

LA TRADICION EN EL DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

Sergio Gaete Rojas

Profesor de Derecho Romano y Civil

RESUMEN

A través del examen de cada uno de los requisitos de la tradición se demuestra la extraordinaria semejanza que el tratamiento de este modo de adquirir en nuestro Código Civil tiene con el Derecho Romano, sin perjuicio de las diferencias que surgen de las peculiares características de la organización de la propiedad en Roma.

Junto con servir para estudiar la tradición en nuestro Derecho, el presente artículo sirve también para estudiar la tradición en el curso de Derecho Romano, poniéndose de manifiesto la utilidad de orientar metodológicamente el referido ramo de la carrera de Derecho hacia el posterior estudio del Derecho Civil, el cual recibe, no sólo en esta materia sino que en muchas otras, notable influencia de las instituciones jurídicas romanas.

El artículo 670 del Código Civil define la tradición como “Un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio y por la otra la capacidad e intención de adquirirlo”.

Sin perjuicio de las diferencias que anotaremos entre la tradición Romana y la de nuestro Derecho, la definición transcrita es perfectamente aplicable al concepto de tradición en el Derecho Romano, del cual se inspira nuestro Código Civil con notable apego.

Para comprobar lo anterior se analizarán los elementos de la tradición que se desprenden de la citada definición, a propósito de cada uno de los cuales se apreciarán sus semejanzas con el Derecho Romano.

I. Por de pronto, no se discute la existencia de dos partes: el tradens y el accipiens, debiendo concurrir la voluntad de ambos, ya que la tradición es un acto jurídico bilateral. En cuanto acto jurídico, la tradición está encaminada a extinguir la obligación de entregar, que por una causa anterior tiene el tradens y el correlativo derecho personal que tiene el accipiens, motivo por el cual tiene la naturaleza jurídica de una solución o pago, sin perjuicio del efecto adquisitivo de dominio para el accipiens que la ley le atribuye.

II. El tradens debe tener la facultad de transferir el dominio. Esto implica que debe ser dueño de la cosa y debe tener plena capacidad, que comprenda la de disposición.

- a) La necesidad de que el tradens sea dueño de la cosa aparece de manifiesto en la misma definición de la tradición anteriormente transcrita, en la que se indica que la entrega debe ser hecha por el dueño de la cosa. Más adelante, el artículo 682 del Código Civil señala el efecto de una tradi-

ción efectuada por quien no es dueño de la cosa, la cual no transfiere el dominio, sino únicamente otros derechos que el tradente pudiera tener sobre la cosa entregada, como por ejemplo, un usufructo.

Al respecto, señala Ulpiano, como precedente incuestionable del artículo 682 del Código Civil:

“Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominum in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert”.¹

El mismo Ulpiano había señalado:

“Nemo plus iuris, ad alium transferre potest, quam ipse haberet”.²

El elemento y requisito de la tradición de que el tradente sea dueño de la cosa que entrega lo admite la generalidad de los tratadistas de Derecho Romano, tanto de nuestro medio como extranjeros.³

Algunos autores de Derecho Romano suelen citar ciertos casos que harían excepción al principio analizado de que el tradente debe ser dueño de la cosa que entrega para que la tradición produzca su efecto propio de transferir el dominio. Sin embargo, salvo un caso, los demás que se citan son excepciones meramente aparentes al referido principio.

Señala Fritz Schulz que si “el transmitente no era propietario de la cosa, pero actuaba con el consentimiento del dueño de ésta”, “el transmitente transfería dominio quirritario a pesar de no ser dueño de la cosa”. Lo mismo concluye para el caso de que un transmitente no propietario actuara en virtud de un derecho de garantía sobre la cosa. A partir de tales casos, estima Schulz que “la regla nemo plus iuris..., etc., es, por consiguiente, falsa en ciertos casos”.⁴

Nos parece equivocada la conclusión de Schulz. En efecto, aunque en la plenitud de sus efectos, como en nuestro Código Civil, es la representación, para el caso de que exista mandato y la confirmación o ratificación del acto inoponible al dueño, para el caso de que no exista, lo que permite que la tradición efectuada por quien no es dueño surta sus efectos en el primer caso. En cuanto al segundo, el gravamen real que el dueño ha impuesto a la cosa de su propiedad lleva precisamente envuelto

¹ *Digesto*, Libro XLI, Título I, 20. La entrega no debe ni puede transferir al que recibe nada más que lo que hay en poder del que entrega. Si, pues, uno tuvo el dominio sobre un fundo, lo transfiere al entregarlo; y si no lo tuvo, no transfiere nada al que lo recibe.

Cuerpo del Derecho Civil Romano, traducción Kriegel Hermann y Osenbrügen, por D. Idelfonso L. García del Corral. Primera parte *Digesto Tomo III*, Barcelona 1897, pág. 306.

