados en país extranjero (arts. 63 y 64 del Regl.).

132. La anotación en el Repertorio. Es el asiento o constancia que se deja en este libro, de la presentación y recepción de un título para su inscripción. Esas anotaciones se van efectuando por estricto orden de presentación al Conservador y contienen las menciones indicadas en el art. 24 (arts. 65 y 66). Es, como se ha apuntado, un libro de ingreso.

Ya se ha dicho que el Conservador no examina la legalidad de los títulos, puede sí rehusar inscribir en ciertas situaciones; pero "en ningún caso" dejará de anotar en el Repertorio el título presentado, salvo que el requirente se desista de ella (arts. 15 y 67). Parece sí aceptable el rechazo del Conservador a anotar en el Repertorio si lo presentado no puede ser considerado, ni remotamente, un *título* referente a *inmuebles*, atendida la naturaleza de la institución del Registro.

Si, anotado el título en el Repertorio, el Conservador a continuación se niega a inscribir, por alguna de las causas por las que puede hacerlo (arts. 13 y 14), el Regl. señala el procedimiento a seguir (arts. 14 inc. final, 25, 18, 19 y 20; v. además infra, N° 133).

La anotación en el Repertorio es presuntiva y caduca a los dos meses desde su fecha si no se convierte en inscripción, lo que tiene importancia cuando el Conservador devuelve el título sin inscribir para que se subsanen defectos (arts. 15 y 16). Convenida en inscripción, ésta surte efectos desde la fecha de la anotación; opera, pues, retroactivamente (art. 17). Se ha resuelto

³⁴⁴ V., por ej., RDJ, t. 50, secc. 2ª, p. 17; F. del M. N° 466, p. 1559.

que esa caducidad no se produce a los dos meses, si la imposibilidad de inscribir se debió a una prohibición judicial, de modo que alzada la prohibición se puede efectuar la inscripción aunque hayan transcurrido más de dos meses, surtiendo efectos la inscripción, como siempre, desde la anotación en el Repertorio.³⁴⁵ Se ha fallado también que subsanados los defectos del título, debe requerirse al Conservador nuevamente para que inscriba, no pudiendo éste proceder de oficio.³⁴⁶

Efectuada una anotación en el Repertorio, parece claro que se pueden efectuar otras anotaciones, incompatibles con la primera, relativas al mismo inmueble. Pero, ¿se puede también inscribir antes que caduque la primera anotación? Y si ello es posible, la inscripción proveniente de la segunda anotación, ¿adquiere valor cuando caduca la primera al cabo de los dos meses (parecer lo más aceptable) o incluso antes, cuando consta que se subsanó el vicio del título primeramente anotado sin que se requiriera la inscripción? Son interrogantes discutidas.³⁴⁷ Asimismo, se ha discutido si es posible inscribir un título cuando, después de anotado y mientras se subsanaban los defectos, se ha anotado una prohibición judicial.³⁴⁸ Se ha resuelto que es nula la inscripción efectuada sin previa anotación en el Repertorio, por omitirse un trámite previo y necesario, establecido en consideración a la na-

turalidad de la inscripción (art. 1682), ello sin perjuicio de las sanciones que correspondan al Conservador.³⁴⁹ Por lo mismo, se ha resuelto la nulidad de la inscripción efectuada después de caducada la anotación en el Repertorio.³⁵⁰ Algunos autores han propuesto la posibilidad de una "renovación" de la anotación,³⁵¹ pero no parece aceptable porque el Regl. no contempla una tal diligencia (así parece desprenderse de un fallo).³⁵²

Cualquier requirente puede solicitar el denominado "certificado de Repertorio", en el que consta la circunstancia de existir o no anotaciones en el Repertorio respecto de un determinado inmueble (art. 69; este certificado tiene importancia por el efecto retroactivo de las inscripciones a la época de la anotación).

133. Obligación de inscribir y causales de negativa. La regla general es que el Conservador está obligado a inscribir los títulos que se le presenten (arts. 12, 13, 14, 25 y 70). Y debe hacerlo sin retardo (arts. 13 y 70).

Excepcionalmente puede negarse, por alguna de las causas señaladas en los arts. 13 y 14.

En caso de negativa, estampará el motivo en el título (art. 14 inc. final), dejando constancia en el Repertorio (art. 25). El perjudicado puede reclamar (arts. 18 y sgts.).³⁵³

³⁴⁵ RDJ, t. 49, secc. 2ª, p. 56.

³⁴⁶ RDJ, t. 45, p. 392.

³⁴⁷ RDJ, t. 45, p. 392; en contra Raposo, Ramón, ob. cit., p. 16; Valenzuela, Humberto: *La anotación en el Repertorio*, Impr. América, Santiago, 1941, pp. 17 y 18; Fabres, José Clemente, ob. cit., pp. 265 y 266.

³⁴⁸ RDJ, t. 48, secc. 2ª, p. 9; sentencia de la Corte Suprema de 10 de diciembre de 1938, "Recurso de queja de Ramón Luis Arrau", cit. en obras anteriores.

Un fallo ha resuelto que si después de anotado un título en el Repertorio y mientras se subsanaban defectos se inscribieron un embargo y dos medidas precautorias, cuando más tarde regresa aquel título con los defectos subsanados, procede inscribirlo (F. del M. N° 393, p. 374; con voto de minoría, el cual advierte que cuando el art. 17 dispone la retroactividad sólo prescinde de "derechos" inscritos en el tiempo intermedio; en cambio, en la especie se trataba de órdenes judiciales que el Conservador se limitó a aceptar). No obstante, tratándose de un embargo, se ha resuelto que, anotada una compraventa, si después se anota un embargo, esa circunstancia no impide inscribir la compraventa (RDJ, t. 80, secc. 2ª, p. 9). Pero, en recurso de protección, se resolvió que si después de anotado el título y mientras se subsanaba una omisión se anota un embargo, cuando más tarde el primer título regresa, es procedente rechazar su inscripción (F. del M. N° 392, p. 282).

³⁴⁹ RDJ, t. 45, p. 393.

³⁵⁰ RDJ, t. 37, p. 113.

³⁵¹ Valenzuela, Humberto, ob. cit., pp. 29 y 32; León, Renato, ob. cit., pp. 39 y 40.

³⁵² RDJ, t. 37, p. 113.

³⁵³ Se ha resuelto que está permitido (en el art. 18 del Regl.) reclamar contra el Conservador sólo cuando se niega a inscribir pero no cuando se niega a cancelar, y se tiene presente que conforme al art. 728 del CC. la cancelación sólo procede por voluntad de las partes, nueva inscripción o decreto judicial (RDJ, t. 97, secc. 2ª, p. 23; aunque si se permitiere reclamar de una negativa a cancelar, y por el juez se acogiere, la cancelación se efectuaría por decreto judicial, ajustándose entonces al citado 728, a lo que el fallo se refiere es al procedimiento; resuelve que la petición de cancelación no es procedente por la vía del reclamo dispuesto y descrito en el art. 18 del Regl.).

También se ha resuelto que si la negativa a inscribir (formulada por el Conservador) se explica porque hay derechos de terceros comprometidos, entonces la vía para solucionar el conflicto no es el procedimiento del art. 18, sino el contencioso que corresponde (RDJ, t. 83, secc. 2ª, p. 15; pero si la negativa se debe a una inscripción practicada erróneamente, aunque —aparentemente— afectaba a un tercero, la enmienda puede efectuarse mediante

1) En el art. 13 hay sólo una causal—genérica—ilustrada con varios ejemplos. Puede rehusar inscribir “si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles”. Es lamentable que la fórmula sea imprecisa en materia tan importante.

La imprecisión consiste en que no queda definido el alcance del texto en cuanto a la naturaleza—formal o substancial—de los defectos por los cuales el funcionario puede rehusar la inscripción. Está claro que defectos formales del título constituyen fundamento; los ejemplos se refieren a defectos de esta categoría. Pero es dudoso si se refiere sólo a éstos o también a substanciales del acto o contrato contenido en el instrumento. Si se busca respuesta a través de los ejemplos, sólo uno es de alcance dudoso sobre su naturaleza (formal o substancial): el penúltimo, “si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente”; y su aclaración va a incidir en el alcance general del precepto. Por una parte, siguiendo la naturaleza de los otros, podría entenderse referido sólo a vicios formales del título que provoquen nulidad y que no estén incluidos en los anteriores; además, en el Regl., como en general en la materia registral, el término “título” se emplea principalmente en el sentido instrumental (formal). Por otra, podría estimarse que se refiere a defectos de toda naturaleza, formales o substanciales del acto, que provoquen nulidad absoluta, ya que la norma no distingue; incluso, recordando que puede postularse que la división entre nulidad absoluta y relativa es sólo aplicable a los actos substantivos y no a los formales (o “formas”) (v. infra, N° 141), puede argumentarse que al referirse el texto a nulidad absoluta, se estaría refiriendo sólo al acto substantivo contenido en el instrumento que se presenta al Registro.

Fallos que se han pronunciado ante reclamos por negativas del Conservador parecen entenderlo en un sentido amplio, comprensivo de ambas categorías de defectos, aunque con mayor inclinación a los defectos formales.³⁵⁴

el procedimiento del art. 18; así F. del M. N° 264, p. 360). Por otra parte, si en el curso del procedimiento del art. 18 se opone un legítimo contrador, se torna contencioso el negocio y debe someterse a los trámites del juicio que correspondía (Gaceta Jurídica N° 93, p. 17).

La expresión “sin más trámite” que emplea el art. 18, se ha entendido equivalente a “sin demora” (Gaceta Jurídica N° 93, p. 17).

³⁵⁴ Así se observa en la destacable sentencia de RDJ., t. 60, secc. 2ª, p. 36.

En todo caso, entendido este ejemplo con cualquier significado, amplio o restringido, presenta dos limitaciones: a) conforme al texto, para poder negarse debe tratarse de defecto que conduzca a nulidad y, específicamente, absoluta;³⁵⁵ b) conforme a diversos fallos que se han pronunciado sobre el sentido de la expresión “visible en el título”, debe tratarse de vicios o defectos que puedan percibirse con el solo examen del título respectivo, sin que sea necesario confrontarlo con otros antecedentes o documentos³⁵⁶ (este significado es equivalente a la comprensión de la causal por la cual el juez debe declarar de oficio la nulidad absoluta, contemplada en el art. 1683 del CC.).

2) En el art. 14 hay dos causales bien específicas. En todo caso, la segunda es de extrema importancia para el funcionamiento del sistema (estrictamente, contiene a la primera). Se trata de objeciones formales (no de la substancia del negocio).

Una apreciación de conjunto permite concluir que las atribuciones de control conferidas al funcionario son limitadas, y consistentes, principalmente, a las formas de los títulos, en relación con el orden y funcionamiento del Registro (con la eventual excepción del ejemplo—amplio—penúltimo del art. 13, como se ha advertido, y que sería el que vendría a justificar el empleo del adverbio “principalmente” en lugar de “exclusivamente”). Carece de facultades amplias de control sobre la substancia, sobre defectos de los *actos* contenidos en los títulos, restricción que es explícita porque esa es una labor más compleja y que, habitualmente, requiere de debate y prueba, actividades conducentes a un juez (y si bien hay sistemas de alta legalidad que confieren al registrador vigorosas atribuciones de verificación previa, ellas se comparan con todo el resto de su organización).

³⁵⁵ Conforme al texto, parece evidente que el funcionario carece de atribuciones para negarse a inscribir un título que adolezca de nulidad relativa; el precepto se refiere, precisamente, a la absoluta, y debe tenerse presente que aquí se está introduciendo una excepción a la regla que los actos han de tenerse por válidos mientras una sentencia firme no los declare nulos; por otra parte, de los arts. 13 y 14 se desprende que sus atribuciones en esta materia son restringidas (v. en este sentido Ramos, René: “Puede un Conservador de bienes raíces negarse a inscribir un título que adolece de nulidad relativa?”, en Rev. de Derecho, U. de Concepción N° 174, Concepción, 1983, pp. 127 y sgts.).

³⁵⁶ Así, por ej., RDJ., t. 60, secc. 2ª, p. 36; también Rev. de Derecho, U. de Concepción N° 124, p. 109.



El sistema vigente no controla, pues, ni la validez y eficacia de los actos (salvo la excepción ya comentada), ni la correlación entre la descripción del predio consignada en el título y sus reales características; a este último respecto es destacable la falta de exigencia de un plano o croquis de cada predio (salvo en determinadas situaciones, debido a leyes especiales, como se ha dicho: v. supra, N° 131). Por cierto, esta falta de control preventivo implica que se efectúa eventualmente a posteriori y en sede judicial: es decir, implica la eventualidad de litigios posteriores (que de hecho han surgido y numerosos).³⁵⁷

Por el primer aspecto, surgen litigios de nulidades (substanciales), resoluciones, revocaciones, etc., de los actos o contratos inscritos, y de nulidades formales (de los títulos, cuyos defectos sortearon el control que pudo efectuarse, y de las inscripciones debido a errores u omisiones que dentro del oficio suelen producirse). Por el segundo, surgen controversias de deslindes y cabidas, mediante acciones de demarcación, reivindicación, etc.

Lo trascendente para el sistema es que el resultado positivo de esos litigios *repercuta* en el registro; si las acciones de nulidad, resolución, revocación, demarcación, reivindicación, etc., son acogidas, se procede a una alteración en las inscripciones (frecuentemente se cancela la hasta entonces vigente y revive la anterior; o se practica una nueva; o se corrige mediante subinscripción). No hay una norma que expresamente imponga esta repercusión; pero es indiscutible (y no está discutida, salvo en ciertos efectos específicos, que son tratados en Derecho de obligaciones). Es así en virtud de varios preceptos del Código: a) el art. 675, que para la validez de la tradición exige un título y válido; esta norma (ya comentada en el N° 104 bis) es fundamental para la materia porque, siendo la inscripción de dominio de inmuebles la forma de efectuar su tra-

³⁵⁷ Respecto de títulos cuya inscripción es ordenada por el tribunal, se ha resuelto que el Conservador no puede rehusar la inscripción de una medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos por la circunstancia de que el inmueble no aparece inscrito a nombre del demandante (RDJ), t. 71, secc. 2ª, p. 171).

Para la interesante situación del ejercicio de las facultades de control por parte del Conservador ante resoluciones judiciales que ordenan inscribir, v. Fuentes Venegas, César: "Función calificadora del Conservador y dasarato", en Rev. de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile N° 10, Santiago, 2001, pp. 77 y sgts.

dición (art. 686), al disponer un efecto directo de la suerte del título en la tradición subsecuente (y no imponer excepción relativa al Registro) la nulidad del título provoca la nulidad de la inscripción-tradición; b) el art. 1687, que como efecto de la nulidad entre las partes da el derecho de volver al estado anterior a la celebración del acto; c) el art. 1689, que como efecto de la nulidad respecto de terceros confiere acción reivindicatoria en contra del tercero poseedor; d) el art. 1491 en los efectos de la resolución, etc. Al no disponerse excepción por lo obrado en el Registro (salvo en la resolución), los efectos de las sentencias declarativas destructoras o reformadoras de los títulos llegan hasta el (v. lo dicho sobre la tradición causada en supra, N° 104 bis).

Así, por las normas substantivas de la tradición y de las causas de ineficacia de los títulos, no excepcionadas en el Registro, se concreta la aludida falta de seguridad de los asientos registrales.

133 bis. Plazo para inscribir. El Regl. no trata expresamente los temas desde cuándo y hasta cuándo se puede proceder a la inscripción.

Algunos principios generales pueden enunciarse al respecto.

a) Como la inscripción es consecuencia del título, es éste el que debe examinarse para concluir desde y hasta cuándo procede inscribir.

b) En ese examen, la indagación fundamental tendrá que orientarse a su eficacia al tiempo en que se pretende inscribir. Así, será aceptable la inscripción desde que el título inicie su eficacia y mientras la conserve. Esto en relación a la función o funciones que la inscripción cumple en el caso de que se trate.

Por ejemplo, si se trata de una compraventa de inmueble, se podrá inscribir *desde* que sea exigible la obligación de efectuar la tradición (lo cual ocurre, generalmente, desde que se perfecciona el contrato). Y por eso es que, en este caso, debe relacionarse el punto con lo dicho sobre la tradición (v. supra, N° 112).

Y es aceptable inscribir en cualquier tiempo (ese mismo título compraventa) mientras esa obligación de efectuar la tradición esté vigente (en tanto no se extinga por otros medios). Llegándose a este punto, el tema se vincula al de las facultades que el Conservador tiene para examinar la validez y eficacia de

los títulos y, por ende, las atribuciones para negarse a inscribir (que ya se han tratado), y al de la facultad concedida en el título para requerir la inscripción, que se verá pronto (*infra*, N° 137) (puede ocurrir que la obligación de efectuar la tradición esté, por ej., prescrita, pero tal circunstancia no constará como para que el Conservador repudie la inscripción).

134. Inscripción por avisos. Respecto de inmuebles que no han sido antes inscritos, se establece un proceso especial para incorporarlos al sistema (arts. 693 del CC. y 58 del Regl.). Se ha discutido la sanción que genera el incumplimiento de las formalidades establecidas para esta inscripción en el art. 58; se ha sostenido, ya la nulidad absoluta,³⁵⁸ ya la inoponibilidad al tercero a quien dicha inscripción pudiere perjudicar.³⁵⁹

Estas formalidades exigidas en la inscripción por avisos se establecen para la transferencia por acto entre vivos o para la constitución o transferencia de otros derechos reales, pero no para una primera inscripción en base a otros antecedentes, como cuando se adquiere por prescripción y se quiere inscribir la sentencia que así lo declara, o para las inscripciones originadas en la adquisición mediante sucesión por causa de muerte³⁶⁰ (luego de aplicaciones impropias de este procedimiento, con perjuicio especial para el dominio de predios fiscales, su vigencia ha sido restringida).³⁶¹

135. Inscripción de títulos anteriores a la vigencia del Reglamento. Se establece un procedimiento especial para esta situación (art. 101; deben tenerse presente los arts. 39 y 85).³⁶²

³⁵⁸ Fabres, José Clemente, ob. cit., pp. 291 y 292; GT. de 1914, 1° trim., N° 166, p. 381.

³⁵⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., t. VII, p. 393.

³⁶⁰ RDJ., t. 32, p. 138.

³⁶¹ El DL. 1.339 sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado impone restricciones a la vigencia de este procedimiento para inscribir; el DL. 2.695 sobre saneamiento de títulos de dominio dispone que las normas de los arts. 58 y 101 del Regl. del Registro Conservatorio de Bienes Raíces no se aplicarán a los predios a los que se refiere ese texto, a menos que la inscripción sea requerida por el Fisco, art. 39 (para la fecha de publicación de esos textos, v. *supra*, N° 49 e *infra*, N° 143).

³⁶² RDJ., t. 19, p. 53.

136. Exigencias de orden y forma en la confección de las inscripciones. El Regl. dispone varios pormenores de orden y forma que deben cumplirse en la confección de las inscripciones en el respectivo Registro (arts. 73, 75, 76, 77).

137. Contenido de la inscripción. Fundamentalmente, la inscripción es un *extracto* o resumen del título de que se trata, dirigido (cuando se trata del dominio u otros derechos reales), a su contenido jurídico real. El CC. y el Regl. señalan el contenido o menciones precisas que la inscripción debe incluir y que varían según la naturaleza del título (arts. 690 y sgts. del CC. y 78 y sgts. del Regl.).³⁶³

Dos menciones merecen una referencia especial.

— Cuando se trata de la inscripción de un título traslativo, deben firmarla las partes o sus representantes (art. 78; v. también los arts. 83, 60 y 61). La exigencia se justifica por cuanto lo que se está realizando es el acto jurídico denominado tradición, el cual, siendo una convención (según se tiene generalmente aceptado), requiere el consentimiento de ambas partes (arts. 670 y sgts. del CC.).

Pero también está permitido actuar por apoderado, que puede quedar facultado en el mismo título que ha de inscribirse (arts. 60, 61 y, especialmente, 78). Con esta base, en la práctica es muy habitual que en el título se incorpore una estipulación que facultaba para inscribir, con una redacción como la siguiente: "Se facultaba al portador de copia autorizada de esta escritura para requerir y firmar las anotaciones, inscripciones y subinscripciones que procedan" (téngase presente que, tratándose de la subasta en juicio ejecutivo, el art. 497 del CPC. declara autorizado al subastador para requerir y firmar, por sí solo, la inscripción conservatoria).

