

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TRADICIÓN: ¿ACTO O HECHO JURÍDICO?*

María de los Angeles Soza Ried

Profesora de Derecho Romano
Universidad de los Andes

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo partió del análisis del art. 670 del Código Civil, en el cual se observa un elemento que resulta curioso si se considera que nuestro legislador se inspiró, para regular la transferencia de la propiedad, en el sistema causado de traspaso dominical.

En la primera parte de la exposición, además de una breve explicación respecto de los distintos sistemas de transferencia de propiedad, se hace una relación de las fuentes en que se basó Bello para definir la tradición de la manera en que quedó estampada en el Código (art. 670 del Código Civil). En relación con una de ellas, representada por la obra de Pothier, se destaca que ya existía, en la época de los juristas bizantinos –s.VI-XI d.C.– una tendencia a reafirmar el ánimo de transferir y de adquirir por encima de la causa o título específico de la adquisición, la cual daba a la tradición la apariencia de un acto autónomo.

En la segunda parte del trabajo se analiza la tradición chilena desde el punto de vista de la teoría del acto jurídico, y se intenta definir su naturaleza jurídica sobre la base de las disposiciones que la regulan, consideradas en su conjunto. Con el propósito de ilustrar las posibles consecuencias prácticas que pueden derivarse de colocar la tradición en una u otra categoría doctrinal, se analiza un fallo en el que se ven reflejadas las diferencias de interpretación de la normativa referida a la tradición.

PRIMERA PARTE

Según sabemos, en el derecho chileno el mecanismo de transferencia basado en el título y modo, de extracción romanística, dejando de lado los diversos cuestionamientos particulares acerca de la vigencia concreta del principio, en general, sigue vigente¹. Aunque los romanos no elaboraron la referida teoría– lo harían más tarde una serie de juristas medievales y modernos– sí se hallan en el Derecho Romano las bases textuales y sustantivas como para sostener la estructura bidimensional de adquisición de la propiedad².

* Este trabajo ha sido preparado en el contexto del proyecto de investigación *La tradición inmobiliaria en el Derecho Romano posclásico: historia y antecedentes del sistema registral de transferencia*, auspiciado por Proyecto Fondecyt 1010149, año 2001.

¹ No entraremos aquí, por exceder de las pretensiones de este trabajo, en las abundantes críticas de que ha sido blanco esta doctrina, muchas de las cuales son bastante razonables, ya que, un afán desmedido de encajar todas las categorías jurídicas de adquisición de derechos en la referida teoría, ha llevado a discusiones teóricas interminables.

² Suelen citarse a este respecto las siguientes fuentes: D.41,1,31: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*, y una constitución imperial del año 293 d.C., atribuida a Diocleciano, Maximiano y Constancio, C.2,3,20: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*, que exigen un modo de adquirir, ya que la propiedad no se transfiere por el mero consentimiento.

En este sentido, nuestro derecho se diferencia del esquema francés así como del alemán, aunque ambos se hubiesen regido originariamente por el sistema tradicional de adquisición (título y modo). En el caso del derecho francés, el cambio ocurrió recién en época de la Escuela Iusnaturalista, merced a la cual se introdujo la idea de que un concepto espiritual como el dominio, no necesita de un elemento físico de traspaso como lo es la tradición, de modo que la propiedad se transfiere en virtud del mismo contrato³. En el derecho alemán, en cambio, se desarrolla el concepto de acuerdo real abstracto, en que no es relevante el acto causal en sí mismo, sino el convenio mismo de la entrega, de modo que, aunque dicho elemento causal falte por inexistencia o invalidez, hay transmisión por el solo efecto de dicho convenio, completado por la inscripción cuando se trata de inmuebles. Observamos, en consecuencia, que, aunque el título es importante, de alguna forma está incorporado en el modo⁴.