² *Digesto*, Libro L, Título XVII, 54. Nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo tenga.

³ A modo de ejemplo véase Francisco Samper, *Derecho Romano*, Ediciones Universidad Internacional Sek, 1991, pág. 139; Eugene Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1961, pág. 267; Adolfo Sohm, *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano*, Madrid, pág. 424; J. Declareuil, *Roma y la Organización del Derecho*, 2ª edición, México, pág. 134.

⁴ *Derecho Romano Clásico*, Bosch, Barcelona, 1960, pág. 338.

el derecho del titular de la garantía real, y en ello consiste en su naturaleza de tal, de poder enajenar la cosa para pagarse con su producido. Por su parte, Juan Iglesias señala que el tradens, además de ser propietario de la cosa, puede ser "acreedor pignoraticio no pagado, cuando media pacto; el tutor del impúber, el curador del loco; el administrador o representante estable del propietario; el Fisco, el emperador y la emperatriz respecto de las cosas pertenecientes a otro, el mandatario asistido de poder especial y el filius o el servus a quien se le ha concedido la administración del peculio".⁵

De los citados casos, el único que constituye una excepción real al principio analizado es el del Fisco, el emperador y la emperatriz, cuyas enajenaciones de las cosas ajenas transferían dominio dando únicamente lugar a una acción personal indemnizatoria en favor del afectado, en contra del tradente. Los demás casos ora se explican por el efecto de la representación, ora por el de la naturaleza y contenido del derecho real de garantía.

En lo que a este último respecta, señala Pothier, citado por Claro Solar, que "en el caso de la venta de la prenda convencional se puede decir que el deudor, al dar la cosa en prenda, es reputado haber consentido en la venta que sería hecha a falta de pago" y agrega Claro Solar que "aunque en el caso de prenda judicial, o sea de bienes embargados con autoridad del juez para asegurar el pago de la deuda, según opinión de Pothier, si bien no aparece consentimiento del deudor en la tradición de los bienes a los adjudicatarios, no puede desconocerse que ese deudor al obligarse no ha podido menos que consentir que el acreedor tendría la facultad de hacer vender bienes suyos para el pago que él no hiciera, pues no ignora que la ley reconoce al acreedor derecho a la ejecución forzada de la obligación".⁶

En relación a lo anterior, el inciso 3º del artículo 671 del Código Civil establece un caso de representación legal al disponer que "en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el juez su representante legal".

- b) Para tener la facultad de transferir el dominio no es suficiente que el tradens sea dueño de la cosa que entrega; debe, además, tener capacidad de disposición, es decir, la más amplia y plena capacidad de ejercicio. El Código Civil confirma la necesidad de los dos señalados requisitos para que se cumpla con este elemento de que el tradens tenga facultad de transferir el dominio en el artículo 1575, relativo al pago, naturaleza jurídica que como se dijo tiene la tradición, cuyos dos primeros incisos disponen:

"El pago en que se debe transferir la propiedad no es válido, sino cuando el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño".

⁵ *Derecho Romano*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1972, pág. 287.

⁶ *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Vol. III de los Bienes, Edit. Jurídica de Chile, 1979, pág. 259.

“Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad, sino en cuanto el que paga tiene la facultad de enajenar”.

Agrega el inciso final del citado artículo un caso de excepción que tiene lógica justificación:

“Sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño, o no tuvo la facultad de enajenar”.

El Título VI del Libro XII del Digesto, que trata sobre la condición de lo indebidamente pagado, hace necesaria la capacidad del que paga en términos de los cuales, sin duda, recibe inspiración el transcrito artículo 1575. Dispone el N° 29 de dicho Título:

“A veces la condición de la persona da lugar a la repetición, por ejemplo, si hubiere pagado un pupilo sin la autoridad de su tutor, o un loco o un pródigo; pues no hay duda de que hay lugar a la repetición, como regla general, cuando pagan tales personas. Si subsiste el dinero, se reivindicará, pero una vez consumido, tendrá lugar la condición”.

Como se desprende del pasaje transcrito, cuando la cosa tradida por quien no tiene facultad de enajenar subsiste, se reivindicará, es decir, la tradición no produce efecto. Si no subsiste por haberse consumido, al igual como lo dispone el inciso 3° del artículo 1575 del Código Civil, la tradición transfiere el dominio.