Tal estipulación facilita la diligencia registral, evitando la concurrencia personal de las partes. Por otro lado, al utilizarla pueden surgir dificultades, sobre las que se cieme la posible nulidad de la inscripción-tradición. Así, después de otorgado el título y antes de practicarse la inscripción, puede fallecer, incapacitarse o retractarse de la concesión del poder una de las

³⁶³ Textos posteriores han agregado algunas menciones especiales, como la que exige el DL. 3.516 sobre cambio de uso y división del suelo rural (citado en *supra*, N°s 26 y 57 *ter*).

partes o ambas; surge entonces la duda sobre la validez de la inscripción (tradicón) efectuada después, a petición de un portador de copia del título. Para las soluciones es decisiva la determinación de su naturaleza jurídica. Con frecuencia se le ha calificado de un mandato a persona indeterminada. Pero, dentro de esa técnica, parece más preciso distinguir dos etapas: al conferirse, surgiría sólo una oferta de mandato a persona indeterminada (no puede haber mandato porque aún no hay mandatarío); y más tarde, cuando alguien acepta el encargo, expresa o tácitamente (requiriendo la inscripción), quedaría configurado el mandato. Hay también otro planteamiento, en Chile con menos base legal, pero no por eso descartable, puede concebirse como un acto de "apoderamiento", unilateral, que cobra vida propia desde que se emite, independizándose de lo que acontece a quienes lo emitieron. Con cada alternativa, los problemas advertidos tienen soluciones diversas.³⁶⁴

— Con el fin de mantener el encadenamiento de las inscripciones del inmueble, y por lo mismo su historia, se exige, cuando procede, la mención de la inscripción precedente (con los datos de foja, N° año y nombre del Registro en que está)³⁶⁵ (arts.

³⁶⁴ V. Rodríguez, María Sara: "La cláusula 'se faculta al portador' y la transferencia de propiedad por tradición", en Rev. Chilena de Derecho, Univ. Católica de Chile, vol. 27, N° 1, Santiago, 2000, pp. 167 y sgts.; Peñailillo Arévalo, Daniel: "Se faculta al portador de copia autorizada...", en RDJ, t. 81, Primera Parte, pp. 69 y sgts., en especial N° IV y nota 18, en la que se describe el acto unilateral de apoderamiento. El punto se llega a vincular con la naturaleza jurídica de la tradición, como puede verse en Soza Riedl, María de los Ángeles, ob. cit., pp. 302 y sgts. (y en supra, N° 94, nota). V. también RDJ, t. 82, secc. 2ª, p. 58; implícitamente este fallo parece admitir que —antes que alguien requiera la inscripción— la cláusula importa una oferta de mandato, y que, al tratarse de oferta a persona indeterminada, no le es aplicable el plazo de vigencia de 24 horas establecido en el art. 98 del C. de C. (texto que está referido a ofertas a personas determinadas, como se desprende de la expresión "si la persona a quien se ha dirigido...").

V. también Gaceta Jurídica N° 98, p. 16; allí es aplicado el art. 497 del CPC, antes citado. Y se ha admitido que, al no estarle prohibido, el subastador puede incluso actuar por mandatario ante el Registro (RDJ), t. 82, secc. 2ª, p. 58).

³⁶⁵ En el cuerpo de la inscripción, por ej., se dirá: "Segundo: El vendedor adquirió el inmueble por compra, y está inscrito a su nombre a fs. 27, N° 20 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Concepción, año 1990".

692 del CC., 80 del Regl.). Como puede apreciarse, la referencia es muy importante para el funcionamiento del Registro. No obstante, si dicha mención no se incluye en la inscripción, no parece justificado estimarla nula, y podría ser del caso aplicar el art. 696 del Código (y la omisión se podría salvar a través de lo dispuesto en el art. 88).

Por otra parte, en las inscripciones anteriores "no canceladas", el Conservador debe implantar una nota de referencia a las posteriores (art. 92).³⁶⁶ Esta nota (que puede tenerse como la recíproca de la recién referida) es tan importante como la anterior para la utilidad del Registro y, sin embargo, el alcance de su exigibilidad al funcionario no está consignado con claridad. Luego se verá que una inscripción se cancela mediante una subinscripción al margen; evidentemente, para ese caso no hace falta la nota de referencia; pero también la inscripción puede quedar cancelada por la sola circunstancia de practicarse más adelante una nueva inscripción, sin necesidad de una subinscripción en la anterior. Ahora bien, puede entenderse que en tales casos no está obligado el Conservador a poner la nota de referencia (del art. 92), porque —conforme al tenor de ese texto— debe hacerlo en las "no canceladas" y ésta estaría cancelada por la posterior (está cancelada "virtualmente"); dándosele este alcance (restrictivo), estaría obligado a consignar la nota sólo en los casos en que, por ejemplo, se inscribe una transferencia de una parte del inmueble, con la que la anterior no quedaría cancelada en su totalidad. En la práctica, y para beneficio del Registro, frecuentemente se entiende que la nota procede cada vez que no haya subinscripción, es decir, incluso en los casos en que se cancela virtualmente, de manera que al examinarse la inscripción sea posible percatarse de que más adelante hay una nueva inscripción que la ha cancelado, ya parcial, ya totalmente.

En cuanto a la época de las firmas, se ha sostenido que las firmas del Conservador, del tradente y del adquirente (o de quien los represente), pueden estamparse con intervalos de tiempo. Más aún, se ha llegado a aceptar que siendo la firma de las partes la demostración de su consentimiento, puede faltar la del

³⁶⁶ Por ej., al margen (derecho) de una inscripción de dominio de 1990, se anotará: "transferido el predio a que se refiere la inscripción del centro, a fs. 50, N° 40, del Registro de propiedad de 2000".

adquirente, si por hechos posteriores muestra dicho consentimiento (v. art. 673);³⁶⁷ pero se ha fallado también que si falta la firma del Conservador, la inscripción carece de valor.³⁶⁸

El Regl. no contiene una norma clara que obligue al Conservador a efectuar una inscripción por cada inmueble. El problema queda planteado cuando un título se refiere a dos o más inmuebles (por ej., en una escritura se venden dos predios), lo que es perfectamente posible. De los arts. 71 y 72, y aun del 54 inc. 2º, parece desprenderse así que debe practicarse una por cada predio, solución que es la más conveniente para los fines del Registro. En la práctica no siempre se ha procedido de este modo.

Para otros detalles de la inscripción se aplican al Conservador reglas establecidas para los notarios (art. 84).

Efectuada la inscripción, el Conservador certifica en el título la constancia de haberse inscrito, como se ha indicado en otra ocasión (arts. 85, 89 y 87; v. supra, Nº 127 c.).

137 bis. Ausencia de menciones en el título. El Regl. dispone también la forma como debe suplirse la falta, en los títulos, de las designaciones que ha de contener la inscripción: la falta absoluta, mediante escritura pública; los defectos e insuficiencias, mediante minutas (en ambas situaciones, suscritas por los contratantes; art. 82).³⁶⁹

Dos merecen un comentario especial porque, más que otras, es probable que no aparezcan en el título, o aparezcan incompletas: los linderos (exigida en los arts. 78 Nº 4 y 81 Nº 3) y los datos de la inscripción precedente (exigida en el art. 80). Si no aparecen en el título, ¿debe rehusarse la inscripción?

a) *En cuanto a los linderos*, su designación constituye un elemento importante de la substancia del acto de que se trata; es una forma de determinación del objeto; por ejemplo, si se trata

³⁶⁷ RDJ., t. 30, p. 164.

³⁶⁸ GT. de 1942, 1ª sem., Nº 12, p. 115; posteriormente se ha resuelto que sin la firma "no hay inscripción", expresión que evoca la inexistencia (F. del M. Nº 394, p. 445; Gaceta Jurídica Nº 135, p. 33). V. además infra, Nº 141 con nota.

³⁶⁹ La concurrencia de ambas partes es exigida en el texto sólo para la minuta (que corrige o completa) pero con mayor razón la estimamos aplicable a la escritura pública, puesto que ésta va a colmar una falta absoluta de una designación legal (v., al respecto, F. del M. Nº 466, p. 1559).

de una compraventa, ese dato determina qué es lo vendido, con la responsabilidad que se deriva. No podría el funcionario suplir el defecto consultando el dato en las inscripciones precedentes (que él podría examinar). Puede ocurrir que no exista en las partes o en una de ellas la voluntad de negociar hasta ese lindero que el Conservador pretende suplir. Procede la negativa del Conservador, por la causal del art. 13, con el último ejemplo que la ilustra unido al art. 78 Nº 4.

Entonces, si un lindero falta absolutamente, será necesaria una escritura pública (suscrita por las partes); si se menciona, pero la mención es defectuosa o insuficiente, bastaría corregirlo o completarlo mediante minuta (suscrita por las partes) (en la práctica, la exigencia del nombre del predio se reemplaza, en los sectores urbanos, por la calle y el número, solución que no merece objetarse).³⁷⁰

b) *En cuanto a los datos de la inscripción precedente*, su función es mantener el encadenamiento de las inscripciones de modo que, por una parte, se favorezca el respeto al Registro al quedar patente que quien transfiriere es quien tiene el derecho a su nombre y, por otra, resulte fácil retroceder en el tiempo, reconstituyendo la historia jurídica del predio.

Si en el título no se menciona la inscripción precedente, el Conservador, que tiene a su disposición los libros, ¿podría suplirla, acudiendo a los índices hasta encontrarla y mencionarla en la inscripción, o debe rehusar la inscripción mientras no se supla el defecto mediante escritura pública, conforme al citado art. 82?

Aquí la respuesta es más dudosa. Lo que falta es un dato, que está en el Registro y al cual el funcionario puede acceder.

³⁷⁰ En la descripción de los deslindes de inmuebles suelen ocurrir dificultades de variada naturaleza y trascendencia. Por ej., se efectúan referencias a propietarios vecinos (al norte con sucesión XX) que cambian y, por tanto, esas referencias pierden actualidad y conducen a dudas; se mencionan accidentes geográficos (al norte, con estero XX el cual llega a cambiar su curso o se extingue). Puede verse que un plano contribuye a disminuir estas complicaciones. A este propósito, merece especial mención la dificultad que ha motivado la diferencia entre el norte "magnético" y el norte "geográfico" (entre ellos hay varios grados); hay peritos que en la confección de planos se guían por uno, y otros que adoptan el otro, con la consecuencia de que en ocasiones un predio cuenta con dos planos que, por haber sido confeccionados con distinto factor, presentan distintos deslindes.

El punto va más allá de la simple búsqueda (quién lo busca: el interesado, pidiendo los libros, o el propio funcionario). Porque si la exigencia se entiende como que debe constar en el título, es un dato que falta y, con el art. 82, se le exigiría, para suplir la ausencia, escritura pública o minuta, pero firmada por ambas partes; y podría ocurrir que al interesado le sea imposible o difícil lograr que la otra parte subscriba la escritura o minuta, quedando así obstaculizada la inscripción.

Admitiendo la duda, atendidos los textos, parece preferible concluir que el Conservador debe negarse, de modo que el interesado deberá suplir el defecto, como lo indica el art. 82. Su negativa encuentra fundamento en el art. 13, con el ejemplo final, en relación con el art. 80. Además, la referencia que las partes efectúan en el título, sobre los datos de la inscripción, es lo que *individualiza* al predio *en el Registro*, con la suficiente certeza (como cuando dicen, por ej., "inscrito a fs. 230, N° 210 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Concepción, año 19...").

138. Subinscripciones. Los errores, omisiones y otras modificaciones que sea necesario efectuar una vez practicada la inscripción se salvan a su margen derecho, mediante las llamadas "subinscripciones". Las subinscripciones son, pues, anotaciones escritas al margen (derecho) de la inscripción, en la forma y para las finalidades que el Regl. señala (arts. 88, 89 y 91). La jurisprudencia ha insistido que, por su naturaleza, no pueden en manera alguna desempeñar la función de la inscripción.³⁷¹

³⁷¹ RDJ, t. 30, secc. 2ª, p. 81. Una situación frecuente en la que ha surgido esta insistencia ha sido la de transferencia de cuota de un inmueble; para su tradición ha solido practicarse solamente una subinscripción al margen de la inscripción de dominio, sin perjuicio de que debe practicarse esa subinscripción para informar que la inscripción del centro ha quedado parcialmente cancelada, para la tradición de esa cuota—como se dirá pronto en infra, 147— debe efectuarse una inscripción, puesto que se trata de un derecho inmueble (arts. 580 y 686).

Por otra parte, el Reglamento, luego de disponer que las modificaciones han de efectuarse mediante subinscripciones, en cuanto al origen de la enmienda, declara que se practicarán por el Conservador "de oficio o a petición de parte", y no precisa (al menos claramente) restricciones para el funcionario ni la concurrencia conjunta de las partes en la petición al funcionario. Por cierto, el sometimiento al título y la trascendencia de la modificación habrán de gobernar el criterio con que se tendrá que proceder (v. al respecto F. del M. N° 466, p. 1559).

Con lo dispuesto en los arts. 88 y 89, si la rectificación se funda en el mismo título inscrito, se efectúa mediante subinscripción. Pero si se basa en un nuevo título, debe practicarse nueva inscripción (salvo que el antecedente sea una sentencia, porque entonces siempre será subinscripción lo que se practicará, según el inc. final del art. 89).

Se ha puntualizado lo anterior porque la redacción del art. 89 inc. 1° permite también entender que se está refiriendo a variaciones en la subinscripción, pero estimamos más lógico interpretar los textos en los términos anotados.

Lo que no precisa el Regl. es si cuando se debe practicar nueva inscripción (porque la enmienda se basa en nuevo título), lo que se inscribe es sólo un extracto del título corrector, quedando el inmueble con dos inscripciones que se complementan (la practicada antes y esta segunda, que enmienda a aquélla) o queda sólo con una (la segunda, la cual contendrá la primitiva y la enmienda, o, podría decirse, una sola nueva enmiendada).

Nos parece que la primera es la alternativa que se pretendió establecer, porque la segunda significa toda una cancelación de la anterior y la práctica de una nueva inscripción, que el Regl. habría dispuesto en términos más claros y categóricos. Por otra parte, la expresa exigencia de notas de referencia en ambas conduce a la misma conclusión.

En todo caso, la duda es razonable y los dos métodos pueden operar sin tropiezo.

139. Cancelaciones. Cancelar una inscripción es dejarla sin efecto. El Regl. ha dispuesto que las cancelaciones de inscripciones se efectúen mediante subinscripciones. Pero en esta materia debe tenerse presente el art. 728 del Código (se analizará más adelante, infra, N° 194), según el cual para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele por voluntad de las partes, por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro, o por sentencia judicial. Ahora bien, en el segundo caso se ha resuelto firmemente que la subinscripción a que se refiere el art. 91 no es indispensable para la cancelación; el dueño de un inmueble inscrito a su nombre lo vende; el comprador inscribe la venta y en virtud de esa inscripción se canceló la anterior (por el solo hecho de practicarse la nueva inscripción); por el art. 91, el Conservador subinscribe esta mutación al mar-

gen de la anterior (ya cancelada por la nueva), sólo para la concurrencia del Registro. Se ha sostenido que la nueva inscripción no cancelaría "virtualmente" a la anterior y sería necesaria la subscripción, pero se ha rechazado tal exigencia.³⁷²

Se ha resuelto que cuando se pretende cancelar una inscripción por la vía judicial, que afecte a terceros, ha de procederse mediante un juicio, emplazándose a los interesados a quienes la cancelación afectaría.³⁷³

139 bis. La conexión de las inscripciones y la historia de la titularidad de los inmuebles. Con lo expuesto hasta aquí puede comprenderse que el sistema va configurando una cadena de inscripciones de dominio por cada predio, sólo que con eslabones diseminados en los diversos volúmenes anuales del Registro, según la fecha en que se efectúe cada transferencia o transmisión. Ubicado el observador frente a una inscripción, constatará que cierto predio está inscrito a nombre de cierta persona. Poco o mucho tiempo antes o después (en el mismo volumen o, lo más probable, en otro anterior o posterior), verá que aparece inscrito a nombre de otra, luego a nombre de otra, etc. A partir de una determinada inscripción se puede examinar la cadena, avanzando o retrocediendo (tal es el examen central del denominado "estudio de títulos", que se completa con las inscripciones en los otros Registros —de Hipotecas y Gravámenes y de Interdicciones y Pro-

³⁷² RDJ., t. 22, p. 1085; y alegato de Alessandri, Arturo: *Prescripción de bienes inscritos*, Imprenta Balcells, Santiago, 1924. Ha llegado también a ser notable un fallo de la Corte Suprema en que se aceptó una cancelación tácita de las partes, demostrada por hechos materiales, y que físicamente no se había efectuado en el Registro; la doctrina la ha entendido como motivada por razones de equidad: RDJ., t. 28, p. 252. V. Claro Vial, José, ob. cit., p. 163; Ramos, Ramón, ob. cit., p. 164; ésta sería una extrema situación de cancelación virtual que, por cierto, no ha prosperado.

³⁷³ F. del M. N° 260, p. 195. Se resolvió que cuando el Conservador, luego de anotar, rehusó la inscripción de una prohibición judicial de celebrar actos y contratos y entretanto se practicó una inscripción, junto con insistir en la inscripción de la prohibición el juez no puede ordenar la cancelación de aquella inscripción; no puede extender los efectos de la demanda afectando a un tercero ajeno al juicio.

Por otra parte, la jurisdicción voluntaria es improcedente (RDJ., t. 69, p. 67; F. del M. N° 162, p. 72).

V. también fallos mencionados al tratar la cancelación de la posesión inscrita mediante decreto judicial (*infra*, N° 194).

hibiciones de enajenar— y con los demás instrumentos en que constan los actos o contratos relacionados con las inscripciones.

Se ha dicho que a partir de una inscripción se puede avanzar o retroceder (salvo que se tome la primera o la última, la vigente). Estos, avance y retroceso, son posibles gracias a dos datos que se incorporan (y deben siempre consignarse): a) número, foja y año de la inscripción anterior, que se consigna en el cuerpo de la inscripción, y b) número, foja y año de la inscripción posterior, que se consigna en el margen derecho, como subscripción (por esto es que el recorrido de la cadena de inscripciones —dicho resumidamente— se efectúa hacia el pretérito por dentro y hacia el futuro por fuera). Lamentablemente, los defectos del sistema posibilitan dos accidentes: la ruptura de la cadena y la formación de cadenas paralelas.

139 ter. Las inscripciones paralelas. La inscripción por minuta. Ahora se puede recapitular sobre algunas vías por las cuales se llegan a formar las llamadas *inscripciones paralelas*: Se denomina así a la situación en la cual en el Registro aparecen dos (o más) inscripciones con apariencias de estar vigentes (sin nota de cancelación al margen) o respecto de un mismo inmueble. Puede originarse, principalmente, por las siguientes causas:

a) Debido al art. 728, con defnida aclaración jurisprudencial de que por la sola nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfere su derecho a otro queda sin efecto la anterior, aunque no se tome nota al margen de que está cancelada por la posterior; así, si un poseedor inscrito transfere su derecho a otro (por el, vende y se practica la inscripción a nombre del comprador), la nueva inscripción deja cancelada de pleno Derecho a la anterior; entonces, si no se toma la precaución de efectuar nota marginal en la anterior, la nueva es la vigente, pero la antigua mantiene su apariencia de estar también vigente (afortunadamente, es muy infrecuente que se omita la nota marginal).

b) Debido a la inscripción practicada en virtud de la legislación de saneamiento de títulos (que se verá pronto), según la cual la inscripción que se practique (en virtud del procedimiento de saneamiento) deja sin efecto de pleno Derecho inscripciones anteriores que existan sobre el predio saneado (sin necesidad de cancelarla mediante nota al margen). Entonces, la del saneamiento es la vigente pero, si existe una inscripción anterior, también tiene apariencia de vigente.

c) Debido a la inscripción por avisos, efectuándose la diligencia respecto de un predio que ya está inscrito (recurdese que actualmente está muy restringida). Entonces, la inscripción por avisos y la anterior presentan apariencias de estar vigentes.

d) Debido a la inscripción "por minuta". En el lenguaje de la práctica registral, y con base en el art. 694 del CC., en un sentido amplio se ha entendido por "minuta" una presentación escrita que un interesado efectúa al Conservador para algún efecto en el Registro. En un sentido más restringido (y con la directa denominación de "inscripción por minuta"), se trata de una presentación escrita que formula un interesado al Conservador, relatando su situación de dueño y usualmente respaldada con algunos antecedentes documentales, para lograr que un inmueble se inscriba a su nombre. En tiempos ya pasados apareció como una creación de la práctica, distorsionando la inscripción por avisos, con base aparente en el citado art. 694. Entonces, si el predio ya estaba inscrito, se producía la misma situación que posibilita la inscripción por avisos impropriamente usada (en la actualidad esta inscripción por minutas en general no es aceptada en el Registro).