Para comprender mejor las cosas, y, a efectos de comparar estos sistemas con el nuestro, nos parece fundamental determinar el momento en que se exige y acentúa el elemento volitivo en unos y en otros sistemas. En el esquema francés de transferencia, el título de la adquisición es lo determinante, de modo que la voluntad de transferir es relevante para la adquisición de la propiedad únicamente en este momento; la entrega constituye un mero hecho posesorio, sin significado dominical. En el sistema alemán el momento volitivo es aquel del traspaso mismo, apoyado en el acuerdo real abstracto, no pudiendo distinguirse esa voluntad, de la causa típica del negocio que motivó la transferencia, que, en último término, no es relevante.

Según nuestro sistema de transferencia que sigue el esquema romano, la voluntad del acto de traspaso debe remitirse a la voluntad típica de la causa o título: es allí donde se encuentra el fundamento jurídico de la transferencia, siendo la entrega misma tan solo un acto dirigido a operar un cambio posesorio. Así lo explica De Francisci⁵, para quien, al menos en los negocios no formales, la voluntad (de la entrega) está dirigida a un efecto económico, empírico o de hecho, y no a un efecto jurídico.

Por otra parte, una tendencia fuerte y casi unánime en la romanística afirma que en los actos adquisitivos de la propiedad de la época clásica la traslación del dominio no se producía en virtud de una "transferencia", sino más bien como consecuencia de una renuncia del actual propietario, la cual tiene su base y fundamento jurídico en la justa causa. De este modo, la tradición no es más que un acto de transmisión de la posesión, que además tiene para el *accipiens* (adquirente) efectos adquisitivos del dominio, precisamente porque el *tradens* (tradente) ha renunciado a su dominio y el *accipiens* ha afirmado su voluntad de ser dueño a través de la justa causa.

Habiendo clarificado estas cuestiones, veamos qué podemos decir de la *traditio* como acto voluntario en nuestro esquema de traspaso de la propiedad, inspirado en el título y el modo. A nuestro juicio, en un sistema causado como el que inspira nuestra legislación, la voluntad debe referirse al acto o convención que justifica la transferencia, y no al acto material de la entrega. No parece necesario, entonces, exigir, como requisito adicional, un ánimo de transferir y de adquirir independiente; si así fuera, sería innecesaria la *iusta causa* o título traslativo-adquisitivo de dominio.

Para entender lo que ha pasado en la normativa chilena relacionada con la tradición, debemos leer el art. 670, inc. 1º de nuestro Código Civil que dice que "la tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e *intención* de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e *intención* de adquirirlo". La exigencia del *animus transferendi* y *adquirendi*

³ Código Civil francés: art. 1138 y 1583, relativos a los contratos. La existencia de este sistema de transferencia se observa claramente también en la regulación relativa a la transferencia de la propiedad: art. 609 del Código Civil: "La propiedad se adquiere por efecto de ciertos convenios...".

⁴ *Vid.* art. 925 del BGB donde se distingue entre la transferencia de bienes muebles e inmuebles; aunque en ambos se exige el acuerdo abstracto de transmisión, en el caso de los inmuebles se exige la inscripción del acto en el Registro de Propiedad.

⁵ DE FRANCISCI, *Il trasferimento de la proprietà, Storia e critica de una dottrina* (Padua 1924) pp. 139 ss.

dominii, que cualifica el acto de la entrega es patente: sin este elemento parece que la tradición no opera su función natural de transferir el dominio. Sin embargo, al exigirse la justa causa (título traslativo de dominio), en la que se da *per se* el elemento volitivo⁶, es innecesario que se exija nuevamente en el acto de la tradición. Esta incongruencia ha sido percibida con singular agudeza por Guzmán⁷, quien observa la confusión que los términos de este artículo pueden suscitar al analizar la normativa de la tradición chilena en su conjunto. El detalle de esta opinión, así como otras cuestiones relacionadas con la interpretación de los artículos relativos a la tradición será materia de comentarios que se harán más abajo.

A nuestro modo de ver, la intención de transferir y de adquirir debe entenderse como referida al título —en el que se manifiesta sustancialmente dicha voluntad— y no a la tradición, que, en el proceso adquisitivo, cumple la función de modo.