Corroborra la necesidad de capacidad de enajenar en el tradente Juan Iglesias, al señalar que “aunque sean propietarios, no pueden enajenar: los infantes, los locos y los pródigos, como tampoco los pupilos si no cuentan con el concurso del tutor”.⁷

III. El accipiens debe ser capaz. Como acto jurídico que es la tradición, requiere del requisito de validez de la capacidad de las partes. En nuestra legislación civil podemos advertir una pequeña diferencia entre la capacidad que se requiere en el tradens y aquella que necesita el accipiens. Si resulta admisible una cierta gradación de la capacidad de ejercicio, el tradens requiere la más completa y plena capacidad de ejercicio; aquella que le permita ejercer la facultad de disposición o enajenación de sus bienes. En cambio, bien puede ser que el accipiens no tenga facultad de enajenar todos sus bienes o algunos de ellos y, sin embargo, tener la administración de los mismos. Tal capacidad es suficiente para la validez de la tradición al tenor de lo dispuesto en el artículo 1578 N° 1 del Código Civil, que declara nulo el pago hecho a un acreedor que no tiene “la administración de sus bienes”.

En Roma hubo ciertas personas que, careciendo de capacidad de goce, tenían capacidad de ejercicio, si bien no propia, para adquirir para la persona bajo cuya potestad se encontraba.

“Adquirimos para nosotros lo que adquirimos por derecho civil mediante los que se hallan bajo nuestra potestad”.⁸

⁷ Obra citada, pág. 286.

⁸ *Digesto*, Libro XLI, Título I, N° 53.

"Incluso el esclavo hurtado adquiere para quien lo compró de buena fe cuando estipula algo en los bienes de éste o recibe una cosa por tradición".⁹

IV. La entrega. Para que exista tradición debe producirse la entrega de la cosa. A este requisito se refieren diversos tratadistas de Derecho Romano por el mismo término de "entrega" de la cosa, si bien veremos que tanto en Derecho Romano como en nuestro Derecho la entrega puede revestir diversas formas.

En Roma, primitivamente la entrega debía ser real, esto es, se requería el desplazamiento efectivo de la cosa de manos del tradens al accipiens. Señala Iglesias al respecto: "La entrega tiene en la época antigua una pura expresión material; si la cosa es mueble, ha de pasar de una a otra mano; si se trata de un fundo, precisase entrar en él. Ya en la época clásica, según parece probable, se inicia una tendencia que, afianzándose luego en el Derecho postclásico y justinianeo, dará el traste con la rigidez de semejante principio".¹⁰

También Petit se refiere a la entrega como el elemento material de la tradición. "Para realizar una traslación de propiedad, según el derecho natural, el tradens tiene que entregar al accipiens la posesión de la cosa; esto es, el elemento material de la tradición".¹¹

Por su parte Sohm define la tradición como "la entrega de la posesión con ánimo de transmitir la propiedad".¹²

Alvaro D'Ors habla de la "traditio o entrega".¹³

Francisco Samper señala que "traditio quiere decir tanto como entrega material y consiste en el apoderamiento no solemne que efectúa una persona sobre un objeto entregado voluntariamente por otra".¹⁴

Schulz se refiere también a la traditio como "modo de transferir la propiedad que puede ser definida como entrega de una cosa corporal mediante la transmisión de su possessio".¹⁵

La entrega, cuando en el Derecho Romano abandona su primitiva forma de desplazamiento mano a mano de la cosa, pasa a realizarse mediante cualquier manera que signifique para el accipiens entrar en posesión de la cosa. El tradens abandona la posesión para que entre en ella el accipiens. A partir de entonces no requirió la tradición que el cambio de posesión se hiciera corporalmente visible. Pudo efectuarse "longa manu", mostrando el tradente a mano extendida el predio y sus deslindes desde un lugar adecuado o entregando el tradente al adquirente las llaves del almacén en que se encontraban las mercaderías para que pudiera entrar a tomarlas, e incluso pudo verificarse de manera ficta en los casos que los autores denominan "traditio brevi manu" y "constituto posesorio".

Tiene lugar la primera de las señaladas tradiciones fictas cuando quien tiene la cosa por un título de mera tenencia celebra con el tradente un título traslativo de dominio relativo a la misma cosa, la que, por encontrarse en su poder, no necesita que le sea entregada ni real ni simbólicamente.

⁹ *Digesto*, Libro XLI, Título I, N° 39.

¹⁰ Obra citada, pág. 286.

¹¹ Obra citada, pág. 269.

¹² Obra citada, pág. 424.

¹³ *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1986, pág. 173.

¹⁴ Obra citada, pág. 138.

¹⁵ Obra citada, pág. 336.

Tiene lugar la segunda cuando el propietario y poseedor enajena la cosa pero la retiene por un título de mera tenencia. Al mudar su verdadera posesión a una mera tenencia, junto con convertirse en un poseedor natural convierte al accipiens en poseedor ad usucapionem sin necesidad de entrega alguna.