Por cierto, es fácil percatarse de que estas inscripciones paralelas, junto con sus respectivos títulos justificantes, han constituido en el país una fecunda fuente de litigios.³⁷⁴

En presencia de inscripciones paralelas, la controversia por la posesión y el dominio (quién es el poseedor, quién es el dueño) se torna particularmente reñida. Para dirimirla, suele considerarse la posesión material, favoreciendo al que la tiene. Pero al respecto debe procederse con cautela y no parece apropiado considerarla como único elemento para decidir; se corre el riesgo de sancionar el predominio de la fuerza. Porque puede revelar positiva conducta industriosa, pero también puede deberse al uso de mayor poder (con el que se ha impedido al adversario ingresar al predio). Examinados los títulos debe prevalecer quien exhiba el derecho; el derecho de dominio o el derecho a poseer (*ius possidendi*) (así se desprende también de varios fallos, de aquéllos emitidos en la lucha entre posesión material y posesión inscrita). Por otra parte, establecido en la evaluación, la que debe prevalecer, la otra pierde eficacia; el otro (aparente) titular no es poseedor.

³⁷⁴ V., por ej. RD], t. 78, secc. 2ª, p. 136; Gaceta Jurídica N° 98, p. 38 (se prefirió a la primera inscripción).

140. **Reinscripciones (fusión de inscripciones).** Alguna práctica registral ha llegado a configurar un mecanismo que se ha denominado "reinscripción", consistente, como lo indica su nombre, en volver a inscribir un inmueble ya inscrito en el Registro, sin cambiar el titular.

Se ha recurrido a ellas en situaciones como las siguientes:

a) Cuando un heredero ha enajenado un inmueble sin cumplir con las inscripciones prescritas en los arts. 688 del Código y 55 del Regl. (v. infra, N° 149), el adquirente logra inscribir a su nombre y posteriormente el heredero efectúa aquellas inscripciones, con lo que el adquirente solicita se "reinscriba" el inmueble a su nombre, ahora debidamente encadenada su inscripción a la del heredero.

b) En la llamada "formación de fundos" (o "fusión de inscripciones", o "fusión de títulos",³⁷⁵) en que un propietario de dos inmuebles contiguos, inscrito cada uno a su nombre, reinscribe ambos, fundiéndolos en una sola inscripción. Cuando (hace ya muchas décadas) se inició esta práctica, se procedía con la sola presentación de una minuta al Conservador. El procedimiento no está contemplado en el Regl. y ha sido frecuente que los Conservadores lo rechacen. Entre los comentaristas también se ha impugnado,³⁷⁶ aunque hay quienes lo aceptan.³⁷⁷

Pero en los últimos tiempos la gestión ha ido ganando legitimidad, al menos para los sectores urbanos. La legislación urbanística (dando por supuesto que está admitida) dispone reglas para su aplicación en el ámbito al que se refiere.³⁷⁸

³⁷⁵ La denominación "fusión de títulos" parece estar predominando en la práctica; es la menos apropiada porque lo que se funde no son los títulos (cuya gestación muy generalmente no ha dependido de la sola voluntad del titular, como para que él solo los pueda alterar), sino precisamente las inscripciones, en sólo una, nueva.

³⁷⁶ O'Farla Agueveque, Waldo: *De las reinscripciones en el Registro conservatorio de bienes raíces*, Concepción, 1947, pp. 51 y sgts.

³⁷⁷ Raposo, Ramón, ob. cit., pp. 151, 174 y sgts.

³⁷⁸ El DL. 1.856 dispuso normas para la fusión de inscripciones de predios adquiridos por el Serviu (allí se agregó la exigencia de un plano). Luego, el DS. 173 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (DO. de 12 de marzo de 1997) dispuso reglas con aplicación más general y un verdadero procedimiento. V. el art. 63 de la Ley general de urbanismo y construcciones y varias normas de la Ordenanza general de urbanismo y construcciones; v. también el art. 1728 del CC., que parecería suponerla.



141. Consecuencias por defectos de la inscripción. Se ha visto que son varias las exigencias que debe reunir una inscripción. Se trata entonces de determinar la consecuencia que se deriva para la inscripción, al practicarse con infracción a las normas respectivas.

Un primer examen conduce al razonamiento de que se trata de requisitos establecidos en consideración a la naturaleza del acto de inscripción, por lo que esta infracción importa la nulidad absoluta de la misma (con los arts. 1681 y sgts. del CC.). Pero también puede sostenerse que esas exigencias constituyen "forma", de modo que, en su conjunto, la inscripción puede ser calificada de forma compleja (constituida por varias formas específicas). Ahora bien, considerando los textos nacionales, procede introducir una distinción entre la inscripción que constituye tradición y las demás inscripciones (que cumplen otros roles, fundamentalmente de publicidad). Cuando la inscripción constituye tradición, puede concluirse que es "la forma" (solemnidad) de la tradición de los inmuebles (del dominio o de otros derechos reales; se está ante una tradición solemne); entonces se trata de un acto jurídico (la tradición) sustantivo, cuya forma resultó defectuosa: si el defecto tiene la suficiente envergadura como para conducir a nulidad (teniendo en cuenta los textos legales aplicables), entonces el acto tradición será nulo por defecto de forma (recuérdese que se ha llegado a concebir una "nulidad refleja") y aplicando las reglas de la nulidad (arts. 1681 y sgts. del CC.), puede concluirse que la nulidad es absoluta por que se trata de requisitos establecidos en consideración a la naturaleza del acto (del acto tradición). Si la inscripción no cons-

Textos aparte, el procedimiento es útil, pero ostenta peligros que, de admitirse, obligan a un sumo cuidado y, al menos en ciertas situaciones, la gravedad de los inconvenientes podría conducir al rechazo (considérese, por ej., si en las inscripciones a fusionar hay predios con derechos reales -usufructos, hipotecas- de la misma o variada naturaleza, embargos, prohibiciones, etc.). Como no hay título nuevo, presentada una inscripción que es producto de fusión, para informar sobre la conformidad de los títulos sus antecedentes deben ser examinados retrocediendo por las cadenas de inscripciones que precedieron a la fusión.

Más antecedentes en Rodríguez Quiros, José: "Fusión de predios", en Rev. de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile N° 6, Santiago, 1996-7, pp. 81 y sgts.; Kunear Oneto, Andrés: "Problemas que plantea la fusión de bienes raíces". Tesis para Magíster, Univ. del Desarrollo, Concepción, 2001, pp. 65 y sgts.



tuye tradición, entonces aquí no hay acto sustantivo, hay sólo forma (o, si se prefiere, "acto formal"); en tal situación no parece aplicable el título de la nulidad del CC. (que está dispuesto para actos sustantivos civiles), de modo que si la infracción tiene la envergadura suficiente (considerando las normas legales aplicables), podría derivarse la pura nulidad (sin distinción entre absoluta y relativa) y hasta la inexistencia. A su vez, esa nulidad o inexistencia, de la inscripción, traerá la consecuencia que corresponde al rol específico de la inscripción de que se trate (por ej., si se trataba de la inscripción del embargo de un inmueble, la nulidad o inexistencia de la inscripción traerá como consecuencia la inoponibilidad del embargo respecto de terceros) (por cierto, el punto se relaciona con el de la naturaleza de la función registral, para lo cual v. supra, N° 124; v. también supra, N° 133).⁵⁷⁶

En definitiva, la final consecuencia (de la nulidad o inexistencia de la inscripción) dependerá del rol que en cada caso cumple la inscripción (en este punto debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 696 del Código; v. supra, N° 128 a).

142. Reconstitución de inscripciones. En caso de destrucción total o parcial de los Registros del Conservador, tiene lugar la denominada "reconstitución de inscripciones". El procedimiento para la reconstitución está señalado en una ley especial (Ley 16.665, DO. de 8 de septiembre de 1967; es aplicable también a la reconstitución de escrituras públicas; arts. 18 de la ley y 436 a 439 del COT.).⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ En algunas ocasiones, aunque sin un debate amplio sobre el punto, la jurisprudencia nacional parece haber estimado aplicables las reglas del Código Civil cuando ha resuelto que la inscripción practicada en un Registro que no corresponde, es nula absolutamente (RDJ, t. 14, p. 340). Pero posiblemente se ha resuelto que si falta la firma del Conservador, la inscripción "carece de valor" (GJ. de 1942, 1ª sem., N° 12, p. 115). Y luego se ha resuelto que sin la firma del Conservador "no hay inscripción" (F. del M. N° 394, p. 445; Gaceta Jurídica N° 135, p. 33), expresión que claramente evoca la inexistencia.

⁵⁸⁰ Debe considerarse también la ley 18.845 (DO. de 3 de noviembre de 1989) sobre sistema de microcopia o micrograbación de documentos, especialmente el art. 10, inc. final, que permite acogerse a los preceptos de la ley a las entidades sujetas a la superintendencia direcciva, correccional y económica de la Corte Suprema, previa autorización de dicha Corte; y DFL. 4 (DO. de 30 de diciembre de 1991) que regula el Registro de microcopiado o micrograbado y otros pormenores de la materia.



143. Saneamiento de títulos. A través de la vigencia del sistema registral se ha constatado la situación de numerosos inmuebles (muebles) cuyos antecedentes jurídicos no están claros, por defectos en el título propiamente, o en la inscripción. Para acelerar la solución de estas situaciones se han dictado numerosas "Leyes de saneamiento de títulos", que fijan procedimientos especiales para inscribir en el Registro, y obtener así "título saneado".³⁸¹ *La sucesión por causa de muerte y la subdivisión de inmuebles* pueden mencionarse como dos causas de importancia en la configuración del problema.³⁸² Por otra parte, la dictación de leyes de saneamiento es una demostración más de las debilidades de nuestro sistema registral. Actualmente, los textos fundamentales a los que se puede acudir para obtener el saneamiento son el DL. 2.695, sobre *saneamiento de títulos de la pequeña propiedad raíz, rural y urbana*,³⁸³ y la ley 16.741, sobre *poblaciones en situación irregular*.³⁸⁴

El primero de esos textos se ha aplicado masivamente, con una gran cantidad de predios beneficiados; pero también ha originado numerosos conflictos, sobre todo por su indebido empleo, incluyendo la controversia sobre sus eventuales: inconstitucionalidad y derogación tácita (o sobrevenida) (por la Constitución, dictada posteriormente).³⁸⁵

³⁸¹ Como las siguientes: ley 6.382 de 1939 sobre Cooperativas de pequeños agricultores; DFL. N° 7 de 1963; DFL. N° 6 de 1968.

³⁸² *La sucesión por causa de muerte* porque —como se dirá pronto— al fallecer el causante se exige practicar unas inscripciones para que el inmueble del causante quede inscrito a nombre de los herederos y puedan éstos disponer de dicho inmueble, y acontece que en ocasiones se ha pretendido que los herederos disponen del predio sin practicar esas inscripciones, y luego siguen efectuándose transferencias, quedando así el predio fuera del registro respecto de su titular real actual (o, como suele decirse, sin título saneado). Y la *subdivisión de inmuebles* porque (como ya se dijo) las legislaciones urbanística y rural exigen ciertas diligencias para poder subdividir predios; frecuentemente se procede a subdividir en la realidad (simplemente con hitos o cercos), sin cumplir las, generando consecuencias semejantes a la causa anterior.

³⁸³ DO. de 21 de julio de 1979, con varias modificaciones; y su Reglamento, DS. 541 (DO. de 17 de octubre de 1996).

³⁸⁴ DO. de 8 de abril de 1968.

³⁸⁵ V. a este respecto, por ej., Corte de Concepción, 8 de julio de 1976; RDJ, t. 69, p. 3; Rev. de Derecho U. de Concepción N° 110, p. 479; estos fallos se refieren a legislación precedente, pero ofrecen interés aún ante la actual. V. también RDJ, t. 90, secc. 5ª, p. 149, que declaró una "inconstitu-

En síntesis, el procedimiento es el siguiente: quien se considera dueño de un predio, con avalúo no superior al límite que se indica, que lo haya poseído materialmente pacífica e ininterrumpidamente por cinco años a lo menos y que carezca de título inscrito a su nombre en el Registro, puede solicitar el saneamiento al Ministerio de Bienes Nacionales (División de constitución de la propiedad raíz). Con la solicitud, declaración jurada de posesión material por el mencionado lapso y antecedentes que presenta el solicitante, se procede por expertos a la identificación precisa del predio y a la elaboración de un plano. Se publica la solicitud. Si transcurrido el plazo legal nadie se opone, se ordena practicar la inscripción del predio a nombre del solicitante. Si hay oposición, los antecedentes se envían al juez ordinario para que, en juicio sumario, dirima la controversia. Si se obtiene inscripción, sea porque nadie se opuso o

concialidad global" de todo el régimen de saneamiento consagrado en el DL., sin referirse a disposiciones específicas, dirección que posteriormente ha sido enmendada. En el Repertorio de Legisl. y Jurispr. Chilenas, 3ª edic. (1996, reimpresión en 1999), t. III, apéndice, en que se transcribe el DL. 2.695, pueden verse fallos y algunos comentarios; también en el estudio sobre el sistema registral de Hernández, Domingo, ob. cit., p. 267, notas 17 a 20 (se verá que frecuentemente esos fallos cuentan con voto disidente); este autor concluye que en definitiva no hay una oposición entre este régimen y el del Código Civil, en cuanto mantiene la dualidad título-modo para la adquisición del dominio, y confiere primacía a la posesión material por sobre la inscripta (cuando la hay, y en un conflicto que, como se ha visto, el Código no dirime claramente; compartimos la opinión, sin perjuicio de las deficiencias que pronto denunciaremos).

Para el enjuiciamiento del texto deben tenerse algunas consideraciones fundamentales. Una es la consiguiente constatación de que, a su tiempo, la cantidad de predios sin título saneado era excesiva, con las consiguientes perniciosas consecuencias, entre otras, para la circulación inmobiliaria y el acceso al crédito con garantía territorial. Ante las normas registrales tradicionales era necesario, pues, un régimen de purificación expedido. Por otra parte, se trata de un saneamiento de "títulos" en titulares realmente consolidados; no de atribución de derecho. Por tanto, es aceptable partir del supuesto de que el solicitante, en el tráfico inmobiliario real, es substancialmente el dueño. En estos términos, la prescripción adquisitiva es sólo el método elegido para proceder al saneamiento, que formalmente conduce a la obtención del título saneado. Así puede explicarse en alguna medida el breve plazo de prescripción fijado y su carácter de prescripción extintiva, inusual en la acción de dominio (v. infra, N° 268 y nota). Pero entonces, para evitar esas situaciones de aprovechamiento inescrupuloso que lamentablemente se han presen-

porque la oposición se rechazó, el solicitante queda como poseedor regular y al cabo de un año se le tiene por dueño, habiendo adquirido el dominio por prescripción adquisitiva. Dentro del año tiene prohibición legal de enajenar y gravar y dentro de ese mismo lapso, quien se estime dueño, puede ejercer en su contra la acción de dominio que estime asistirse; el juez resuelve si se mantiene el saneamiento o debe restituirse el inmueble al actor. Transcurrido el año se extinguen para los terceros las acciones de dominio (en prescripción extintiva, v. infra, N° 268), pero persiste para ellos, por el lapso de cinco años, la acción para que, si acreditan dominio sobre el predio, el saneante les compense en dinero el valor de esos derechos. Se dispone también que las inscripciones anteriores que pudiere haber sobre el predio saneado quedan canceladas por el solo ministerio de la ley (sin que sea necesario, pues, cancelarlas material-

tado, lo exigible al legislador es: a) integrar en el régimen un cuidadoso mecanismo de prueba de la posesión material (base del sistema); b) una concisa explicación de cómo es que sustantiva y realmente adquirió el dominio el solicitante, y c) una eficaz publicidad que confiera a los eventuales perjudicados una efectiva posibilidad de controvertir la solicitud, no obstante algunas emiendas, el texto no ha cumplido apropiadamente esos requerimientos. Por otra parte, en cuanto al último acápite, no se puede llegar, ciertamente, a una información individualizada, que es impracticable y que, por lo demás, no puede ser reclamada por titulares que se han mantenido dilatadamente alejados del objeto de su dominio, amparándose en los caracteres de perpetuidad y absoluta de la propiedad, este último, como se sabe, ya bien debilitado.

En otro sentido, aquella calificación de *sólo procedimiento formal*, que no altera el substancial y real modo por el que adquirió el dominio el saneante, es influyente en el funcionamiento de instituciones en las que la naturaleza (gratuita u onerosa) de la adquisición determina efectos, de pertenencia o de otra categoría; por ej., en el destino de los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal. No parece justificado definir la suerte del bien saneado considerando la inmediata forma de adquisición (la prescripción, que es gratuita o, si se estima ajena a la clasificación, al menos no es onerosa); lo procedente es retroceder para averiguar el real modo de adquisición del dominio, en el que interviniera efectivamente un acto gratuito u oneroso, para proceder en consecuencia.

Debe tenerse presente también que tratándose de defectos en los que se incurra, tanto en las diligencias previas (en el Ministerio de Bienes Nacionales) como en la inscripción conservatoria, el tema se vincula a la naturaleza de la función registral y a la posibilidad de una nulidad de Derecho público (v. supra, N° 124).

mente mediante subinscripción).³⁸⁶ También se tipifica un delito para sancionar a quien con este procedimiento ha obtenido maliciosamente la calidad de poseedor regular.³⁸⁷

144. Calificación. La descripción que se ha formulado de la organización y funcionamiento de nuestro sistema permite cotejarlo con las principales alternativas y principios registrales que se enunciaron al comienzo (supra, N° 125).

a) Es un registro de carácter personal, no real. Las inscripciones no se agrupan en torno a una ficha, carpeta u otro mecanismo que represente a cada inmueble, sino que se van efectuando, sin orden preestablecido, a medida que llegan los títulos al Registro; las mutaciones y estado actual de un predio se averiguan mediante los índices de personas que han intervenido en los respectivos actos.

b) Es de "inscripciones" (extractos) y no de "transcripciones" de títulos.

c) La calificación de la naturaleza de la inscripción como declarativa o constitutiva requiere de una explicación. Para los modos de adquirir distintos de la tradición, es declarativa (la inscripción no es la que provoca la mutación real; sólo la publica; la adquisición se ha producido fuera del Registro). Cuando es practicada con un título traslativo de dominio, es decir, cuan-

³⁸⁶ Tal como ya se dijo (supra, N° 139 ter), esta es otra fuente de las perniciosas "inscripciones paralelas", aparte de la inscripción producido del proceso de saneamiento, puede haber una o más anteriores, jurídicamente canceladas pero con apariencia de vigentes (no tendrán nota cancelatoria a su margen derecho, a menos que el Conservador, sin estar obligado, practique una).

³⁸⁷ Para inmuebles fiscales, v. el DL. 1.939 sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado (ya varias veces citado) y la ley 19.776 (D.O. de 21 de diciembre de 2001) sobre regularización de la posesión y ocupación de inmuebles fiscales.

Para más antecedentes Torres, Elena: "Estudio general y aspectos civiles de la ley N° 16.741, sobre saneamiento de los títulos de dominio y urbanización de las poblaciones en situación irregular", Univ. de Concepción, Concepción, 1969; Topasio, Aldo: *Regularización de los títulos de dominio*, Edit. Edelval, Valparaiso, 1980; Ribera Neumann, Pilar: "Estudio del decreto ley 2.695, sobre regulación de la posesión de la pequeña propiedad raíz", Univ. de Concepción, Concepción, 1987; Peñailillo Arévalo, Daniel: "Saneamiento de títulos de dominio", en Rev. de Derecho. U. de Concepción N° 160, Concepción, 1978, pp. 61 y sgts.

do desempeña el rol de tradición, el cambio de titularidad es producido por ella y, entonces, es constitutiva, pero no se le ha conferido el efecto de probar dominio; al no estar dispuesto ese efecto (y con las características de nuestro sistema no podría imponérsele), como nadie puede transferir más derechos que los que tiene, el titular inscrito queda sometido a la interrogante de si su antecesor habrá sido efectivamente dueño (si habrá tenido el derecho que aparece transfiriéndole), con lo cual la prueba de su dominio ha de encontrarla recién en la prescripción (la inscripción lo deja en posesión—incluso, como se dirá más adelante, discutiblemente—y con ella comienza a prescribir, pudiendo acogerse a la agregación de posesiones, como también se verá). Mientras, está sometido a la contingencia de una reivindicación por el verdadero dueño. En otros términos, cuando la inscripción es tradición (cuando es practicada en virtud de un título traslativo de dominio), es constitutiva en su función, pero no en sus efectos (esta calificación está íntimamente relacionada con los caracteres que siguen).³⁸⁸

d) Ostenta una escasa "legalidad". Se ha visto que, conforme al Regl., las atribuciones del Conservador son limitadas en cuanto al examen de los títulos que se le presentan a inscripción (v. supra, N° 133); y frecuentemente hay desajustes entre los datos del predio consignados en la inscripción y sus caracteres materiales (por las ya mencionadas falta de atribuciones de control preventivo y de exigencia de un plano; v. supra, N°s 131 y 133).

e) La inscripción es bastante vulnerable, bien susceptible de ser alterada o dejada sin efecto; por tanto, su legitimación y su fe pública registrales son débiles. Por una parte, por la recién ahudida escasa legalidad; por otra, por la relación causal con el título. La inscripción es la forma de efectuar la tradición de los inmuebles y—como se dijo—el Código impuso la tradición causada, estrechamente vinculada al título (v. supra, N° 104 bis), en términos que la suerte de la tradición (y por tanto de la inscripción) depende en gran medida de la del título, y así, la inefica-

³⁸⁸ Algunos textos legales especiales han dispuesto una inscripción constitutiva más integral; el ejemplo más claro es la ley 16.741, sobre saneamiento de título de dominio y urbanización de poblaciones en situación irregular (art. 43); dispone que la inscripción confiere la posesión y el dominio, y presume de Derecho que los títulos están absolutamente saneados.

cia del título (por nulidad, resolución, etc., que además operan con retroactividad) repercute en la inscripción; ineficaz el título, ineficaz la tradición (la inscripción) (esa ineficacia puede deberse principalmente a la nulidad y la resolución; v. los arts. 674 y sgts., especialmente art. 675; arts. 1687, 1689, 1491; v. lo dicho en supra, N°s 104 bis, 124 y 125).



146. **Tradicición de derechos reales sobre inmuebles.** Como ya se dijo, la tradición del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles se efectúa por inscripción (art. 686), con las excepciones que también se han mencionado (v. supra, N° 123).

Aquí se está en presencia de la inscripción desempeñando el rol de tradición. Rigiendo entre nosotros el régimen de la dualidad título-modo para la transferencia del dominio por actos entre vivos, mientras la inscripción de un título traslativo de dominio sobre un inmueble no se efectúa, el dominio no se ha transferido. Así, en el caso de compraventa de inmuebles, perfeccionada la escritura pública, mientras la inscripción no se efectúa el vendedor mantiene el inmueble en su dominio y el comprador no lo ha adquirido.³⁹³

Entrega material. Como la inscripción no es más que una tradición simbólica, cuando el derecho transferido se ejerce directamente sobre una cosa corporal, a la inscripción debe seguir la entrega material (y la obligación contenida en el título no queda íntegramente cumplida mientras esa entrega no se efectúe; así, si se trata de una compraventa, el vendedor no cumple in-

del conjunto de estudios para la reforma de los Códigos Civil y de Comercio, que se desarrollan en la Fundación Fuyo (ya citada en supra, N° 125, nota).

³⁹¹ Para el Registro chileno, además de las obras ya citadas, puede verse Larrain, Florencio: *Del Registro Conservatorio de Bienes Raíces*, Edit. Direcc. Gral. de Prisiones, Santiago, 1933; Herrera Silva, Jorge: *Nuestro sistema posesorio inscrito*, Edit. Nascimento, Santiago, 1936; Oberg, Héctor: *De las inscripciones mediante minutas en el Registro del Conservador de Bienes Raíces*, Esc. Tipográfica Salesiana, Concepción, 1956; Fuyo, Fernando: "El sistema legal de Chile", en Rev. Crítica de D. Inmobiliario N° 495, Madrid, 1973, pp. 377 y sgts.

³⁹² V. Vásquez Bore, Eduardo: "El denominado seguro de títulos", en Rev. Notarial N° 828, La Plata, 1976, pp. 1083 y sgts.; Arruñada, Benito: "El seguro de títulos de propiedad", en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario N° 681, Madrid, 2004, pp. 53 y sgts., un estudio técnico y completo.

Por otra parte, la incidencia económica, no sólo en la fluidez del tráfico inmobiliario sino también en los costos de la negociación o asociados a ella (particularmente en los costos de información) ha sido examinada (v. Méndez González, Fernando, ob. cit.).

³⁹³ RDJ., t. 19, p. 428; t. 27, p. 596; t. 28, p. 205.

tegramente su obligación —de dar— mientras no entrega materialmente la cosa vendida).³⁹⁴

Como en otra ocasión se ha dicho que el dominio se puede adquirir por un solo modo, cuando opera uno distinto de la tradición la inscripción es innecesaria para el fin de transferir el dominio, aunque será útil para otros roles que también cumple. Así se ha fallado respecto de la expropiación, en la cual el expropiante adquiere el dominio por el título y modo ley.³⁹⁵

147. **Tradicición de cuotas.** Los textos nacionales no disponen la forma de efectuar la tradición de la cuota de un objeto.

a) Si se trata de una cuota en *cosa singular* (expresada en fracciones o porcentajes, según se ha dicho al examinar la comunidad), doctrina y jurisprudencia entienden que la cuota participa del carácter mueble o inmueble de la cosa. Entonces, si se trata de la tradición de un cuota de un mueble, ella se efectuará por cualquiera de las formas establecidas para éstos (art. 684), y si se trata de la tradición de una cuota de un inmueble, ha de efectuarse por inscripción³⁹⁶ (art. 686) (como regla fundamental, cobra aplicación aquí el art. 580; v. supra, N° 69 a, final).

Esta es la ocasión de hacer una referencia a la discutida y frecuente "enajenación de cuota de una universalidad, referida a un bien determinado". Durante el estado de indivisión (en comunidad hereditaria o de otro origen) *el comunitario de una universalidad* suele disponer de su cuota, pero referida a un bien de los que integran la comunidad (generalmente un inmueble, que es el que más interesará al adquirente), dispone usualmente mediante una venta. En cuanto al título, no es materia que corresponda tratar

³⁹⁴ RDJ., t. 44, p. 310. Incluso tratándose de enajenaciones forzadas, se ha dispuesto que al mismo juez de la ejecución que motivó la subasta, procede pedirle la entrega material (RDJ., t. 84, p. 135; F. del M. N° 328, p. 21; N° 333, p. 486; N° 352, p. 6; N° 382, p. 533).

³⁹⁵ RDJ., t. 35, p. 520; t. 39, p. 360; t. 89, p. 70 (la inscripción del predio expropiado a nombre del expropiante no constituye tradición). También RDJ., t. 86, secc. 5°, p. 222, respecto de los espacios públicos (plazas y calles) que, por el solo ministerio de la ley (las disposiciones de la legislación urbanística), pasan a ser bienes nacionales de uso público al tener lugar la "recepción municipal" de las obras de urbanización de un loteo.

³⁹⁶ Y no por subinscripción. Así Somarriva, Manuel: *Industria...*, cit., t. I, p. 56; Silva, Enrique, ob. cit., p. 143; RDJ., t. 7, p. 240; t. 16, p. 365; t. 17, p. 100; t. 24, p. 538; Corte de Concepción, sent. de 17 de mayo de 1989 (no publicada).



aquí; en todo caso, puede adelantarse que los efectos definitivos se establecerán al terminar la indivisión, sea por partición o por reunión de todas las cuotas en un solo sujeto (comunero o extraño). Desde luego, si se trata de venta y se llega a la partición, habrá que distinguir si se le adjudica o no al enajenante la cosa cuya cuota enajenó (la situación es la misma sea que enajene una cuota en cosa determinada o una cosa determinada en su integridad). También puede advertirse que, si no se le adjudica, habrá venta de cosa ajena (art. 1344), que es válida (art. 1815).³⁹⁷ Por estos precarios efectos, en suspenso hasta el término de la comunidad, la negociación no es aconsejable.

En otro sentido puede observarse que, en teoría, esta disposición de cuota en cosa determinada de una universalidad armoniza mejor con la doctrina que sostiene la comunicación de la cuota con los bienes específicos, que con la que la rechaza (v. supra, N° 69).

En fin, lo que aquí corresponde es dejar establecido que la forma de efectuar la tradición de esta cuota es la misma exigida para la tradición de cuota en cosa singular, recién mencionada, distinguiéndose según la cosa sea mueble o inmueble.³⁹⁸

En suma, cuando se transfere cuota de cosa singular, aunque ésta pertenezca a una universalidad, la tradición se efectuará por el art. 684 o por el art. 686 (inscripción conservatoria), según la cosa sea mueble o inmueble.

En la práctica, podrá apreciarse que el adquirente posiblemente tendrá dificultades para ejercitar actos de comunero en la cosa y también para efectuar la inscripción conservatoria, que pudiere objetar el Conservador; todo lo cual redundará en lo poco conveniente de estos actos, como se ha dicho. Más todavía, si se trata de una cosa singular que pertenece a una comunidad hereditaria, el art. 688 exige posesión efectiva, inscripción de ella e inscripción del inmueble a nombre de todos los herederos (especial de herencia) para que se pueda disponer de un inmueble (o de una cuota de un inmueble) determinado; y la ley 16.271 (de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones)

³⁹⁷ Los efectos pueden verse en Somarriva, Manuel, *Indivisión...*, cit., t. I, p. 171.

³⁹⁸ En este sentido Somarriva, Manuel, *Indivisión...*, cit., t. I, p. 188, N° 146; Silva, Enrique, ob. cit., pp. 312 y sgts. También Jurisprudencia, Rev. de la Asoc. de Empl. del Poder Judic. N° 36, p. 33; Corte de Concepción, sent. de 17 de mayo de 1989.

exige posesión efectiva y su inscripción para disponer incluso de muebles³⁹⁹ (estas exigencias se verán pronto).

b) Si se trata de una cuota en cosa universal, la respuesta es de controversia.

En primer lugar, deben tenerse presente una vez más las varias dificultades doctrinarias que han de sortearse para llegar a la etapa de la tradición de la cuota de una universalidad. Hay discusión sobre el concepto de universalidad y sobre los de universalidad jurídica y de hecho (v. supra, N°s 36 y sgts.). Luego aparece el desacuerdo sobre la posibilidad de que entre nosotros haya comunidad sobre universalidad jurídica (v. supra, N° 69). Y, finalmente, surge el problema de la comunicación de la cuota en cosa universal con los bienes contenidos en ella (v. supra, N° 69). Las respuestas que se han ofrecido a estos dos últimos problemas influyen directamente en el tema, de modo que deben ser consideradas para concluir cómo se efectúa la tradición de una cuota en cosa universal (para continuar, puede tenerse presente la tradición de una cuota en una comunidad quedada al disolverse una sociedad conyugal, que como se ha dicho, según algunos, es un ejemplo de comunidad en universalidad jurídica, mientras según otros es comunidad en universalidad de hecho. Se excluye la situación de la comunidad hereditaria, que se verá más adelante; v. infra, N° 152).

En cuanto a la tradición de cuota de una universalidad jurídica, según se ha referido, un sector de la doctrina concibe perfectamente la comunidad en universalidad jurídica y, negando la comunicación de la cuota y los bienes de que se compone (por lo que la universalidad no tiene la naturaleza de esos bienes), entienden que la tradición se ha de efectuar por cualquier forma simbólica de las dispuestas en el art. 684, y no requiere de inscripción conservatoria aunque haya inmuebles en su contenido; se estima que se está en presencia de una abstracción, universalidad jurídica, que escapa a la clasificación de bienes en muebles e inmuebles y, por tanto, para su tradición ha de seguirse la regla general en materia de formas de tradición, que son—según esta opinión—las del art. 684, siendo la inscripción una forma excepcional de tradición.⁴⁰⁰ Esta sería la solución, según este postula-

³⁹⁹ V. Silva, Enrique, ob. cit., pp. 312 y sgts.

⁴⁰⁰ Así, Somarriva, Manuel, *Indivisión...*, cit., t. I, p. 169, con remisión a p. 143.

do, para efectuar la tradición, por ej., de una cuota en la comunidad quedada al disolverse una sociedad conyugal.⁴⁰¹

Pero, como igualmente se ha dicho, el planteamiento anterior ha sido objetado. Se ha rechazado que haya comunidad en universalidad jurídica y se estima que sólo la hay en universalidades de hecho, y afirmando la comunicación entre la cuota y los bienes, se concluye que la tradición de una cuota en cosa universal se efectúa siguiendo la naturaleza de los bienes de que se compone; por el art. 684 para los muebles y por inscripción para los inmuebles (si los hay en la universalidad).⁴⁰² De este modo, siguiendo el ejemplo que se ha utilizado, aquella comunidad quedada al disolverse la sociedad conyugal es una universalidad de hecho (no tiene pasivo común; está dividido, conforme al art. 1354) y la tradición de la cuota se efectuará como se imponga según los bienes que la integren en concreto.⁴⁰³

Respecto de universalidades que sin duda pueden ser calificadas de universalidades de hecho (colecciones, explotaciones), cobra fuerza la solución recién apuntada, y la tradición de una cuota, como de su totalidad, habrá de efectuarse siguiendo la naturaleza mueble o inmueble de los bienes que la constituyan (debe recordarse una vez más el art. 580; el establecimiento de comercio, si se le califica de universalidad de hecho, quedaría incluido en esta situación).⁴⁰⁴

148. Tradición de muebles registrables. Los vehículos motorizados. Muchas legislaciones, entre ellas la nuestra, contienen normas especiales respecto de algunos bienes muebles que, por necesidades de organización y control del tráfico, se someten al sistema de registro en condiciones similares a los inmuebles. Así ocurre, por ej., con las naves, las aeronaves, los vehículos motorizados terrestres. Al exigirse su inscripción en un Registro especial y dejarse constancia en dicho Registro de cada transferencia de su dominio, ante

⁴⁰¹ En este sentido GT. de 1934, 2º sem., N° 116; este fallo calificó justamente a esa comunidad como "comunidad a título universal", sin precisar si es universalidad de hecho o de Derecho. V. también Corte Suprema, sent. de 26 de junio de 2002 (no publicada).

⁴⁰² Así, Silva, Enrique, ob. cit., p. 312.

⁴⁰³ RDJ., t. 27, p. 311.

⁴⁰⁴ La particularidad de algunos de sus elementos, sobre todo de los incorporales, como el derecho de llaves, la clientela, pueden promover dudas.

textos insuficientes, se ha discutido si la inscripción registral desempaña o no la función de tradición (la condición jurídica de las naves y aeronaves corresponde a disciplinas distintas).

En cuanto a los vehículos motorizados terrestres, la legislación especial somete la constitución de su dominio, transmisión, transferencia y gravámenes, a las normas que el Derecho común establece para los bienes muebles. Por tanto, el título respectivo no está sometido a formas especiales (si es compraventa es consensual, sin perjuicio de la limitación probatoria) y la tradición se rige por el art. 684 del CC.⁴⁰⁵

Pero existe un Registro de vehículos motorizados, que es llevado por el Servicio de Registro Civil e Identificación. Allí se inscribe el vehículo, con la individualización de su propietario y las mutaciones del dominio. Para esta inscripción se exigen si ciertas formas al título. Podrá requerirse también la inscripción de gravámenes, prohibiciones, embargos y medidas precautorias que le afecten.

Estas inscripciones no son requisito de los respectivos actos. Pero se *presume prohibitoria* de un vehículo motorizado a la persona a cuyo nombre figure inscrito en el Registro, salvo prueba en contrario.⁴⁰⁶

149. Inscripciones a que da lugar la sucesión por causa de muerte. La inscripción conservatoria cumple básicamente la función

⁴⁰⁵ Así, por ej., RDJ., t. 94, secc. 2ª, p. 60.

⁴⁰⁶ Ley del tránsito, N° 18.290, de 7 de febrero de 1984, arts. 33 y sgts., y Regl. del Registro de vehículos motorizados, DS. 1.111, de Justicia, DO. de 9 de marzo de 1985; estos textos resolvieron la duda que ofrecía la legislación precedente, en orden a si la tradición de estos bienes se efectuaba por inscripción o conforme a las normas generales para bienes muebles. Allí se regula también la prueba del dominio de los vehículos (nuevos o usados, importados) para los efectos de su inscripción.

Con la advertencia de que son obras anteriores a la ley del tránsito (N° 18.290), pueden consultarse Modak, Alberto: *Vehículos motorizados y conductores*, 2ª edic., Edics. Albatros Chilena, Santiago, 1967; Weitz, Gloria: *El vehículo motorizado ante el Derecho civil, comercial, procesal y penal*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1967; Zapata, Sergio: "Algunos aspectos del régimen jurídico de los vehículos motorizados", Univ. de Concepción, Concepción, 1968; Del Río Hernández, María: "La inscripción de vehículos motorizados", Univ. de Concepción, Concepción, 1974; Ibacache, Guillermo: "El automóvil en el Derecho privado", Univ. de Concepción, Concepción, 1974.



de tradición de inmuebles (y de derechos reales limitados sobre ellos); pero además cumple otras, como el mantenimiento de la historia de la propiedad raíz y de publicidad de los actos sobre inmuebles. Para atender a estas otras finalidades se ha exigido también la inscripción en mutaciones del dominio que se producen por otros modos; así ocurre con las inscripciones que se exigen cuando se adquiere por los modos de adquirir sucesión por causa de muerte y prescripción adquisitiva.

De varios preceptos del Código se desprende que la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio, el cual opera por el solo fallecimiento del causante (arts. 588, 729, 955, 956, 1344).⁴⁰⁷

Para la ordenación de la transmisión patrimonial y su reflejo en el Registro se establece un procedimiento cuyo trámite básico es la denominada "posesión efectiva", que es una resolución que declara a una persona heredera de otra que ha fallecido.

Esta materia ha sido objeto de una reforma al Código y a otros textos legales mediante ley 19.903.⁴⁰⁸ Hasta entonces, la posesión efectiva se obtenía mediante un procedimiento judicial, no contencioso; desde entonces, el procedimiento es, por regla general, administrativo; se lleva a cabo ante el Servicio de Registro Civil e Identificación; excepcionalmente continúa siendo judicial (para las sucesiones testadas y las abiertas en el extranjero).

"Las posesiones efectivas de herencias originadas en sucesiones intestadas abiertas en Chile, serán tramitadas ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, de conformidad a lo dispuesto en la presente ley. Las demás serán conocidas por el

⁴⁰⁷ V., al respecto, RDI., t. 79, p. 108.

⁴⁰⁸ DO. de 10 de octubre de 2003, en vigencia seis meses después.

Para adaptar los preceptos del Código Civil al nuevo procedimiento, la ley (en su art. 15) reformó el art. 688 del Código, incurriendo en un notorio y lamentable error; mientras antes el art. 688 disponía que "En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal...", ahora, gracias a la reforma, declara que "En el momento de deferirse la herencia, la posesión efectiva de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal..." (la cursiva es nuestra). El error es tan evidente como difícil de justificar. De lo que se trata es de regular la posesión efectiva, como otra categoría junto a las otras: legal y material (como se dirá más adelante, infra, N° 166); y el texto viene a confundir, llamando posesión "efectiva" a la conferida por el ministerio de la ley (a la legal).

tribunal competente de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil" (art. 1° inc. 1° de la ley 19.903).