Como explica Sohm,¹⁶ en ambos casos de traditio ficta podría estimarse que la sola manifestación de la voluntad del tradens y del accipiens sería suficiente para la transferencia del dominio. Sin embargo, ello no es así desde que al mismo tiempo que la declaración de voluntad se produce un cambio en el poder de hecho que se ejerce sobre la cosa, de tal suerte que mientras no se cambia la posesión —que es lo que constituye la entrega— no se cambia la propiedad. “El arrendatario que compra la cosa (brevi manu traditio) adquiere sobre ésta un poder distinto del que antes tenía. El vendedor que retiene la cosa en concepto de arrendatario (constitutum possessorium) ha perdido su antiguo poder sobre ella en favor de otra persona”. El principio de que el solo contrato no transfiere el dominio siendo necesaria la entrega o tradición no sufrió, por consiguiente, excepción en presencia de las denominadas tradiciones fictas.

Nuestro Derecho sigue con singular semejanza al Derecho Romano en cuanto a la significación y forma de la entrega como elemento material de la posesión. Tal semejanza se manifiesta en la forma de efectuar la tradición de las cosas corporales muebles, ya que tratándose de inmuebles nuestro Derecho contempla un régimen de registro de la propiedad raíz que no existió en Roma.

Nuestro Derecho no exige para la tradición de una cosa corporal mueble que la entrega sea real, entendiéndose por ésta, como se dijo, el desplazamiento efectivo de la cosa de manos del tradens a las del accipiens. Es más, no estando excluida la entrega real ella, sin embargo, no aparece mencionada ni en las distintas formas específicas de entrega que enuncia el artículo 684 del Código Civil ni en la forma en que la concibe el inciso 1º de dicho artículo, que es del tenor siguiente:

“La tradición de una cosa corporal mueble deberá hacerse *significando* una de las partes a la otra que le transfiera el dominio y *figurando* esta transferencia por uno de los medios siguientes”.

Como puede apreciarse, no es menester que la entrega sea real, es suficiente con que se “signifique” la transferencia del dominio, la que se deducirá de cualquiera de los actos que enseguida enuncia la disposición, todos los cuales implican, como en el Derecho Romano, una figuración de abandono de la cosa por parte del tradens para que pueda entrar en posesión de ella el accipiens. Veamos:

“1. Permitiéndole la aprensión material de una cosa presente”.

A propósito de este medio, viene al caso lo que escribe Alvaro D'Ors: “la entrega del tradens consiste propiamente en dejar que el accipiente tome posesión de la cosa y puede ser, por lo tanto, puramente pasiva”.¹⁷

¹⁶ Obra citada, págs. 425 y 426.

¹⁷ Obra citada, pág. 173.

“2. Mostrándosela”.

De esta manera el tradens figura su intención de desprenderse de la cosa en favor del accipiens, tal cual operaba la traditio longa manu.

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

Por este medio se entrega no la cosa misma sino algo que la representa, motivo por el cual suele llamarse a esta forma tradición-simbólica, de la que señalaba Papiniano:

“Entregadas las llaves, se considera entregada la posesión de las mercancías guardadas en los almacenes, de este modo, si las llaves hubieren sido entregadas a la vista de los almacenes; hecho lo cual, al punto adquiere el comprador el dominio y la posesión, aunque no hubiere abierto los almacenes; pero si las mercancías no fueran del vendedor, comenzará desde luego la usucapión”.¹⁸

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

En esta forma de entrega, ella se verifica por anticipación, ya que aún antes de efectuarse la entrega real se tiene por efectuada la tradición. Ello, por cuanto el tradens, al obligarse a poner la cosa a disposición del accipiens abandona el “animus” de su posesión, con lo cual la pierde pasando al accipiens.

En cuanto al corpus, lo continúa detentando el tradens, pero en lugar y a nombre del accipiens, quien se convierte así en verdadero poseedor, verificándose así la remisión de la posesión y consiguiente entrega de la cosa.

“5. 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 traslaticio de dominio; y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc.”.

Se trata de la traditio brevi manu y del constituto posesorio del Derecho Romano.

V. Otro elemento o requisito indispensable de la tradición es la intención tanto del tradens de transferir el dominio de la cosa, como del accipiens de adquirirlo. Para que haya tradición no basta una entrega realizada voluntariamente por un dueño capaz de enajenar a otra persona capaz de adquirir. La entrega puede obedecer a muy diversas causas, de las cuales sólo aquellas que evidencian una intención de transferir y de adquirir son aptas para que la tradición produzca su efecto propio.

Se requiere, por consiguiente, la existencia de un título traslaticio de dominio que preceda a la tradición y del cual nazca para el tradens la obligación de abandonar toda potestad de derecho y de hecho sobre la cosa en favor del accipiens.