Entonces, con el texto vigente, la posesión efectiva es una resolución administrativa, y excepcionalmente judicial,⁴⁰⁹ que declara a una persona heredera de otra que ha fallecido. El procedimiento para solicitarla, obtenerla e inscribirla, y las diligencias para el pago del impuesto a las herencias, están dispuestos en la citada ley (deben considerarse también, especialmente para las posesiones efectivas judiciales, los arts. 866 y sgts. del CPC. y la ley 16.271,⁴¹⁰ sobre impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, ambos textos modificados por la ley mencionada).⁴¹¹

⁴⁰⁹ Emanada del Director Regional del Registro Civil o del juez en su caso.

⁴¹⁰ DO. de 10 de julio de 1965.

⁴¹¹ En la legislación recién reemplazada, era (siempre) una resolución judicial que declaraba a una persona heredera de otra fallecida. El procedimiento para solicitarla, obtenerla e inscribirla, y las diligencias para el pago del impuesto a las herencias, estaban dispuestas en el CPC. (arts. 866 y sgts.) y en la ley 16.271, sobre impuesto a las herencias.

Conviene observar que entre nosotros el trámite constituía una gestión judicial "no contenciosa". Concretamente, en la sucesión intestada el solicitante acompañaba los certificados de defunción, matrimonio y nacimiento para acreditar el parentesco y pedía la posesión efectiva para él y otros eventuales parientes, según su decisión, y el tribunal la concedía a esos supuestos herederos, sin que se procediera a una investigación para descubrir si ellos y sólo ellos eran los herederos del fallecido. Como esta diligencia no extinguía (ni extingue) los derechos de otros herederos con igual o mejor derecho, los solicitantes habitualmente eran los que efectivamente eran los herederos con mejor derecho, y la solicitaban para todos quienes tenían igual condición; sabían que, de no ser así, quedaban expuestos a la respectiva ampliación del auto de posesión efectiva o, más tarde, a la correspondiente "acción de petición de herencia" (arts. 1264 y sgts. del CC.). Con todo, solía ocurrir que, de mala o de buena fe (con conocimiento de la existencia de otros de igual o mejor derecho o sin él) la posesión efectiva era solicitada y concedida con perjuicio de otros herederos o de los preferentes (perjuicio que llegaba a consumarse mediante la prescripción adquisitiva).

Con el nuevo texto la situación cambia y los perjudicados habrán de disminuir ya que, radicado el trámite por regla general en el Registro Civil, en sus bases de datos este Servicio dispone de los antecedentes completos de la filiación del fallecido, tornándose entonces difícil la omisión de herederos con igual o mejor derecho. Incluso, en virtud de reforma introducida por esta ley al CPC. (art. 881), tratándose de las posesiones efectivas que excepcionalmente seguirán tramitándose ante los tribunales, se dispone que se concederán también a todos los herederos, aun cuando sólo uno la pida; para tal efecto, el juez pedirá informe acerca de las personas que según los datos del

La reforma crea un "Registro Nacional de Posesiones Efectivas" y un "Registro Nacional de Testamentos", que se llevan en la base central de datos del sistema automatizado del Servicio de Registro Civil e Identificación; ambos son públicos.

Del nuevo procedimiento (administrativo) conviene destacar los siguientes caracteres:

a) Se solicita por cualquiera que invoque la calidad de heredero de una persona fallecida, ante cualquier oficina del Registro Civil del país, acompañándose el inventario de los bienes (en formularios disponibles);

b) La otorga, mediante resolución fundada, el Director Regional de ese Servicio, para todos los que, según los datos del Servicio, son los herederos del fallecido (aun cuando no hayan sido incluidos en la solicitud);

c) La resolución es publicada por el Servicio, en extracto, en un diario regional;

d) Luego la resolución es inscrita en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas (antes de la reforma, la resolución judicial que concedía la posesión efectiva era inscrita en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces; para las posesiones efectivas que excepcionalmente son otorgadas por el tribunal se mantiene el régimen de inscribirlas en dicho Conservador, conforme al art. 688 N° 1 del CC. en su nueva redacción).

Si el heredero quiere disponer de un *inmueble hereditario*, para ajustarse a la ley de impuesto de herencias debe obtener posesión efectiva e inscribirla (art. 25); por su parte, el CPC. contempla el trámite aunque no haya inmuebles (art. 883).

Para disponer de un *inmueble hereditario*, es necesario que obtenga la posesión efectiva de la herencia y que practique las inscripciones que señala el art. 688 del Código (y el art. 55 del Regl.). Son:

1) *La inscripción de la resolución de posesión efectiva*. Dictada la resolución administrativa, o ejecutoriada la resolución judicial, que concede la posesión efectiva y practicadas otras diligencias (especialmente tributarias) que disponen los textos que la regulan, el Director Regional del Registro Civil, o el juez en su

Servicio tengan presuntamente la calidad de herederos y de los testamentos que aparezcan otorgados por el causante según el Registro Nacional de Testamentos. Aprovechando la centralización computacional de los datos familiares, la innovación es ciertamente positiva.

caso, ordena inscribir dicha resolución; respectivamente, en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas o en el Conservador de Bienes Raíces (en esta última situación, una copia autorizada de ella es presentada al Conservador pidiéndose su inscripción; si la sucesión es testada, se inscribe al mismo tiempo el testamento;⁴¹² esta(s) inscripción(es) se practica(n) en el Registro de Propiedad del Conservador de la comuna o agrupación de comunas en que la posesión efectiva fue conferida).

2) *La inscripción denominada "especial de herencia"*, que se practica con el mérito de la inscripción anterior. Consiste en inscribir cada inmueble hereditario a nombre del heredero o, si hay dos o más, a nombre de todos ellos; de este modo, los inmuebles, que antes aparecían en el Registro a nombre del causante, quedan ahora inscritos a nombre del heredero, o de los herederos en comunidad. Se practican tantas inscripciones de esta clase como inmuebles haya (una por cada uno), y se practicarán en el Registro de la comuna o agrupación de comunas en que los inmuebles se encuentren ubicados (cuando la posesión efectiva, como ha de ser regla general, se inscribe en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas, para practicar esta inscripción especial de herencia se llevará al Conservador un *certificado* del Registro Civil que acredite la inscripción de la posesión efectiva en aquel Registro Nacional, conforme al art. 8° de la ley; cuando, excepcionalmente, se trata de posesión efectiva otorgada por el juez, como ésta se debe inscribir—según se dijo recién— en el Registro del Conservador de la comuna en que se haya pronunciado, si allí mismo está ubicado el inmueble, "con el mérito de la inscripción de la posesión efectiva" se practica esta segunda inscripción; si el inmueble está ubicado en otra comuna, a este Conservador ha de llevarse una copia autorizada de la inscripción de la posesión efectiva).⁴¹³

⁴¹² Se inscribe primero la resolución de posesión efectiva y a continuación el testamento.

⁴¹³ Hasta la dictación de la ley 19.903, cuando el inmueble estaba ubicada en un Conservador distinto de aquel en que se inscribió la posesión efectiva (se inscribió en éste porque aquí estaba el tribunal que la dictó), al presentarse una copia autorizada de la inscripción del auto de posesión efectiva, el segundo Conservador volvía a inscribir la posesión efectiva en su Registro (de Propiedad), para luego inscribir el inmueble a nombre de los herederos (es decir, la especial de herencia); ello no obstante que el texto

Con esta inscripción pueden los herederos disponer de conjunto de los inmuebles hereditarios (y—con los inconvenientes que se han advertido—podría un comunero disponer de su cuota referida a un inmueble determinado).⁴¹⁴

Debe recordarse que si el fallecido estaba casado en sociedad conyugal y en ella había inmuebles, éstos han de inscribirse a nombre del cónyuge sobreviviente y de los herederos (art. 30 de la ley de impuesto de herencias) (y aquí habrá una comunidad de ganancias, junto a la comunidad hereditaria).

Si sólo hay un heredero, aquí concluyen las actuaciones registrales.

3) *Inscripción de la adjudicación.* Por último, habiendo dos o más herederos, cuando se efectúa la partición de la comunidad hereditaria, con el instrumento en que consta la partición (según la forma como se efectúe)⁴¹⁵ se practica la inscripción de la adjudicación, por la cual cada inmueble, que hasta entonces estaba inscrito a nombre de los herederos, queda ahora inscrito a nombre del respectivo heredero a quien se le adjudicó en dicha partición. Y desde ahora puede ese heredero disponer por sí solo de ese inmueble.⁴¹⁶

Con las inscripciones anteriores, se puede seguir en el Registro la historia de un inmueble, que antes perteneció a una persona y luego a su heredero; o, si hay dos o más, luego a sus herederos

dispone que la especial de herencia debe practicarse "con el mérito de la inscripción precedente". Ahora, esa actitud podrá mantenerla en las situaciones excepcionales en que la posesión efectiva es otorgada por el juez y luego es inscrita en el Conservador de la comuna en que se otorgó; pero, en la regla general, en que la posesión efectiva se inscribe en el Registro Nacional de ellas, al Conservador no se llevará la resolución de posesión efectiva emitida por el Registro Civil sino un *certificado* de inscripción emitido por ese Servicio en que consta que la posesión efectiva está inscrita en el Registro Nacional (art. 8 de la ley). Así, ahora parece claro que, cualquiera sea la ubicación de los inmuebles, cada inmueble deberá ser inscrito a nombre de los herederos "con el mérito de ese certificado", es decir, sin que el Conservador exija que se le lleve la Resolución del Registro Civil que la otorgó, para previamente inscribirla también en su Registro.

⁴¹⁴ Así, Silva, Enrique, ob. cit., p. 315.

⁴¹⁵ De común acuerdo o por sentencia de un juez partidor mediante juicio particional.

⁴¹⁶ Aunque es obvio, esta inscripción no tiene lugar si sólo hay un heredero.

y, por último, a uno de ellos (esto sin perjuicio de la enajenación de herencia o cuota hereditaria, como se dirá pronto).

Se ha resuelto que como el texto exige las inscripciones para "disponer" de inmuebles, entonces, sin practicarlas entre ellos, los comuneros pueden adjudicarse inmuebles en pago de sus cuotas, desde que esas adjudicaciones no implican "disposición", sino solamente radicación de los derechos cuotativos en bienes determinados.⁴¹⁷

150. *Sanción por infracción.* La sanción aplicable a la enajenación de inmueble que se efectúa sin cumplir con las inscripciones que exige el art. 688 ha sido extensamente discutida.

Habiendo dispuesto el heredero de un inmueble hereditario sin practicar esas inscripciones, en una ocasión se resolvió que el acto o título respectivo es nulo absolutamente, sobre todo porque se infringen normas de organización del Registro, que son de orden público.⁴¹⁸ Luego se extendió esa sanción incluso a las enajenaciones forzadas efectuadas en un juicio ejecutivo,⁴¹⁹ lo cual pronto se emmendó, advirtiéndose que en tales situaciones no son los "herederos" los que disponen del inmueble.⁴²⁰ Posteriormente, advirtiendo que el Código exige esas inscripciones para que se pueda "disponer", lo que equivale a "enajenar", y recordando que la cosa se hace ajena al operar el modo, se resolvió que es válido el contrato por el cual el heredero vende el inmueble sin efectuar esas inscripciones, ya que con él aún no "dispone"⁴²¹ (sin embargo, aquí podría recordarse también el art. 1810 del Código; además, debe agregarse que si "disponer" se estima equivalente a "enajenar", hay que entender por enajenar no sólo transferir el dominio, sino también constituir cualquier otro derecho real, como si el heredero pretende hipotecar un inmueble hereditario). Después, otro fallo relacio-

⁴¹⁷ RDJ., t. 30, p. 552. Esta conclusión admite que suscriban válidamente una escritura pública de partición (sin practicar las inscripciones anteriores, de la posesión efectiva y especial de herencia; pero la inscripción de las adjudicaciones podría ser objetada por el Conservador, por la falta de la debida constancia—posesión efectiva—de que ellos son efectivamente los herederos).

⁴¹⁸ RDJ., t. 2, p. 393; GT. de 1875, N° 939.

⁴¹⁹ RDJ., t. 6, p. 266.

⁴²⁰ RDJ., t. 7, p. 117.

⁴²¹ RDJ., t. 8, p. 433.

no el art. 688 con el 696, el cual prescribe que mientras las inscripciones indicadas en los textos que le preceden no se efectúan, los títulos cuya inscripción se prescribe "no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho", lo que implica afirmar que si después se efectúan, se transfiere el respectivo derecho; y esa solución destierra la posibilidad de nulidad absoluta del título, que no puede sanearse por voluntad de las partes.⁴²² Más tarde se ha continuado insistiendo que la sanación por disponerse de un inmueble sin esas inscripciones no es la nulidad, ni del título (por ej., compraventa) ni de la tradición, sino que es la que señala el art. 696; mientras no se efectúan, no se da o transfiere el respectivo derecho.⁴²³ Anteriormente se había llegado también a esa solución.⁴²⁴

Pero la discusión ha continuado. Se formulan dos observaciones a esa solución jurisprudencial. Primero, que al negar la transferencia del respectivo derecho al tercero mientras la inscripción no se efectúa, el art. 696 no se refiere al art. 688; se está refiriendo sólo a las inscripciones que transfieren el dominio, a las que son tradición, y éstas no tienen por finalidad la transferencia del dominio (cumplen otras funciones del Registro). Y segundo, que aquella solución asegura que mientras las inscripciones no se efectúan queda en suspenso la transferencia del derecho; en otras palabras, que al comprar el inmueble el tercero sin que el heredero practique las inscripciones, el título y la inscripción serían válidos pero ineficaces, con lo que el tercero no adquiriría el dominio ni la posesión; sin embargo —se agrega—, el art. 696 dispone que no se dará o transferirá "la posesión efectiva del respectivo derecho...", es decir, del derecho de dominio, pero no excluye la posibilidad de que se adquiera la posesión de la cosa; se concluye que bien podría sostenerse que la inscripción no es del todo ineficaz, pues conferiría la posesión del inmueble, con lo que podría así llegar a adquirir el dominio por prescripción si transcurre el tiempo y no se practican las inscripciones. Como otra solución también se propone que conforme a las reglas de la nulidad se puede

llegar a la conclusión de que la sanción sería la nulidad relativa de la enajenación, lo que trae los remedios de saneamiento por prescripción y ratificación de las partes; se trataría —se ha sostenido— de la omisión de requisitos establecidos en consideración a la "calidad" de heredero (art. 1682). Pero el saneamiento de la nulidad por prescripción se torna, a su vez, en crítica, porque así el tercero podría llegar a adquirir sin las inscripciones, con transgresión del tenor del art. 688, ya que, según él, "mientras" no se efectúan, no se puede disponer⁴²⁵ (tratándose de legados de inmuebles, la obligación de inscribirlos previamente para que el legatario pueda disponer, y el procedimiento para efectuar la inscripción, se verán más adelante; v. infra, N° 152 bis).

151. La inscripción en la prescripción. Los arts. 689 y 2513 del Código y el art. 52 del Regl. requirieron que la sentencia que declara la prescripción adquisitiva relativa a inmuebles se inscriba en el Registro del Conservador. Siendo la prescripción un modo de adquirir, es evidente que la inscripción no desempeña el rol de tradición; funciona aquí para mantener la historia de la propiedad raíz, dar publicidad y así hacer oponible a terceros los efectos del fallo y, en general, obtener las ventajas de la posesión inscrita.

152. C) La tradición del derecho real de herencia. Se ha dicho en otra oportunidad que, fallecido el causante, el heredero puede disponer de la herencia o de su cuota hereditaria (no antes del fallecimiento, pues los pactos sobre sucesión futura están proscritos de nuestro Derecho, adolecen de nulidad absoluta por ilicitud del objeto: arts. 1463, 1466, 1204 y 1682).

Dentro del título "De la cesión de derechos", el Código destina un párrafo a la cesión del derecho de herencia (arts. 1909

⁴²² Esta específica objeción no es muy contundente porque siempre el saneamiento de la nulidad importa una transgresión legal; el acto es nulo porque se violó un precepto y sanada esa nulidad el acto queda válido a despecho de la transgresión legal; esta observación conduce a emendar la dirección de la objeción: calificada la norma como norma de orden público, ahí resulta más inaceptable el saneamiento y, por tanto, más inaceptable la solución de la nulidad relativa.

Aquellas observaciones pueden verse con mayores explicaciones en Orzola, Waldo, ob. cit., pp. 57 y sgts. que las relata a propósito de su estudio sobre reinscripciones.

⁴²³ RDI, t. 10, p. 54; t. 98, p. 112.

⁴²⁴ RDI, t. 23, p. 129.

⁴²⁵ Por ej. GT. de 1876, sent. N° 2.484, p. 1281; GT. de 1890, t. I, sent. N° 2.516, p. 1339.

y 1910). Emplea el equívoco término cesión que, por el contenido de los preceptos indicados, debe entenderse equivalente a tradición. Señala allí solamente algunos efectos de esta cesión (en lo no previsto rigen las estipulaciones de las partes y las normas que regulan el título de la transferencia: compraventa, donación, etc.), mas no la forma como ha de efectuarse la tradición. Pero como en nuestro Derecho la transferencia por acto entre vivos se efectúa por la concurrencia de un título y el modo, ellos deben también aquí configurarse; tratándose del título, el más frecuente será la compraventa (la venta de una sucesión hereditaria requiere de escritura pública conforme al art. 1801).⁴²⁶

A continuación procede efectuar la tradición y, ante la ausencia de textos suficientes, aquí aparece entre nosotros otro notable problema: cómo se efectúa la tradición del derecho real de herencia. Son también conocidas dos alternativas de solución (cada una acompañada del nombre de un insigne sostenedor).

Se ha sostenido,⁴²⁷ con fundamento principalmente en el art. 580, que la herencia es clasificable como mueble o inmueble, según los bienes que la integran. Así, si la herencia de que se trata se compone sólo de muebles, su tradición se someterá a las reglas de éstos (art. 684); si se compone de muebles e inmuebles, será mixta, y si sólo de inmuebles será bien inmueble, y, como consecuencia, en estas dos últimas situaciones su tradición se someterá a las reglas de los inmuebles requiriéndose, por tanto, de inscripción conservatoria (art. 686). En contra,⁴²⁸ se ha postulado que la herencia es una universalidad jurídica, distinta de los bienes específicos que la integran (viene a concebirse como entidad abstracta), ella escapa a la clasificación de bienes en muebles e inmuebles, y siendo la inscripción una manera excepcional de efectuar la tradición, establecida tan sólo para los

inmuebles, y la regla general las formas del art. 684, la tradición del derecho de herencia no requiere de inscripción (aunque en su contenido haya inmuebles), y para efectuarla basta cualquier manifestación en que conste la intención de transferir el dominio (como se ha visto, esta solución es la misma que se ha dado para la tradición de cuota de otras universalidades que se estiman universalidades jurídicas; v. supra, Nº 47).

La jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por esta última solución.⁴²⁹ Fallos antiguos se han pronunciado por la contrario.⁴³⁰ La adopción de esta postura se ha traducido muchas veces, en la práctica, en que se entiende efectuada la tradición por una declaración o cláusula agregada al final del título (escritura pública de compraventa, por ej.), en que se deja constancia que en ese acto se efectúa la tradición y, por tanto, es transferida la herencia. La falta de inscripción, existiendo inmuebles, puede ocasionar inconvenientes en el orden del Registro respecto de los bienes raíces incluidos en la herencia, y sorpresas a los terceros.⁴³¹ Siendo posible efectuar la inscripción, parece conveniente practicarla.

Pero nuevamente surge aquí aquel planteamiento (ya mencionado) que para la generalidad de las comunidades en cosa universal sostiene la comunicación entre la universalidad (o cuota de ella) y las cosas que la integran, que en este tema específico adopta también particular posición. Desde luego, reprocha (a la última de las opiniones recién aludidas, de la abstracción) una confusión en que incurriría entre el derecho de herencia y el de dominio, y a continuación formula una distinción que provoca una solución diferenciada. Se advierte que para el Código hay dos derechos reales distintos, el de dominio y el de herencia (art. 577), y que, por otra parte, la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio (de cosas) (art. 588). Ahora bien, fallecido un sujeto, sus herederos tienen el derecho real de herencia, relación del heredero con el patrimonio del causante que, por tanto, recae sobre la universalidad jurídica que es la herencia; y,

⁴²⁶ Respecto de otros títulos traslativos de dominio, como donación, permuta, etc., v. Verdugo Lara, Raúl: *Cesión del derecho real de herencia*, Univ. de Concepción, Concepción, 1952, pp. 46 y sgts.; v. también RDJ, t. VII, Primera Parte, pp. 8 y sgts.; GT. de 1895, t. III, sent. 3.746, p. 340; GT. de 1926, sent. 129, p. 574.