Nuestro Código Civil define a los títulos traslativos de dominio en el artículo 703 inciso 3º como causa que legitima la posesión, señalando que son “los

¹⁸ *Digesto*, Libro XVIII, Título I, Nº 74.

que por su naturaleza sirven para transferirlo”. Esta definición, en su brevedad, aclara con precisión y acierto lo que es un título traslativo de dominio. En efecto, la naturaleza de un título, como sinónimo de acto jurídico y, específicamente, de contrato, está constituida por los derechos y obligaciones que de él emanan y que son los efectos que produce. Pues bien, cuando el examen de dichos derechos y obligaciones evidencian por una parte, como en la compraventa, la intención de transferir el dominio y por la otra, la de adquirirlo, ya que no es dable suponer que quien se desprende de una cosa a cambio de su precio pretenda continuar como dueño y quien paga por ella acepte una calidad distinta que la de dueño, se cumple con el requisito intencional subjetivo de la tradición que la entrega como acto material no revela por sí sola y por ello se dice que el título “sirve” para transferir el dominio. No transfiere el dominio, por cuanto en nuestro Derecho como en el Romano los contratos por sí solos no transfieren el dominio, pero son adecuados para conducir a la posterior adquisición del dominio por tradición cuando anticipan la existencia del elemento intencional de la misma, sirviendo, entonces, para un efecto adquisitivo de dominio.

En consonancia con la inclusión del elemento intencional de la tradición en la definición del artículo 670 del Código Civil, el artículo 675 exige para la validez de la tradición “un título traslativo de dominio como el de venta, permuta, donación, etc.”. Agrega esta última disposición que “se requiere además que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere”.

En el Derecho Romano fue necesaria para la validez de la tradición, tal como en nuestro Derecho, la existencia de un título traslativo de dominio revelador de la intención de transferir y de adquirir el dominio, que sirviera de causa a la tradición para hacerla producir su efecto propio de transferir el dominio. Sin embargo, no en todos los casos fue necesario que, como en nuestro Derecho, el título, además de existir, fuese válido. Es así como se habla de una “iusta causa traditionis”. Ella debía constituir un título traslativo de dominio siendo justa con tal que existiera tal clase de título, aun cuando adoleciera de algún vicio que lo convirtiera en anulable. Lo “justo” se toma entonces no en sentido de justicia, sino como aquel elemento que calza o cabe justamente en el recipiente llamado a incorporar tal elemento en su contenido. Así como un clavo de una pulgada no calza justo en un agujero de dos pulgadas, si no existía un título traslativo de dominio, por nulo que pudiese ser, no se cumplía la “iusta causa traditionis”.

La necesidad de la existencia de una causa que justifique la tradición nos la enseña el siguiente pasaje del Digesto:

“La simple entrega no transfiere sin más la propiedad, sino tan sólo cuando haya precedido una venta u otra causa que justifique la tradición”.¹⁹

La circunstancia de que se tratara únicamente de un título aparente o nulo, en la medida que fuese de aquellos que sirven para transferir el dominio, no impedía en Roma que la tradición produjese sus efectos, como lo demuestra el siguiente párrafo del Digesto:

¹⁹ *Digesto*, Libro XLI, Título I, Nº 31.

“Cuando estamos de acuerdo en la cosa misma objeto de la entrega, pero no en la causa de la tradición, no veo por qué no ha de valer la tradición; por ejemplo, si yo me creo que debo entregarte un fundo a causa de un legado y tú crees que te lo debo por estipulación; porque también si yo te doy una cantidad de dinero en donación y tú la recibes como prestada, consta que se transfiere la propiedad y que no lo impide el que no estemos de acuerdo respecto de la causa de dar y de recibir”.²⁰

El párrafo transcrito puede asimilarse a un error “in negotio”, es decir, en la naturaleza del acto que se ejecuta o celebra, que en estricta técnica jurídica da lugar a la inexistencia del acto por falta de consentimiento al no ser la aceptación congruente con la oferta, y que, en todo caso, conduce a la privación de efectos del acto. Sin embargo en Roma, como ambos títulos, sea venta, sea mutuo, eran traslaticios de dominio y reveladores de la intención de transferir y de adquirir, eran adecuados para la transferencia del dominio, existiendo “iusta causa traditionis”, y la tradición producía su efecto propio, con independencia de la validez o aparente existencia del o de los títulos.

En nuestro Derecho, en cambio, como se dijo, se requiere la real existencia y validez del título. Por ello, en idéntico caso al del párrafo transcrito, prescribe el artículo 677 del Código Civil:

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

Como en Roma, según se ha visto, el título traslativo de dominio aparente o inválido servía de iusta causa traditionis para que la tradición subsiguiente transfiriera el dominio, al quedar el tradens desprovisto de acción reivindicatoria por la traslación efectiva de la propiedad de la cosa entregada, fue necesario dotarlo de un recurso judicial con fundamento en el enriquecimiento injusto o sin causa y tal fue la conditio.

Así nos lo enseñan los siguientes párrafos:

“Lo indebido que se pagar por error debe repetirse en sí mismo o en su valor”.²¹

“Tiene lugar la condición cuando un pago por error se hace por cualquier causa que fue inválida de derecho (nula) o no tuvo efecto” (inexistente o aparente).²²

Pueden citarse algunos otros ejemplos demostrativos de lo anterior que esta vez tomaremos de Eugène Petit:²³

²⁰ *Digesto*, Libro XLI, Título I, Nº 36.

²¹ *Digesto*, Libro 12, Título VI, Nº 7.

²² *Digesto*, Libro 12, Título VI, Nº 54.

²³ Obra citada, págs. 267 y 268.

“La propiedad resulta transferida aunque la tradición haya sido hecha en virtud de alguna causa falsa o ilícita. Veamos ejemplos:

- a) Ticio erróneamente cree ser deudor de Sempronio, quien por su parte se cree acreedor; entonces le hace tradición del objeto que cree deber, para pagar esta deuda imaginaria, y aunque la tradición está hecha sin causa, sin embargo Sempronio se hace propietario; prueba de ello es que Ticio tiene contra él no la rei vindicatio, sino solamente una acción personal, la *condictio indebiti*, para obtener una retraslación de propiedad en su beneficio.
- b) Ticio hace traición de una *res nec mancipi* a Sempronio, a título de dádiva, para impedir que cometiera un crimen. La causa, desde luego, es ilícita, pero sin embargo hay traslación de propiedad. Ticio, para hacerse devolver lo que ha entregado, no tiene más que una acción personal, la *condictio ob turpem causam*.
- c) Por último, puede ocurrir que las partes no estén de acuerdo sobre la causa de la tradición; por ejemplo, el tradens entrega una suma de dinero al accipiens para hacerle una donación, y éste cree recibir en préstamo. No hay ni donación ni préstamo, puesto que no están conformes las voluntades sobre este punto; pero el disentimiento sobre la causa no ha impedido de entenderse a las partes para que hubiese traslado de propiedad; en este caso la tradición produce su efecto”.

Alvaro D'Ors también se pone en el caso de la divergencia de causas en el tradens y el accipiens y al respecto señala:

“Las justas causas de la tradición son causas típicas y no una única, que sería el convenio abstracto de transmitir la propiedad. El hecho de que la divergencia de las causas previstas por el tradens y el accipiens pueda no impedir el efecto adquisitivo, no quiere decir que lo decisivo sea el momento común de querer el efecto traslativo: es mera coincidencia a ese efecto de dos causas cualificadamente distintas”.²⁴

Por su parte, Declareuil comenta lo siguiente sobre esta materia:

“La intención de las partes, que se unía a la traditio física para darle un sentido, es calificada por algunos romanistas modernos de *iusta causa*. Era la voluntad especial y recíproca de enajenar y adquirir. Si realmente había intervenido en la entrega del corpus, cualquiera que fuera el motivo, la enajenación quedaba consumada. Esa era, efectivamente, la solución romana; pero los textos romanos no califican esa voluntad especial y recíproca de *iusta causa*. La *iusta causa* era para ellos el acto previo, venta, donación, legado, etc., que motivaba y explicaba la voluntad de las partes en la transferencia. Existiera o no la *iusta causa*, esa voluntad, aún equivocada, bastaba para realizar aquella. Pero, a falta de ella, el enajenante que había entregado la cosa quedaba provisto contra el adquirente de una *condictio indebiti* o *sine causa*, medio de procedimiento para hacerle restituir la propiedad que sin motivo o por error había abandonado. Continuación del antiguo formalismo, esa doctrina tenía la ventaja de dar una gran seguridad a las transacciones: la *condictio*, acción personal contra el adquirente, no podía afectar a los subadquirentes ni de la cosa ni de los derechos reales sobre esa cosa”.²⁵

²⁴ Obra citada, pág. 71.

²⁵ Obra citada, pág. 135.

En relación con el comentario de Declareuil relativo a la situación en Roma de los terceros adquirentes, en nuestro Derecho la nulidad del título acarrea también la nulidad de la tradición, motivo por el cual, con arreglo a la norma general del artículo 1689 del Código Civil, el enajenante tiene la acción reivindicatoria contra los terceros poseedores.