⁴²⁷ Como don José Ramón Gutiérrez; v. su estudio "Cesión de derechos hereditarios", en RDJ, t. VII, Primera Parte, pp. 8 y sgts.

⁴²⁸ Como don Leopoldo Urrutia; v. su estudio "Cesión de derechos hereditarios", en RDJ, t. VI, Primera Parte, pp. 222 y sgts. y t. VII, Primera Parte, pp. 1 y sgts.

⁴²⁹ De entre muchas sentencias, por ej., RDJ, t. 26, secc. 2ª, p. 20; t. 27, secc. 2ª, p. 25; t. 33, p. 219; t. 50, p. 90; t. 96, secc. 2ª, p. 121; sent. de Corte Suprema de 26 de junio de 2002 (no publicada).

⁴³⁰ Por ej., GT. de 1888, t. II, sent. Nº 3.332, p. 1271; de 1913, t. I, Nº 114, p. 309.

⁴³¹ V. RDJ, t. 19, p. 296.

además, al operar la sucesión como modo de adquirir el dominio, el heredero adquiere el dominio de las cosas de propiedad del causante y, siendo varios, se origina entre ellos una comunidad sobre cosa universal (que sería universalidad de hecho: v. supra Nº 69). Así, se termina concluyendo que si lo cedido por el heredero es el derecho de herencia (a lo que se estaría refiriendo el art. 1909), por recaer éste sobre la universalidad jurídica herencia (que es abstracta y, por lo mismo, ni mueble ni inmueble), su tradición se efectuará por las normas del art. 684, aceptando ahí la solución propuesta por la doctrina precedente; pero si lo cedido es (por el único heredero) el conjunto de bienes o (si son varios) la cuota en la comunidad de dominio que se originó sobre los bienes del causante, teniendo presente la comunicación entre la universalidad y los bienes que la integran (con los argumentos y textos legales que se mencionaron en supra, Nº 69), se debe examinar la naturaleza de los bienes, necesitándose inscripción conservatoria si hay inmuebles; y serán los términos del título —por ej., la compraventa de la herencia o de una cuota de ella— los que demostrarán cuál ha sido la intención de los contrantes, en orden a si lo cedido ha sido el derecho de herencia o la cuota en la comunidad de dominio. Pero es evidente que lo que generalmente interesará al adquirente será el conjunto de bienes incluidos en la herencia (es difícil concebir a un potencial adquirente interesado sólo en “el derecho real de herencia”, con prescindencia de los bienes dejados por el causante). Compartimos la proposición.⁴⁸²⁻⁴⁸³

⁴⁸² Silva, Enrique, ob. cit., varios capítulos, especialmente pp. 16, 76, 144, 240, 312; fallos, en p. 150.

La mortificación no ha cesado. Refiriéndose a la cesión del derecho de herencia (no —al menos explícitamente— a las cosas o a la comunidad de dominio) se ha sostenido que el derecho de herencia es inmueble porque no puede transportarse de un lugar a otro (sin que importe la causa o fundamento de porqué no puede transportarse) y, por tanto, su tradición requiere siempre inscripción (Guzmán Brito, Alejandro: *Las cosas incorporales...*, cit., pp. 96 y 188).

Por otra parte, entendiendo que al cederse el derecho de herencia se transfieren también las cosas, y no obstante admitirse la comunicación entre el derecho de herencia y las cosas, se ha planteado otra respuesta. No se distingue entre la transferencia del derecho de herencia y las cosas o la comunidad de dominio sobre ellas, sino entre la transferencia de la herencia en su totalidad (que afectaría el único heredero) y la transferencia de una cuota. En

Por último, según se dispone en el propio art. 1909, se puede transferir no sólo el derecho a una herencia, sino también el derecho a un legado (por ej., el legatario vende su “derecho a un legado”); y, entonces, debe responderse también a la pregunta cómo se efectúa la tradición del derecho a un legado. Según una doctrina, al parecer mayoritaria, al fallecimiento del causante el legatario de especie o cuerpo cierto adquiere el dominio de la cosa legada por sucesión por causa de muerte, y el de género adquiere por ese modo un crédito contra los herederos.⁴⁸⁴ Con esa distinción se puede concluir que tratándose de un *legado de especie* o cuerpo cierto, cuando el legatario pretenda transferir su “derecho al legado” está transfiriendo el dominio de la cosa legada, que ya ha adquirido, por lo que la tradición no tiene novedad; se efectuará como lo imponga la naturaleza mueble o inmueble de la cosa (arts. 684 y 686). Si es *legatario de género*, él sí tiene y, por lo tanto, puede transferir, su “derecho al legado”. Y para determinar cómo se efectúa la tradición, hay que remitirse a las reglas de tradición de los derechos personales o créditos (que se verán luego).⁴⁸⁵

La primera incide la naturaleza de las cosas, las cuales debe tradirlas singularmente y, por tanto, es necesaria la inscripción (como tradición) si hay inmuebles; en la segunda lo cedido es la cuota, el derecho proindiviso, no cosas singulares, de modo que la tradición debe efectuarse simbólicamente, como en los créditos (concretamente con una constancia en el instrumento de cesión), aunque haya inmuebles; luego, al pedir la partición, el cesionario tendrá derecho a que le enteren su cuota con bienes determinados, y si hay inmuebles, la inscripción que debe practicarse es sólo requisito para disponer de ellos con los demás comuneros (Soza Riedl, María de los Angeles: “La cesión del ‘derecho real de herencia’ y de una cuota hereditaria”, en Rev. de Derecho, Univ. Austral de Chile, vol. XVII, Valdivia, 2004, pp. 91 y sgts. Tanto entredicho empuja a la reflexión crítica sobre el derecho que está en la base y que provoca dificultades; parece innecesaria la creación de este derecho real de herencia, como lo declara también la autora recién citada).

⁴⁸⁵ No corresponde tratar aquí las varias interrogantes que plantean los efectos de la transferencia (conforme al título, venta, donación, etc. de la herencia o de una cuota de ella).

⁴⁸⁴ Claro Lagarrigue, Luis: *De los legados en general*. Impr. Dirección General de Prisiones, Santiago, 1939, pp. 26 y sgts., con cita de jurisprudencia. V. también RDJ, t. 65, secc. 2ª, p. 14; t. 90, p. 136.

⁴⁸⁵ V. RDJ, t. 33, p. 219; se cedió “un legado de dinero” y se concluyó que se aplican ahí las normas de la tradición de derechos personales.



152 bis. Las inscripciones para disponer de inmuebles hereditarios, en relación con la disposición de los derechos de herencia y legado. Ahora se está en condiciones de abordar la siguiente interrogante: si en la herencia existen bienes raíces, cuando el heredero pretende enajenar su herencia, ¿deben practicarse previamente las inscripciones señaladas en el art. 688? Si el legado es de inmueble, cuando el legatario pretende enajenar su derecho al legado, ¿deben practicarse previamente aquellas inscripciones?

I. *En cuanto a la herencia.* Una vez más surge aquí la controversia relatada al tratar la tradición del derecho de herencia.

Para la tesis de la abstracción, que ve en la herencia sólo una universalidad jurídica, distinta de los bienes que la integran, por cierto, el heredero puede enajenar su herencia (o cuota) sin esas inscripciones, precisamente porque están exigidas para disponer de un *inmueble* hereditario y aquélla escapa a la clasificación de bienes en muebles e inmuebles. No es mueble ni inmueble.

En cambio, con el otro planteamiento, también ya mencionado, que distingue entre el derecho real de herencia y la comunidad universal de dominio que se forma entre los herederos, hay que examinar qué es lo que se pretende enajenar. Si lo que se transfiriere es sólo el derecho real de herencia, se concuerda con la opinión precedente; no son necesarias esas inscripciones. Pero si lo enajenado es la cuota en la comunidad de dominio y en ella hay inmuebles, por el art. 688 y su postulado de la comunicación entre la cuota y los bienes, es necesaria posesión efectiva y su inscripción. Incluso, por su planteamiento de la comunicación, aunque en la herencia no existan inmuebles, conforme a esta tesis es necesaria la posesión efectiva y su inscripción (por el art. 25 de la ley de impuesto a las herencias).

Aunque ya pueda deducirse de lo dicho, conviene expresar que si existe sólo un heredero, el cual pretende disponer del total de la herencia o de una cuota de ella, igualmente surge la divergencia entre ambas tesis; se aplica lo dicho, en los mismos términos.

Respecto a la jurisprudencia, al igual que en el tema de la forma de efectuar la tradición, prevalece aquí la primera posición, que para enajenar la herencia o cuota hereditaria no exige inscripciones previas.⁴⁹⁶

Por otra parte, ahora puede apreciarse mejor la situación en que la primera opinión deja a los inmuebles en el Registro. Si el heredero enajena su herencia, estima que no requiere practicar previamente las inscripciones del art. 688, y la tradición al adquirir la efectiva, asimismo, sin necesidad de inscribir el título. Entonces, posteriormente, en alguna etapa de las actuaciones futuras surgirá el que para el Registro será un extrano, el adquirente de la herencia, disponiendo del inmueble, o adjudicándose en la partición un inmueble, sin aparecer previamente en el Registro, provocándose una ruptura en la continuidad de las inscripciones. Podría salvarse el defecto con la posesión efectiva: en la resolución que la otorga se deja constancia de que él es partícipe de la herencia, en calidad de adquirente (cesionario), conforme al contrato celebrado con el heredero originario (contrato que rolará en el expediente), y luego se siguen practicando las inscripciones restantes. Si la enajenación se efectúa cuando ya existe posesión efectiva inscrita, al no mediar inscripción como modo de efectuar la tradición de la herencia, la ruptura es más difícil de salvar. Tendría que ser el Conservador quien, para que en las inscripciones posteriores quede justificada la inclusión del cesionario, en la siguiente inscripción habría de aludir al contrato en que el cesionario adquirió la herencia, del heredero originario (contrato que, habitualmente, es una compraventa de derechos hereditarios) (por esto es que se reitera la conveniencia de inscribir esa transferencia).

II. *En cuanto al legado.* Como regla general puede afirmarse que el legatario puede disponer de su derecho al legado o de la cosa legada (según el caso), prescindiendo de las inscripciones del art. 688, pues ellas están exigidas para que el "heredero" pueda disponer de inmuebles hereditarios.

Pero conviene un análisis más detenido para conocer algunas implicancias registrales que en esta materia pueden presentarse.

Se acudirá una vez más a la distinción entre legatario de género y de especie, adoptando el criterio —ya enunciado— que entiende que el de género tiene un crédito contra los herederos y

⁴⁹⁶ Así, RDJ, t. 19, p. 241; t. 27, secc. 2ª, p. 25; t. 50, p. 90. En contra, t. 46, p. 94, con nota adversa de don David Stutchkin. Este último fallo está referido al caso de una sucesión de un solo heredero, que enajenó la herencia, en la cual había inmuebles. Se estimó que en tal situación son necesarias las inscripciones del art. 688.



el de especie es dueño de la cosa, por sucesión por causa de muerte.

Debe advertirse, asimismo, que es concebible un legatario de género, de inmueble (puede tener lugar, por ejemplo, cuando el causante asigna un lote de terreno, de los varios que tiene en una subdivisión predial, sin precisar uno determinado; un departamento de habitación, de los varios que tiene en un edificio, etc.).

a) El legatario de género puede disponer de su crédito (de su "derecho al legado" en las expresiones del art. 1909) sin esperar a que se efectúe inscripción alguna; aunque lo legado sea un inmueble indeterminado y, por tanto, conforme al art. 580 sea un crédito inmueble. Como se ha dicho, las inscripciones del art. 688 se exigen al heredero.

Cuando esté determinado quiénes son los herederos y exigible que sea el crédito (conforme a los términos del testamento y reglas de pago de los legados), el legatario, o el adquirente de su derecho (si lo había cedido), podrá exigir a los herederos (o al que fue gravado con esa carga) que lo cumplan, es decir, que se le entregue, en tradición, una cosa del género respectivo. Si es un inmueble, para los herederos será necesario obtener la posesión efectiva, inscribirla y practicar la inscripción especial de herencia. Esta última corresponde practicarla porque, hasta ahora, ellos son los dueños del inmueble (o lote), sólo que están obligados a transferirlo al legatario. Como esa entrega al legatario (o a su cesionario) constituye tradición, deberá efectuarse por inscripción. Y para practicarla, deberá exhibirse al Conservador un título traslativo de dominio (como es necesario para toda tradición).

Remotamente puede estimarse que el título es el testamento. Pero allí no se señaló un inmueble determinado. Entonces, en términos inmediatos, el antecedente de esa tradición será el acuerdo entre heredero y legatario en que aquél, en cumplimiento de la obligación de entregar un inmueble, que asumió al aceptar la herencia, propone al legatario (acreedor) la entrega de determinado inmueble (lote) y éste acepta. Ese título no tiene solemnidad exigida por la ley. Pero como conduce a la transferencia de un inmueble, a una tradición que debe efectuarse por inscripción, y como el Registro no admite a inscripción sino títulos en instrumentos públicos (arts. 13, 57 y 62 del Regl.), deberá constar en escritura pública. Y queda así configurada una escritura que suele llamarse "escritura de entrega

de legado". Si el acuerdo no se produjere, porque el heredero es renuente, porque el legatario no acepta el inmueble preciso que ofrece el heredero o por cualquier otra causa, el tribunal resolverá. En tal caso, con la sentencia se procederá a la inscripción (v. arts. 1553 del CC. y 532 del CPC.).

Aunque el punto no pertenece exactamente al tema que aquí se está examinando, puede agregarse que si se trata de un legado de género de cosa mueble, se aplica también lo dicho, con la diferencia de que en él la tradición se efectuará por alguna de las formas señaladas en el art. 684 y, por lo mismo, no es necesaria una escritura pública de entrega de legado.

b) El legatario de especie (ya se dijo) adquiere el dominio de la cosa por sucesión por causa de muerte.

Si la especie legada es inmueble, para tratar el tema con relación al art. 688 conviene distinguir entre la inscripción a nombre del legatario y la disposición a favor de un tercero.

1°. Para adquirir el dominio, este legatario no requiere inscripción.⁴⁹⁷ Pero le conviene inscribir, por los beneficios que le reportan las demás funciones que cumple la inscripción: pasa a ser poseedor inscrito; mantiene la historia jurídica de su inmueble; queda expedito el camino para que un futuro adquirente inscriba a su vez, según se verá más adelante; y porque, según una opinión, que también se mencionará, necesita inscribir para disponer del inmueble.

¿Cómo procede a inscribir el inmueble legado a su nombre? Está discutido.

Se ha sostenido que el legatario puede requerir la inscripción comprobando el fallecimiento del testador y el pago del impuesto que grava su asignación, y exhibiendo copia del testamento judicialmente reconocido. La exigencia de que el testamento esté judicialmente reconocido se explica, según esta posición, porque ese reconocimiento confiere verosimilitud a las pretensiones del legatario, teniendo presente que está actuando con prescindencia de los herederos. Por otra parte, los arts. 866 y sgts. del CPC. facultan al legatario para solicitar esas diligencias. Se agrega que no hay texto expreso que exija que para inscribir a su nombre el inmueble legado esté primero inscrito el testamento; pero que es más concordante con el espíritu del

⁴⁹⁷ Así también se ha resuelto; RDI, t. 65, secc. 2°, p. 14; t. 90, p. 136.

Registro conservatorio inscribir previamente el testamento. Y se añade que si bien es cierto que la ley de impuesto a las herencias obliga al heredero o albacea a deducir previamente la suma que corresponda por impuesto antes de proceder a entregar la cosa legada (art. 59), la ley no exige que esa entrega deba efectuarse por escritura pública.⁴³⁸

Otra opinión estima que para inscribir es necesario exhibir al Conservador una escritura pública en que los herederos o el albacea entreguen al legatario el inmueble legado (escritura de entrega del legado). Ese acto de entrega lo justifican porque: a) es frecuente que el testamento no contenga las necesarias precisiones respecto del inmueble, como para practicar la inscripción (por ej., dispone que se lega a Pedro la casa en la que el testador vive, sin indicar deslindes, datos de su inscripción, etc.); b) el testamento no es para el legatario título indiscutible de su derecho porque está sometido a diversas eventualidades (por ej., según el art. 1119 las edificaciones no siempre se incluyen en el legado, y puede llegarse a deber sólo el valor del predio; también puede sacrificarse el legado en favor de las legítimas, mejoras y deudas hereditarias, conforme al art. 1362); c) los arts. 1374 y 959 vienen a confirmar que el legado no es inmediatamente exigible;⁴³⁹ d) en el mismo sentido, los arts. 1290 y 1292 se refieren al "pago"; finalmente, la ley de impuesto a las herencias (art. 54) dispone que los conservadores no podrán inscribir adjudicaciones de bienes hereditarios sin que se hubiere pagado el impuesto o asegurado su pago.⁴⁴⁰ En cuanto a la forma de escritura pública, que esta segunda posición exige para ese acto de entrega del legado, se justifica—agregan—por la circunstancia de que el Conservador inscribe sólo instrumentos auténticos.

Si se sigue esta segunda postura, para otorgar esa escritura de entrega de legado bastaría la inscripción de la resolución de posesión efectiva (que declara quiénes son los herederos) y del testamento (en el cual consta el legado); y no se justifica practicar la inscripción especial de herencia, porque ese bien no pertenece a los herederos, como para inscribirlo a su nombre. Por

lo mismo, no están "disponiendo" jurídicamente de él. Sólo son sus tenedores (según un fallo, el heredero podría llegar a ser poseedor, pero irregular, por lo que, para ganarlo por prescripción, requiere de la prescripción extraordinaria).⁴⁴¹

2º. En cuanto a las exigencias para que el legatario pueda disponer de la especie inmueble legada, también ha surgido discrepancia.

Se ha sostenido que el título del legado es el testamento y la obligación de inscribir el legado como requisito previo para disponer de la especie, está implícita en la siguiente relación de disposiciones: según los arts. 688 del CC. y 55 del Regl., debe inscribirse la posesión efectiva, y si la sucesión es testada, se inscribirá al mismo tiempo el testamento; y, conforme a los arts. 691 del CC. y 79 del Regl., la inscripción del testamento debe incluir la fecha de otorgamiento, individualización del testador y de los herederos o legatarios que solicitaron la inscripción, expresando sus cuotas o los respectivos legados.⁴⁴²

En contra, se estima que no es necesaria la inscripción; no la exige el art. 688 (el cual se refiere sólo al heredero) ni algún otro precepto. Por otra parte, el art. 691—que es citado por la opinión anterior—sólo dispone qué menciones tendrá la inscripción del testamento, pero no exige que el legatario tenga que inscribir para disponer de la cosa legada. Por lo demás, los textos son claros en orden a que la inscripción del testamento sólo se practica en el Registro donde se inscribe la posesión efectiva (art. 688), la cual se efectúa en el Registro de la comuna en que fue concedida (esto es, en el último domicilio del causante) y no, además, en la comuna en que esté situado el inmueble; de este modo, la inscripción del inmueble legado, como requisito previo para disponer de él, ni siquiera sirve para mantener la historia del predio cuando el inmueble legado está situado en lugar distinto del domicilio del testador.⁴⁴³

En la práctica, cuando el legatario de la especie inmueble quiere "disponer", enajenar, tendrá que efectuar la tradición; y tendrá que hacerlo mediante inscripción. Si ya se ha dicho que—en

⁴³⁸ Así, Claro Lagarrigue, Luis, ob. cit., pp. 206 y sgts.

⁴³⁹ V., en este sentido, RDJ., t. 42, p. 474.

⁴⁴⁰ Así, RDJ., t. 50, secc. 2º, pp. 84 y sgts.; Raposo, Ramón, ob. cit., pp. 72 y sgts.; Claro Vial, José, ob. cit., pp. 67 y sgts.

⁴⁴¹ RDJ., t. 45, p. 764.

⁴⁴² Así, Claro Solar, Luis, ob. cit., t. VII, p. 382.