También Schulz confirma que en Roma el título aparente o nulo servía para que la tradición transfiera el dominio. Al respecto señala:

“Se daba dotis causa cuando las partes convenían que la cosa fuese dada dotis causa, no se requería en cambio, que el matrimonio se celebrase realmente. Se daba solutionis causa si las partes acordaban que la cosa fuese dada solutionis causa, pero no se exigía en cambio que la deuda existiese realmente. Venditionis causa se daba, si las partes convenían que se diese la cosa venditionis causa, pero no se requería en tal caso la existencia de un contrato válido de compraventa”.²⁶

Merece un tratamiento especial la situación del error in corpore que pueda afectar al título traslativo de dominio. Como se sabe (artículo 1453 del Código Civil) el error in corpore es que el recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada y el comprador entendiese comprar otra. En tal situación, en estricta técnica jurídica el contrato es inexistente por falta de consentimiento al no haberse producido congruencia entre la oferta y la aceptación. En todo caso, tal contrato o no produce efecto por inexistente o puede verse privado de los que produzca, para los que no aceptan la inexistencia, en razón de la nulidad.

En Roma, un título viciado de error in corpore no debiera impedir, de acuerdo a lo visto, que la tradición produzca sus efectos. Sin embargo, la existencia de un tal error en el título hace imposible que no se padezca del mismo también en el acto jurídico de la tradición, ya que ésta versará sobre cosa distinta para el tradens y el accipiens, motivo por el cual la tradición no produce efecto.

Así se desprende, por lo demás, del citado N° 36 del Libro XLI, Título I del Digesto, el cual, antes de señalar que el error in negotio no impide la tradición, deja a salvo la necesidad de acuerdo sobre la cosa al prescribir: “Cuando estamos de acuerdo en la cosa misma objeto de la entrega, pero no en la causa de la tradición, no veo por qué no ha de valer la tradición...” Bien se ve que para la validez de la tradición, si bien no importa la existencia de error en la causa o título de ella, se requiere que no exista error in corpore.

En comparación con el Derecho Romano, de acuerdo a nuestro Derecho, según el artículo 676 del Código Civil “se requiere también para la validez de la tradición que no se padezca error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse, o de la persona a quien se le hace la entrega, ni en cuanto al título”.

Ya se vio antes que, en lo que respecta al título, en nuestro Derecho éste debe ser válido tanto en sí mismo como respecto a la persona a quien se confiere.

Para terminar el análisis comparativo que brevemente hemos pretendido realizar entre la tradición en Roma y en nuestro Derecho, habiendo ya analizado los elementos de este modo de adquirir, corresponde también tratar algo sobre sus efectos.

El efecto propio de la tradición tanto en Roma como en nuestro Derecho es la transferencia del dominio cuando se cumplen sus requisitos y, en caso contra-

²⁶ Obra citada, pág. 336.

rio, como cuando el tradens no es dueño o no tiene facultad de enajenar, la tradición convierte al accipiens en poseedor, quien podrá adquirir dominio por usucapión si se cumplen los requisitos de este otro modo de adquirir el dominio.

Desde Justiniano, quien suprimió la diferencia entre las cosas *mancipi* y *nec mancipi*, entre los fundos itálicos y los provinciales y entre la propiedad *quiritaria* y *bonitaria*, no hay excepciones al efecto anteriormente señalado.

Sin embargo, antes de las referidas aboliciones el efecto de la tradición era distinto según se tratase de una cosa *mancipi* o *nec mancipi*.

Tratándose de una cosa *nec mancipi* no había inconveniente en la producción del efecto adquisitivo de la tradición, convirtiéndose el accipiens que gozara de *ius commercium* en propietario *quiritario* y quedando quien no tenía derecho ciudadano, protegido por la propiedad peregrina.

"En la época clásica la tradición de un *res nec mancipi* transfiere inmediatamente la propiedad plena y entera al accipiens".²⁷

"Pues las cosas no emancipables se enajenan por simple entrega, si no obstante son corporales y pueden de este hecho ser entregadas".²⁸

"En la época clásica la traditio fue el acto adecuado para transmitir la propiedad *quiritaria* de las *res nec mancipi*".²⁹

"La traditio o entrega es el modo más ordinario de adquirir la propiedad. Es también un modo que se consideró de *ius gentium*, pero sirve para adquirir la propiedad civil de las *res nec mancipi* y la *bonitaria* de la *res mancipi* siempre en la medida en que el tradens sea propietario, pues es un modo derivativo".³⁰

Tratándose de una cosa *mancipi* y la tradición no transfiere al accipiens el dominio, que se conserva en el tradens. Este tiene, en consecuencia, acción reivindicatoria para recuperar la cosa. Esta situación, altamente injusta si se considera que el tradens entregó la cosa en virtud de un título que en sí mismo es revelador de la intención de transferir y de adquirir, fue remediada por el Derecho Honorario o Pretoriano.

En efecto, se consideró que la cosa quedaba *in bonis* en poder del accipiens. Es decir, entre sus bienes y bajo su posesión. Surge así la consideración de una propiedad paralela a la *quiritaria*, llamada *bonitaria*, protegida por excepciones para retener la cosa y por acciones para recuperarla.