⁴⁴³ Así, Claro Lagarrigue, Luis, ob. cit., p. 205; Alessandri, Somarriva y Vodanović, ob. cit., t. I, p. 429.

opinión más fundada— no requiere inscripción previa a su nombre, puede notarse que se está practicando inscripción a nombre de otro sin que el tradente tenga inscripción a nombre suyo. Entonces, después de toda aquella discusión, y no obstante la bondad de la argumentación para sostener que no requiere inscripción previa, se tropieza con un obstáculo registral al consumar la enajenación: el Conservador puede negarse a inscribir, con lo dispuesto en el art. 14 del Regl.; se trataría de inscribir un título que no emana de quien aparece—en el Registro— como dueño o actual poseedor. Nótese que en este caso el legatario es, sustantivamente, dueño (por sucesión por causa de muerte) pero, registralmente, no aparece como tal ni como poseedor. Así pues, el citado art. 14 del Regl., precepto importante en la organización del Registro porque contribuye a mantener el encadenamiento de las inscripciones, viene a constituir un argumento muy contundente para concluir en la necesidad de inscripción previa; esa inscripción previa no se justifica en la substancia del derecho (él es dueño por sucesión por causa de muerte), sino en el factor formal de la organización del Registro.⁴⁴⁴

153. D) Tradición de los derechos personales. Ya se ha dicho que en la sistemática del Código los derechos personales o créditos son bienes incorporales; y siendo bienes, pueden transferirse por actos entre vivos y transmitirse por causa de muerte. Su transferencia por actos entre vivos requiere, como es nuestro régimen, de un título y la subsecuente tradición. Podrá tratarse de una venta del crédito, su donación, su permuta, etc.; y a continuación tendrá lugar la aplicación del modo. Para efectuar

⁴⁴⁴ Si el Conservador se niega a inscribir la enajenación, esa negativa se constituye en el factor decisivo que zanja el debate, al menos cuando el legatario adopta la decisión de enajenar, porque al no poder inscribir, el potencial adquirente tiende a abstenerse de comprar; entonces, para lograr enajenar, el legatario se resignará rápidamente a inscribir. La sola posibilidad de negarla no impide totalmente el negocio, porque puede acudirse al método (que emplean los Bancos en la generalidad de las transferencias en que participan) de celebrar el negocio (la compraventa) pero sin pagar el precio en ese acto, sino contra inscripción (entregando el dinero al Notario, con carta de instrucciones, en la que se le instruye de entregar el dinero al vendedor cuando se le presente copia autorizada de la inscripción del precio a nombre del comprador).

nar la tradición de estos derechos personales, el Código reservó un precepto especial: el art. 699; esta tradición se efectúa por la entrega del título hecha por el cedente al cesionario. Aquí ha de entenderse por título el instrumento en que el crédito consta, donde se encuentra escritura (nótese que el art. 1901, que en general repite lo dispuesto en el 699, emplea la expresión título en dos acepciones distintas: como antecedente jurídico, que justifica la tradición, y luego como instrumento, en el cual el crédito consta). Los arts. 1901 y sgts. regulan los efectos de tal cesión (tal como ya se ha dicho respecto del derecho de herencia, la expresión "cesión" puede inducir a equívocos, por lo que para mayor claridad conviene referirse al título y a la tradición; la jurisprudencia ha debido precisar que por cesión hay que entender la transferencia propiamente tal, es decir, la tradición, y no es que la cesión sea un contrato).⁴⁴⁵

Para que la transferencia produzca efectos respecto del deudor y de terceros es necesario notificar de la transferencia a aquél, o que él acepte (arts. 1902 y sgts.). Antes que acepte o le sea notificada la transferencia, le es inoponible; el deudor podría pagar al primitivo acreedor y pagaría bien.⁴⁴⁶

Se ha resuelto que la entrega del título en que el crédito consta, exigida en los preceptos mencionados, puede ser real o simbólica, lo que es posible respecto de las cosas corporales muebles (y así, se ha concluido que la tradición de un crédito que consta en una escritura pública de mutuo se puede efectuar por otra escritura en que el dueño del crédito expresa su voluntad

⁴⁴⁵ RDJ, t. 32, p. 337; t. 35, p. 12; Rev. de Derecho, U. de Concepción nos 37-38, p. 3109.

⁴⁴⁶ Nótese que aceptando el deudor o siendo notificado, la transferencia del crédito resulta oponible a él y a terceros (podría decirse a "los demás terceros", porque en el negocio de transferencia del crédito el deudor es también un tercero). ¿Quién podría ser mencionado como un tercero, para el cual la transferencia es oponible una vez practicada la diligencia y al cual, cuando no se practique, le es inoponible? Un acreedor del cedente. A es acreedor en contra de B; transfíere su crédito a X; pero A es a su vez deudor de Z; el acreedor Z pretende embargar el crédito que su deudor A tiene en contra de B. Aunque A haya vendido el crédito a X, Z puede embargarlo mientras el deudor B no haya sido notificado o haya aceptado, porque mientras eso no ocurra, la transferencia del crédito es inoponible al deudor y a terceros (Z).

de transferirlo y el cesionario acepta tal transferencia; con esa escritura quedaría efectuada la tradición y no necesariamente con la entrega de una copia de la escritura de mutuo).⁴⁴⁷

La afirmación de que la entrega del título en que el crédito consta puede ser no sólo real sino también simbólica, es discutible, porque esta forma de tradición por entrega del título se consignó en un precepto especial, distinto de las normas dispuestas para las cosas corporales muebles, de modo que su comprensión debe ser estricta; pero más discutible es la amplitud con que aquí se ha admitido la noción de tradición simbólica, en la cual se ha aceptado una simple descripción del título transferido, efectuada en la escritura en que se transfiriere (así en algunos de los fallos indicados). Para aceptar esta generosa acepción de lo que es entrega (del título), se ha ofrecido el siguiente argumento: no es necesaria la entrega real puesto que, como se verá luego, pueden transferirse los créditos que no están escriturados y, en tales casos, es evidente que no podrá exigirse la entrega del título (documento), porque no existe; de este modo —se ha dicho—, así como en tales situaciones la tradición se efectuará sin entrega material, asimismo puede efectuarse acá. Pero podría contestarse que la exigencia de la entrega material o limitadamente simbólica se pide en todo caso en que el crédito conste por escrito, y la exención de esa entrega se reserva sólo para los casos de créditos no escriturados.⁴⁴⁸

En cuanto a los créditos que no constan por escrito, bien podría concluirse que no pueden transferirse porque no habría manera de cumplir a su respecto con el art. 1901. Pero en la doctrina parece prevalecer la solución de que pueden transferirse, considerando que si se mantiene a todo trance la exigencia de la entrega del título, al no ser posible en ellos esa entrega, quedarían como intransferibles, conclusión que, por su trascendencia (dejar un bien en estado de intransferible), requeriría de norma expresa.⁴⁴⁹ La jurisprudencia ha resuelto otro tanto.⁴⁵⁰ Admitido que

⁴⁴⁷ GT. de 1890, t. I, 1ª sent., N° 1.308, p. 764; de 1892, t. 2º, N° 1.531, p. 5; de 1922, 1ª sent., N° 167, p. 653; RD], t. 6, p. 410; t. 43, p. 113.

⁴⁴⁸ V. Silva Bascuñán, Alejandro: *De la cesión de derechos*, Univ. de Chile, Santiago, 1933; especialmente pp. 122-123 y 129-130, entre las cuales parece haber posiciones encontradas.

⁴⁴⁹ Así, Silva Bascuñán, Alejandro, ob. cit., p. 125; ahí se citan otros autores en el mismo sentido.

⁴⁵⁰ GT. de 1892, t. 2º, N° 1531, p. 5, y algunos de los fallos antes citados.

son cesibles, como en tales ocasiones no es posible cumplir con la exigencia de la entrega del título, habrá que entender efectuada su tradición por una especial declaración en el sentido de que se transfiriere el dominio del respectivo crédito,⁴⁵¹ declaración que podrá consignarse en el mismo acto o contrato (por ej., venta del crédito; esa actitud implica, como en otras situaciones de tradición efectuada en similares términos, prácticamente conferir un efecto real al contrato) (para los créditos documentados a la orden y al portador, cuya tradición se efectúa, respectivamente, por endoso y por la sola entrega, v. art. 164 del C. de C.).

154. Tradición de derechos litigiosos. Al igual que en los dos temas anteriores, aquí se está tratando sólo la forma de efectuar la tradición, quedando pendientes materias como la naturaleza jurídica de estas transferencias, y sus efectos, con las varias interrogantes que plantean (las cuales corresponden al capítulo del Derecho de los contratos).

El Código destina también un párrafo especial a la cesión de los derechos litigiosos (arts. 1911 a 1914) dentro del título "De la cesión de derechos" (como se ha dicho, por cesión hemos de entender "tradición"). Tal como en la cesión del derecho de herencia, en estas reglas se establecen efectos de la transferencia, mas no se precisa la forma como ha de efectuarse la tradición.

En un concepto bastante discutido, el Código declara que "se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente" (art. 1911).⁴⁵²

El traspaso del derecho litigioso no escapa a la regla de nuestro sistema, que impone la concurrencia del título y el modo (así lo pone de manifiesto además el art. 1912, que demuestra también que por "cesión" ha de entenderse precisamente "tradición"). Por ej., el demandante vende a un tercero su derecho litigioso; procede que, a continuación, le efectúe la tradición; en qué forma la realiza es lo que debe examinarse aquí. Y está discutido.

⁴⁵¹ Así, Silva Bascuñán, Alejandro, ob. cit., p. 127.

⁴⁵² Es discutible que lo cedido sea "el evento incierto de la litis" porque —puede sostenerse— no es un álea el objeto que interesa al adquirente, ni lo que le ofrece el enajenante; ellos más bien negocian un derecho, el cual —ambos lo saben— está en litigio, asumiendo el adquirente el riesgo de que el fallo le sea adverso.

a) Se ha propuesto que la circunstancia de ser litigioso el derecho no impide calificarlo de derecho real o personal. Entonces, ha de atenderse a esa distinción para tener la respuesta. Si el derecho litigioso es real, se aplican las reglas tratadas para ellos; si es mueble, rigen las formas indicadas en el art. 684, y si es inmueble, será necesaria la inscripción conservatoria. Si el derecho litigioso es personal, se aplican las reglas vistas para la tradición de los derechos personales, las que estarían dadas para toda clase de derechos de esta categoría, sin que se hayan excluido expresamente los litigiosos (es decir, arts. 1901, 1902, 1903); como estos preceptos exigen entrega del título, siguiendo a la jurisprudencia se admite que la actuación en el litigio, por parte del cesionario, en reemplazo del cedente, con su consentimiento expreso o tácito, podría constituir tradición del derecho litigioso, equivalente a las simbólicas del art. 684.⁴⁵³

b) Se ha objetado ese planteamiento. Se observa que tratándose de los derechos reales la tradición sería difícil de efectuar cuando el cedente no tiene la cosa mueble en su poder o no tiene inscrito a su nombre el inmueble. Se postula que aun cuando en términos mediatos lo cedido pudiese ser un derecho real o personal, en términos inmediatos lo cedido es siempre "el evento incierto de la litis" (art. 1911), y siendo siempre esa pretensión lo cedido, la forma de efectuar la tradición ha de ser también una sola; como la ley no lo señala, tendrá que estar constituida por una manifestación de voluntad en tal sentido, concretamente una actuación realizada en el litigio por el cesionario, con consentimiento expreso o tácito del cedente y conocimiento de las demás partes del juicio, por la que el cesionario sustituye al cedente en la posición que éste tenía en la controversia.⁴⁵⁴

⁴⁵³ En este sentido, Rioseco Enríquez, Emilio: "Naturaleza jurídica de la cesión de derechos litigiosos", en Rev. de Derecho. U. de Concepción N° 41-42 y 43-44, Concepción, 1942, pp. 187 y sgts. y 1943, pp. 57 y sgts., respectivamente; fallo en Rev. de Derecho, U. de Concepción N° 37-38, p. 3109.

⁴⁵⁴ Así, Silva Bascuñán, Alejandro: "Cómo se efectúa la cesión de derechos litigiosos", en RDJ, t. 40, Primera Parte, pp. 141 y sgts. En apoyo de estos cita RDJ, t. 33, p. 321; t. 38, p. 223; GT. de 1937, 2° sem., sent., 155, p. 609; Rev. de Derecho. U. de Concepción N° 37-38, pp. 3108-3124; los fallos se refieren a cesión de derechos personales, pero el autor citado no admite otra solución para los reales. Para varios pormenores que plantea el tema de los derechos litigiosos pueden consultarse las obras citadas y, además, por ej., Silva Bascuñán, Alejandro, *De la cesión...*, cit.; Alessandri, Arturo, nota (sin

154 bis. Síntesis de funciones. Con lo dicho puede resumirse que la inscripción conservatoria cumple las siguientes funciones:

a) Es la forma de efectuar la tradición del dominio y de otros derechos reales sobre inmuebles;

b) Deja constancia de la historia jurídica de los inmuebles;

c) Constituye un medio de publicidad para dar a conocer a los terceros la situación jurídica en que se encuentran los bienes raíces, de modo que con ella tienen la posibilidad de enterarse de su estado antes de entrar en relaciones jurídicas respecto de ellos;

d) Para un sector de la doctrina, es requisito, prueba y garantía de la posesión de inmuebles. Para otro no tiene ese rol; más aún, ninguno de esos específicos. Y para un tercero, lo cumple sólo en ciertas circunstancias. Pronto, al tratar la adquisición de la posesión de inmuebles se comprenderá el alcance de esta controversia (v. infra, N° 189, 192 y sgts., especialmente 195 y 195 bis).⁴⁵⁵

⁴⁵⁵ Además de las obras ya citadas puede verse Funaioli, Carlo: *La tradizione*, 2° edic., Edit. Cedam, Padova, 1942; Lacruz Berdejo, José: "Inscripción y tradición", en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1957, pp. 1 y sgts.; Díez-Picazo, Luis: "La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español", en Anuario de Derecho Civil, t. 19, Madrid, 1966, pp. 555 y sgts.; Beltrán de Heredia, Pablo: "La tradición como modo de adquirir la propiedad", en Rev. de D. Privado, Madrid, 1967, pp. 103 y sgts.; Balladares, Rogelio: *Generalidades de la tradición*, Impr. Manilla, Santiago, 1938; Pinedo, José: *Estudio crítico de la jurisprudencia del Código Civil en materia de tradición de bienes raíces*, Edit. Universitaria, Santiago, 1959; v. además las obras que tratan los modos de adquirir en general, algunas de las cuales han sido también citadas en el capítulo correspondiente (supra, N° 77, final).

⁴⁵⁶ Además de las obras ya citadas puede verse Funaioli, Carlo: *La tradizione*, 2° edic., Edit. Cedam, Padova, 1942; Lacruz Berdejo, José: "Inscripción y tradición", en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1957, pp. 1 y sgts.; Díez-Picazo, Luis: "La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español", en Anuario de Derecho Civil, t. 19, Madrid, 1966, pp. 555 y sgts.; Beltrán de Heredia, Pablo: "La tradición como modo de adquirir la propiedad", en Rev. de D. Privado, Madrid, 1967, pp. 103 y sgts.; Balladares, Rogelio: *Generalidades de la tradición*, Impr. Manilla, Santiago, 1938; Pinedo, José: *Estudio crítico de la jurisprudencia del Código Civil en materia de tradición de bienes raíces*, Edit. Universitaria, Santiago, 1959; v. además las obras que tratan los modos de adquirir en general, algunas de las cuales han sido también citadas en el capítulo correspondiente (supra, N° 77, final).

⁴⁵⁷ Además de las obras ya citadas puede verse Funaioli, Carlo: *La tradizione*, 2° edic., Edit. Cedam, Padova, 1942; Lacruz Berdejo, José: "Inscripción y tradición", en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1957, pp. 1 y sgts.; Díez-Picazo, Luis: "La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español", en Anuario de Derecho Civil, t. 19, Madrid, 1966, pp. 555 y sgts.; Beltrán de Heredia, Pablo: "La tradición como modo de adquirir la propiedad", en Rev. de D. Privado, Madrid, 1967, pp. 103 y sgts.; Balladares, Rogelio: *Generalidades de la tradición*, Impr. Manilla, Santiago, 1938; Pinedo, José: *Estudio crítico de la jurisprudencia del Código Civil en materia de tradición de bienes raíces*, Edit. Universitaria, Santiago, 1959; v. además las obras que tratan los modos de adquirir en general, algunas de las cuales han sido también citadas en el capítulo correspondiente (supra, N° 77, final).



Foundations of Private Law

Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment

JAMES GORDLEY

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

8

Acquisition of Resources Without a Prior Owner's Consent: Minerals, Capture, Found Property

I. Possession as the Origin of Property

One person may voluntarily transfer property to another. As we will see, writers in the Aristotelian tradition described these transfers as acts of commutative justice, if they were intended to obtain an equivalent for what was given, or as acts of liberality, if they were intended to enrich the other party at the giver's expense. Alternatively, a person may acquire property that did not previously belong to anyone else. Under Roman law, he might catch an animal or find an object which no one else owned or whose owner could not be identified. Often, he obtained title to such an object by *occupatio* or taking possession of it.

Some modern philosophers have seen in *occupatio* or first possession or in some kindred concept the origin of all property. For John Locke, since each person owned his own labor, one who mixed his labor with an object thereby became its owner.¹ He left it unclear what one had to do to mix one's labor with an object beyond taking possession of it. According to Immanuel Kant, one could appropriate anything that was not previously owned or used by someone else. He rested this idea on the will. The will would pointlessly lose some of its freedom if a person could not appropriate something that no one else owned or was using.² For both philosophers, after resources had originally been acquired in these ways, they could then be legitimately transferred from one person to another by agreement in the absence of force or fraud.

For Locke and Kant it was important to explain how ownership was originally acquired for reasons that were foreign to the Aristotelian tradition. For the Aristotelian writers, property existed so that, to the extent possible, people could live a truly human life. Ideally, resources would be held in common and would be distributed according to what each person deserved. Admittedly, different regimes would have different ideas of desert. However that might be, private property was instituted to overcome the disadvantages of holding property in common: there would be

endless disputes, people would take less care to manage property well, and some would work hard and get less while others worked less and received more. As a result, the ideal had to be compromised. To avoid these disadvantages, one could not distribute all the property of the rich, or the unvirtuous rich among those deemed more deserving.

Consequently, while writers in the Aristotelian tradition sometimes describe possession or *occupatio* as the origin of property, they do so for a different purpose and with different consequences. They imagine the world as originally sparsely populated. Its resources belonged to everyone. If the population could have remained small and people could have stayed on good terms, there would have been no need for private property. As Lessius and Grotius point out, resources could have been shared as they are among members of religious orders. But given the need to introduce private rights, people adopted one of two rules: to divide up what they held as a common stock or to grant the right to resources to the first person to take possession of them. The reason for the latter rule was not that a person had an inherent right to anything with which he mixed his labor or exerted his will. It was simply a convenient rule when the world was a largely empty place with plenty for everyone to appropriate. As Lessius put it, 'For the posterity of Adam were coming as it were into a house filled with things so that whoever occupied a thing first became its owner'.³ Indeed, one could hardly imagine, when the population of the earth was small, that its original inhabitants would make some express decision about to whom all its resources should belong. At any rate, it was not a rule of inherent right. The state could—and Roman law did⁴—make a rule that the finder of treasure must give half of it to the owner of the land on which it was found.⁵ The state could make a rule that newly discovered minerals belonged to the state and not to the finder.⁶ Moreover, writers in the Aristotelian tradition regarded distributive justice as an ongoing duty of the state. They were not claiming that the current distribution of resources must be just because the initial distribution was just since it was based on a just principle of private appropriation, and subsequent transfers of resources were just because, absent force or fraud, they were based on agreement. Had they thought so, it would have been meaningless for the Aristotelian writers to claim that distributive justice was based on merit, that in a democracy merit meant equality, and that in an aristocracy, it meant virtue. Aquinas describes distributive and commutative justice in organic terms as ongoing requirements for the health of the civic body: distributive justice governs the order of the whole state to the individuals which are its parts, and commutative justice governs the order of one part to another.⁷

This approach avoided the difficulties of Locke's and Kant's position. Locke never gave a good account of what it means to mix one labor with a thing or why one should thereby own it. As Carol Rose says, quoting Robert Nozick: 'Suppose I pour a can of tomato juice into the ocean: do I now own the seas?'⁸ Moreover, while Kant is right

³ Leonardus Lessius, *De iustitia et iure, ceterisque virtutibus cardinalis libri quatuor* (Paris, 1628), lib. 2, cap. 5, dub. 1.

⁴ 1, 2, 1, 39.

⁵ Aquinas, *Summa theologiae* II-II, Q. 66, a. 5, ad. 2; Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 5, dub. 15, no. 59.

⁶ Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 5, dub. 12, no. 51.

⁷ Aquinas, *Summa theologiae* II-II, Q. 61, a. 1.

⁸ Carol Rose, 'Possession as the Origin of Property', *U. Chi. L. Rev.* 53 (1985), 73, 74, quoting Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (New York, 1974), 175.

¹ John Locke, *Second Treatise of Government*, in *Two Treatises of Government* (P. Laslett, ed., Cambridge, 1963), § 25.

² Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* 354, in Immanuel Kant, *Werke in sechs Bänden* 4 (W. Weischedel, ed., Weisbaden, 1956–64), 107.

that the will would be constrained for no reason if no one could use what another person was not using, that argument proves at most that the prior possessor should sometimes have the right to appropriate an object. It does not prove he should have the exclusive right to whatever he first appropriates, be it a gold mine, a valley, or for that matter a continent.⁹

Nevertheless, the discussions of the rights of first possession by late scholastics and northern natural lawyers seem lame. Usually, they assert that the first possessor has a right without explaining why. Part of the reason may be that the problem cannot be framed in terms of commutative justice, the concept on which they most frequently rely. By hypothesis, the resources in question did not previously belong to anyone. Therefore one who appropriates them can hardly have violated commutative justice by taking what belongs to another. Part of the difficulty, however, was that these writers did not effectively deploy the other concepts which the Aristotelian tradition did provide: the concept of distributive justice and the justifications for instituting rights to private property. As we will now see, these concepts bring one closer to an explanation of how legal systems treat the rights of a first possessor although they cannot provide all the answers.

II. Acquisition of Resources without a Prior Owner's Consent

A. Distributive Justice

In the Aristotelian tradition, resources in principle belong to everyone. Ideally, distributive justice would be done by allocating them according to merit, although, as we have seen, different regimes will differ over what constitutes merit. If that is the case, it is hard to see why very precious resources such as minerals should belong to the finder. The only reason would seem to be to provide an incentive to search for them. As the Aristotelian tradition recognized, one reason for recognizing private rights is to provide an incentive for them to be produced. But that does not explain why the finder should have the right to whatever he finds, however great its value may be. Nor does it explain why he should have the right to resources he finds by chance. For that matter, it is hard to see why, on Aristotelian grounds, minerals should belong to the person on whose land they happen to be found unless he paid a higher price for the land because he knew or suspected the resources were there. The only reason would seem to be that, as explained earlier, the owner of property has the right, not simply to its market value, but to the personal value he places on it, like someone whose house is worth more to him than the amount he could sell it for. He bought the right to this personal value when he bought the house. It may be that there is no way to exploit the resources found under his land without dispossessing him or destroying this personal value. It may be that this personal value is hard to estimate. But if the value of the minerals is so great that it is clear he would exploit them himself if he could, even though he would forfeit this personal value, then the only reason he should have the right to

⁹ Chapter I II B 2 b.

the minerals is the difficulty of estimating the personal value he would lose if they were exploited and he were not allowed to keep the proceeds. But that is merely a problem of uncertainty. It would seem that when the value of the minerals is great enough, it should be resolved by compensating the owner by a generous amount that in all probability will make him happy they were found though he cannot keep their value for himself.

Lessius said that as a general rule gold or metals belonged to the finder at least if they were found on the shore or in rivers or other property which was not privately owned. But he said that the state might own these minerals if it granted concessions to those who search for them and if it compensated the landowner if they were found on private land.¹⁰ It is hard to see why, on Aristotelian principles, this rule, which Lessius says the state may adopt, should not be the general rule. It provides both an incentive to find minerals and compensation to owners who lose the use of the land on which they are found. It recognizes that in principle, resources are held in common until the state makes some distribution of them in accordance with distributive justice.

Consequently, it is reasonable that many modern legal systems have enacted a rule like the one that Lessius describes.

In German law, one needs a permit from the state to prospect (*Erlaubnis*) or to exploit a mineral discovery (*Bewilligung*). He can obtain one even if he is not the owner of the land on which the minerals are located.¹¹ The owner of that land can grant him a right of exploitation, but if he refuses, the person with the permit to exploit them can compel such a right to be granted although the owner is then entitled to damages.¹² Jürgen Baur calls this law a form of expropriation that can be required when it serves the public interest.¹³ If our approach is correct, it would be more accurate to say that the former proprietor owns the land without which the minerals cannot be exploited and the state owns the minerals. Thus it is less an expropriation than a means of settling conflicting land rights in favor of the person whose interest is of greater value. It is like accession in which one who paints on another's canvas can keep the painting but must pay compensation for the canvas.

French law is similar. Minerals such as coal, iron, salt, gold, silver, petroleum and natural gas belong to the state, not to the surface owner. The state grants a concession for their exploitation.¹⁴ The holder of the concession must pay the surface owner an annual sum which reflects his interference with the surface owner's use of his land.¹⁵ The courts have held that he is also liable for any damage he causes to the surface owner's property whether he is at fault or not.¹⁶

English law is much the same. Traditionally, the crown had the right to deposits of gold and silver.¹⁷ Now, coal,¹⁸ oil, and natural gas¹⁹ also belong to the state.²⁰ The state

¹⁰ Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 5, dub. 12, no. 51. ¹¹ Bundesberggesetz, § 11–13.

¹² *ibid.*, § 77 ff. ¹³ Jürgen Baur, *Sachenrecht* (17th edn., Munich, 1999), § 30 II.

¹⁴ Decree no. 80–204 of 11 Mar. 1980.

¹⁵ *Code minier*, 16 Aug. 1956, as modified by Law of 16 June 1977, art. 37.

¹⁶ Gérard Cornu, *Droit civil: Introduction: Les personnes: Les Biens* (4th edn., Paris, 1990), no. 1520.

¹⁷ Case of Mines (1568), 1 Plowd 310, 336, 75 ER 472, 510.

¹⁸ Coal Industry Act 1994, ss 1(1), 7(3). ¹⁹ Petroleum Act 1998, ss 1(a), 2(1).

²⁰ See generally Kevin Gray and Susan Francis Gray, *Elements of Land Law* (3rd edn., London, 2001), 21–2.

grants licenses to search for and extract such minerals for whatever consideration it sees fit. The landowner is entitled to compensation for whatever ancillary rights are necessary for their exploitation.²¹

The exception is the United States in which, in principle, minerals belong to the owner of the land. Perhaps the explanation lies in the peculiarities of the settlement of the American continent in which it was thought desirable to encourage a small population to exploit an abundance of resources as quickly as possible. Perhaps it lies in a traditional American prejudice against an active role for the state, of which more will be said later.

B. Incentives for the Exploitation of Resources and the Prevention of Quarrels

Aristotle and Aquinas gave three reasons why rights to private property should be instituted. Two of them have to do with incentives: if property is common, people will not be careful to preserve and manage it; moreover, people will be reluctant to work. The third reason is to prevent quarrels. If resources are allocated according to who deserves them, whatever the standard of desert may be, there will be more quarrels than if resources have clearly designated owners. A rule awarding property to the first to take possession may be a means both of providing incentives and of preventing quarrels. To the extent work and care are necessary to take possession, bestowing a right on the first possessor may provide an incentive for this work and care. Moreover, if a clear rule is needed to decide to whom property should belong, first possession may provide the clearest rule possible.

This observation is not original. It was made by Carol Rose in her 1985 article 'Possession as the Origin of Property'. She begins by considering the classic early case of *Pierson v. Post*,²² in which the court awarded a dead fox, not to the hunter who had pursued it diligently, but to an interloper who appeared and killed it. As she notes, *Pierson*... presents two great principles, seemingly at odds, for defining possession: (1) notice to the world through a clear act and (2) reward to useful labor.²³ Thus, as she points out, the majority believed that by awarding the fox to the possessor it established a clear rule valuable 'for the sake of certainty, and preserving peace and order in society' and for avoiding 'a fertile source of quarrels and litigation'.²⁴ The dissent, noting that the fox is a 'noxious beast' whose destruction is 'a public benefit' thought 'our decision should have in view the greatest possible encouragement to the destruction' of such an animal. Therefore, the pursuing hunter should prevail for 'who would keep a pack of hounds; or what gentleman would mount his steed, and for hours together... pursue the windings of this wily quadruped if... a saucy intruder, who had not shared in the honors or labors of the chase' could take the animal for himself.²⁵ Here, the two principles seemed to work against each other. The first possession rule would be more clear but would award the fox to the 'saucy intruder'. A different rule would be less clear but would reward the labor of the hunter.

²¹ Mines (Working and Facilities and Support) Act 1966, s. 8.

²² 3 Cai R 175 (NY Sup Ct 1805).

²³ 3 Cai R at 180.

²⁴ Rose, 'Possession', 181.

²⁵ 3 Cai R at 179.

In a more typical case, however, the first possession rule would serve both purposes at once: absent the intruder, it would both be clear and reward the hunter's efforts. Similarly, a rule that lost property belongs to the finder if he takes appropriate steps to locate the true owner provides both an incentive to locate the true owner and a clear rule as to who should have the object if these efforts fail. Both purposes are worthwhile if, as Aristotle and Aquinas thought, property rights are established both to prevent quarrels and to provide incentives for useful work. It is not surprising, then, that, subject to exceptions we will describe, the rule that wild animals belong to the first to take possession was adopted, not only by Anglo-American law, but, for example, by Roman,²⁶ French,²⁷ Italian,²⁸ and German²⁹ law as well. Anglo-American,³⁰ French,³¹ Italian,³² German,³³ and other modern³⁴ legal systems also adopted the rule that lost objects belong to the finder at least if he takes appropriate steps to locate the true owner, which may include leaving the property at a specially authorized bureau.

Nevertheless, in light of these considerations, we can see why the first possession rule is a notorious source of difficulty whether it is applied to previously unowned objects such as wild animals or to objects that have been lost, mislaid or concealed by an unknown owner. To begin with, the first possession rule will not always provide the best incentive for useful labor. That was the point the dissent made in *Pierson v. Post*. In cases where it clearly provides the wrong incentives, American courts, at least, have been willing to discard or redefine the rule. For example, in *Ghen v. Rich*,³⁵ complainant had been hunting fin-back whales by shooting them with bomb-lances fired from guns. When killed, this species of whale immediately sinks to the bottom but resurfaces within a matter of days. The respondent (as the defendant is called in an admiralty case) bought a whale which had drifted into shore from a person who had taken first possession of it. The court ruled in favor of the libellant (as the plaintiff is called) who had killed the whale. The court noted that there was a custom among whalers that the animal belonged to whoever had killed it. But the court said that even absent the custom, the common law might reach the same result.³⁶ Otherwise this

²⁶ Dig. 41.1.1.1.

²⁷ Alex Weil, François Terré, and Philippe Simler, *Droit civil: Les Biens* (Paris, 1985), no. 402.

²⁸ Italian Civil Code (*Codice civile*), art. 923, although Law no. 968 of 27 Dec. 1977 declares wild animals to be part of the patrimony of the state and provides that they do not belong to the captor unless he obeys the rules laid down by the law.

²⁹ German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*) [hereinafter BGB], §§ 958, 960.

³⁰ The classic case holding that the finder has a right against anyone but the true owner is *Armory v. Delbridge* (1722). 1 Strange 505 (KB). Many American states have enacted legislation requiring finders to deposit the property in a designated place or to give notice that it has been found. Jesse Dukeminier and James E. Krier, *Property* (4th edn., New York, 1998), 124-5.

³¹ French Civil Code (*Codex civil*), art. 717(2); Weil *et al.*, *Droit civil: Les Biens*, no. 411. In France, by municipal ordinance, the finder is usually required to leave the object with a lost and found bureau (*bid.*).

³² Italian Civil Code (*Codice civile*), arts. 927-9. The finder must first leave the object with an official (*sindaco*) (art. 927), who must give notice that the object was found (art. 928).

³³ German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*) [hereinafter BGB], §§ 965-83; *Codice civile*, arts. 927-9. In Germany, he must first take the object to an authorized bureau. BGB § 965.

³⁴ Roman law, apparently, did not recognize such a rule except in the case of treasure, where it is assumed the owner cannot be found, as will be described later on. See Dig. 6.1.67; Max Kaser, *Das Römische Privatrecht* 1 (Munich, 1955), 359.

³⁵ 8 F at 162.

³⁶ 8 F at 162.

branch of industry must necessarily cease, for no person would engage in it if the fruits of his labor could be appropriated by any chance finder.³⁷

In other cases, it will be harder to tell which rule will provide the right incentives. For example, the court in *Ghen v. Rich* says that whalers follow two different customs in hunting other species of whales. According to one, whoever first harpooned the whale is entitled to capture it even if the whale breaks free from the boat. According to the other, he is entitled to capture the whale only as long as it remains attached to boat by a line.³⁸ The court implied it was willing to follow whatever custom whalers had adopted. In the absence of a custom, however, it would be difficult to tell which rule provides the best incentives.³⁹ One would have to know a good deal about the industry in question. One could not tell by a legal analysis, and certainly not by an analysis of what constitutes 'possession.'

A similar problem arises when a hunter captures an animal on another person's land. Should the animal belong to the hunter so as to give him an incentive to hunt or to the landowner to give him an incentive to acquire and preserve property where valuable animals may be found? It is not surprising that legal systems differ. Under French law, hunting rights belong to the owner of the land.⁴⁰ According to some distinguished French jurists, however, game caught on his land in violation of his rights belongs to the hunter.⁴¹ Originally, under the German Civil Code, the animal belonged to the hunter, wherever it was caught,⁴² but a later statute provided that it belongs to whoever has the right to hunt on the land in question.⁴³ That right belongs to a person who owns more than 75 hectares of land; if he owns less, he shares the right with other smaller landowners.⁴⁴ In Anglo-American law, animals caught on another's land belong in principle to the landowner.⁴⁵ Nevertheless, some American courts have been willing to imply that the hunter had an implied license to hunt on wild and unenclosed lands.⁴⁶ Presumably, the owner acquiring such land did not do so to have a stock of valuable animals which was diminished by the hunter's capture. Otherwise a license would not have been implied. One could give the hunter an incentive to hunt without diminishing the owner's incentive to acquire and preserve land for the sake of hunting.

One problem, then, is to determine when a first possession rule provides the right incentives. Another problem is to determine what rule to apply when there are two possible clear rules, either of which could be used to avoid quarrels. For example, if one person finds an object on another's land, does the object belong to the finder who first took possession or to the owner of the land on which the object was found? If the only point of the rule is simply to provide clarity, it does not matter whether the law adopted either rule or whether, as in later Roman law⁴⁷ and modern French⁴⁸ and German law,⁴⁹ it awarded half the value of the object to the finder and half to the

owner. It should be noted, however, that even these rules are less clear than they appear. In one case, a customer found cash in a supermarket. A German court awarded it to the supermarket owner to whom it was delivered on the grounds that he was the finder.⁵⁰

Anglo-American law has done a still worse job of providing a clear rule. If sometimes applies the one rule and sometimes the other. As a result, the case law is contradictory. In an English case, a commercial traveler, not the shopkeeper, was allowed to keep the notes someone accidentally dropped on the floor of a shop.⁵¹ In an American case, the barber, and not the one who found it in his shop, was allowed to keep a pocket book.⁵² In another, one who found a pocket book on the customer's table in a bank was held not to have the rights of a finder.⁵³ There is no way for legal analysis to determine which of these cases were decided correctly. Legal analysis can only determine the proper scope of a rule by asking what function it serves. When the function is to provide clarity, and there is more than one possible clear rule, there is no way to decide which rule is better. The difficulties of the Anglo-American approach are only aggravated by trying to reconcile the cases by drawing distinctions that are still less clear. Examples are distinctions between property which has been lost by the owner and property which was mislaid in the sense that it was voluntarily left by an owner who forgot to pick it up,⁵⁴ or between property found in a part of the owner's land that was public or private.⁵⁵ It is often impossible to tell whether an object was lost or mislaid, or to say if a part of the property to which the finder was lawfully admitted is public or private.

I do not mean to suggest that continental systems have entirely escaped these difficulties by their rule that an object should belong half to the owner and half to the finder. There is another rule that the owner of land owns even those parts of it of whose existence he is unaware (with the exception, in some systems, of mineral rights). This rule, again, is laid down for the sake of clarity. While it may sometimes furnish owners with an incentive to buy land in order to explore it, it also applies when the owner had no idea what the land might contain and paid no extra price for it. How, then, is one to decide whether something of value on the land is to be regarded as part of it, which therefore belongs to the owner, or as a found object, which belongs to both him and the finder? French courts have held that a Roman mosaic⁵⁶ and an ancient artifact found at some depth beneath the surface⁵⁷ belong to the owner of the land exclusively. Some German jurists claim that fossils and historical objects buried in the land are to be treated like treasure: they belong equally to the finder and the landowner.⁵⁸ Nevertheless, some German Länder have adopted different rules.⁵⁹ The

³⁷ 8 F at 162.

³⁸ 8 F at 160.

³⁹ See Robert C. Ellickson, 'A Hypothesis of Wealth-Maximizing Norms: Evidence from the Whaling Industry', *J. Law Econ. & Org.* 5 (1989), 83.

⁴¹ *Weil et al., Droit civil: Les Biens*, no. 402.

⁴² BGB §§ 958, 960.

⁴³ *Bundesgesetz*, § 7.

⁴⁴ *ibid.*, §§ 7-9.

⁴⁵ *Bladder v. Higgs*, (1895), 11 HL Cas 622; *State v. Repp*, 73 NW 829 (Iowa 1898); *Restoth v. Coon*, 223 A 37 (RI 1885).

⁴⁷ As prescribed by Hadrian, l. 2. 1. 39.

⁴⁸ *Code civil*, art. 716(1).

⁴⁹ BGB § 984.

⁵⁰ BGH 101, 193.

⁵¹ *Bridges v. Hankworth* (1851), 21 LJ 75 (QB).

⁵² *McAuloy v. Medina*, 11 Allen 548 (Mass 1866).

⁵³ *Kincaid v. Eaton*, 98 Mass 139 (1867).

⁵⁴ e.g. *McAuloy v. Medina*, 11 Allen 548 (Mass 1866); *Toledo Trust Co. v. Simmons*, 3 NE 2d 661 (Ohio App 1935).

⁵⁵ E. L. G. Tyles, N. E. Palmer and Crossley Vaines, *Personal Property* (5th edn., London, 1973), 426. See *Pyle v. Springfield Marine Bank*, 70 NE2d 257 (Ill App 1956); *Toledo Trust Co. v. Simmons*, 3 NE2d 661 (Ohio App 1935).

⁵⁷ *Trib. civ. Aix*, 17 Jan. 1898, D.P. 1898.2.507.

⁵⁸ Henric Hefernehl in Walter Erman, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8th edn., Münster, 1989), to § 984, no. 1; Baur, *Sachenrechts*, § 53g VI.

⁵⁹ Baur, *Sachenrechts*, § 53g VI.

same thought—that some found objects constitute part of the land—may explain why English courts held in favor of the owner when gold rings were found embedded in the mud at the bottom of the owner's pool⁶⁰ or a prehistoric boat underneath his land was found by an excavator.⁶¹

My conclusion is that all these rules can be explained by the considerations that Aristotle and Aquinas gave for instituting private property: to provide incentives for useful work and to prevent quarrels. Often, a rule conferring ownership on the first possessor serves both of these purposes. But to tell what rule provides the best incentive will often require an inquiry which is industry specific, to which traditional legal analysis will not give answers. Moreover, there will often be no way to analyze which of several clear rules to apply in the interest of avoiding quarrels, or, once more than one rule must be adopted, to decide how to draw the line between them. Certainly, one cannot resolve these problems by analyzing the concept of possession.

⁶⁰ *South Staffordshire Water Co. v. Sherman*, [1896] 2 QB 44.

⁶¹ *Elwes v. Brigg Gas Co.*, LR 33 Ch D 562 (1886). According to Tyles *et al.*, *Personal Property*, 422, what mattered in these cases was that the object in question was 'under the land or attached thereto'.