Entre las primeras cabe citar la *exceptio rei venditae e traditae*³¹ que le permite al que compró una cosa *mancipi* que le fue entregada por tal causa enervar la acción reivindicatoria del tradens y conservar la posesión de la cosa. Y si el accipiens es despojado de la posesión de la cosa, además de la protección posesoria contó con una acción real, similar a la reivindicatoria, basada en la ficción de la usucapión cumplida, que se denominó acción *Publiciana*, con cuyo nombre en doctrina se aplica en nuestro Derecho en favor del poseedor regular de la cosa que se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción (artículo 894 del Código Civil). Esta acción, sin embargo, tanto en Roma como en nuestro Derecho no procede contra el dueño ni contra quien posee con igual o mejor

²⁷ Petit, obra citada, pág. 270.

²⁸ Gayo II, N° 19. *Instituciones Jurídicas*, versión de Javier Núñez de Prado, Barcelona, 1965 pág. 43.

²⁹ Schulz, obra citada, pág. 336.

³⁰ D'Ors, obra citada, pág. 173.

³¹ *Digesto*, Libro XXI, Título III.

derecho. Sin embargo en Roma, si el propietario quiritarario que vendió y entregó la cosa recupera su posesión, el accipiens puede deducir con éxito en su contra la acción publiciana ya que, a la exceptio iusti domini del propietario quiritarario podría oponerle una replicatio rei venditae et traditae o doli.³²

Continuando con el análisis de los efectos de la tradición, vimos que cuando el tradens no es dueño no se transfiere el dominio. Sin embargo, si el tradens adquiere después el dominio, de conformidad con el artículo 682 inciso 2º del Código Civil, "se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición". Este mismo efecto se producía en Roma ya que si el tradente de cosa ajena que posteriormente adquiere el dominio de ella pretendiese reivindicarla del accipiens, podía ser repelido con la exceptio rei venditae et traditae".³³

En nuestro Derecho, cuando se vende una cosa, la tradición de la misma transfiere el dominio de la cosa aun cuando no se haya todavía pagado el precio. En Roma, en cambio, como no se conocía la condición resolutoria tácita que permitiría al vendedor reivindicar la cosa luego de la resolución de la venta por incumplimiento de la obligación de pagar el precio, el tradente conservaba el dominio de la cosa hasta el pago del precio. Sólo se produce inmediatamente, en Roma, la traslación del dominio por una tradición que sigue a una venta cuando el vendedor deposita su confianza en el comprador, lo que resulta de una disposición expresa en tal sentido o se desprende del otorgamiento de plazo para el pago del precio.

Con respecto a esta materia, nuestro Derecho se pone en el caso de que el vendedor se reserve el dominio hasta el pago, existiendo al respecto dos disposiciones contradictorias.

Una de ellas, la del inciso 2º del artículo 680 del Código Civil, dispone: "Verificada la entregada por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago".

Por su parte, dispone el artículo 1874 del mismo Código: "La cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo precedente (exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios); y pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso, las enajenaciones que hubiere hecho de la cosa o los derechos que hubiere consuetudado sobre ella en el tiempo intermedio".

La oposición que existe entre ambos preceptos es irreductible. Ni siquiera permite resolverla la regla de hermenéutica legal de que la disposición especial prima sobre la general, ya que ambas normas se refieren a los efectos de la compraventa y de la tradición que la sigue.

En nuestra opinión, debe primar el artículo 1874 y la inclusión en el Título de la tradición del inciso 2º del artículo 680 ha de deberse a que, siguiendo don Andrés Bello tan de cerca al Derecho Romano en esta materia, olvidó omitir el comentario de Ulpiano sobre la exceptio rei venditae et traditae, según el cual: "Si por mi mandato hubiere alguien vendido una cosa mía, al vindicar yo la cosa

³² Iglesias, obra citada, pág. 253.

³³ *Digesto*, Libro XXI, Título III, Nº 1.

venta me perjudicaría esta excepción, si no se probara que yo mandé que no fuera entregada antes que se pague el precio".³⁴

Al terminar estas reflexiones sobre la tradición parece oportuno enfatizar, una vez más, la semejanza estructural que ella tuvo en Roma y en nuestro Derecho, lo que hace no sólo posible sino recomendable que su enseñanza en el curso de Derecho Romano del primer año de la Carrera de Derecho se oriente a la tradición del Código Civil, respetando naturalmente las diferencias que surgen de las peculiares características de la organización de la propiedad en Roma. En esta materia, como en muchas otras del Derecho Romano, se cuenta con espléndidas oportunidades para preparar a los alumnos para sus futuros estudios de Derecho Civil, el que podrá apreciarse después con una perspectiva histórica y comprenderse mejor.

³⁴ *Digesto*, Libro XXI, Título III, N° 1.2.