Podría pensarse que Bello tomó esta disposición de los antecedentes romanos, que ciertamente manejaba con bastante erudición. Sin embargo, y, a la luz de numerosas fuentes clásicas, observamos que los juristas antiguos se interesaban preferentemente por la causa objetiva y típica (título) que permitía el resultado adquisitivo, de modo que la tradición se exigía, en realidad, para efectuar el traspaso posesorio. Por cierto que este traspaso solía incluir, al mismo tiempo, la adquisición del dominio, pero ocurría así precisamente porque existía una causa que lo permitía. Habría que pensar, entonces, en otro tipo de influencias asumidas por el legislador, para lo que nos remitimos, en primer lugar, a las notas de Bello en relación con las fuentes utilizadas. En el Proyecto de 1853, en que el art. comentado figuraba con el número 806, el legislador se refiere a la *Partida 3ª* (L.46, tít. 28)⁸; en el Proyecto Inédito, en cambio, dice basarse en Pothier⁹ (*Tratado de la Propiedad*).¹⁰ Por otra parte, en ninguno de los proyectos previos se menciona la facultad y la capacidad como requisitos de la transferencia¹¹.

Con todo, el hecho de que no aparezcan citados más textos en los proyectos mencionados, no significa necesariamente que Bello hubiese descartado el acceso a otras fuentes bibliográficas que pusiesen acento en el elemento subjetivo de la voluntad común de transferir y adquirir¹².

Según señala Hanisch¹³, la primera parte de la definición de la tradición, Bello la toma de sus propias *Instituciones de Derecho Romano*¹⁴. En la segunda parte, en cambio, se advierte la presencia de una doctrina desconocida para los clásicos: el ánimo o intención de transferir y de adquirir el dominio. En la *Partida 3*, como se verá a continuación, no se halla mención de este concepto:

⁶ Artículo 675, inc. 1º del Código Civil: “para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.”

⁷ GUZMÁN, *Contribución a la crítica del dogma de la voluntad como fuente de efectos jurídicos*, en *Contratos*, coord. Enrique Barros (Santiago 1991) 251 ss. y *Derecho Privado Romano*, tomo I (Santiago 1996) pp. 581-584.

⁸ Véase BELLO, *Obras Completas* (1888), t. XII, p. 181.

⁹ Véase BELLO, *Obras Completas* (1888), t. XIII, p. 174.

¹⁰ En el Proyecto Inédito se amplía la extensión de la tradición, que puede referirse también a las cosas incorporales. No nos detendremos en este punto, que no será analizado en este trabajo.

¹¹ Esto podría dar pie para pensar que la redacción definitiva del artículo pretendía darle a la tradición la categoría de un verdadero acto jurídico; en efecto, así ha sucedido con parte de la doctrina nacional, particularmente la que se desarrolla inmediatamente a continuación de la entrada en vigencia del Código Civil, así como la de principios del siglo XX. *Vid.*, a modo ejemplar, BARROS ERRÁZURIZ, *Derecho Civil* (Santiago 1904), p. 339. Sin embargo, el resto de los artículos relativos a la tradición, que se comentarán a lo largo de este trabajo, hacen discutible que así sea, según se detallará *infra*.

¹² Para un elenco de los libros de Derecho Romano que se encontraban en la biblioteca del jurista en la época en que compuso sus *Instituciones de Derecho Romano*, puede verse HANISCH, *Andrés Bello y su obra en el Derecho Romano* (Santiago, 1983) pp. 217 ss. El listado completo de los libros que formaban parte de su biblioteca puede encontrarse en la Biblioteca Central de la Universidad de Chile y en la Biblioteca Nacional.

¹³ HANISCH, *Andrés Bello cit.*, p. 102.

¹⁴ Esta obra fue publicada como anónima en 1843, pero se sabe que fue revisada por Bello, de modo que se le atribuye a él su autoría. Se dice en ella (hemos consultado la 3ª edición, que data de 1878), p. 58: “Pasamos ahora a la tradición, que es un modo de adquirir, por el cual el dominio de una cosa pasa de una persona a otra, siendo entregada por la primera y aprehendida por la segunda”.

Partida 3ª, ley 46, tít.28: Apoderan los homes unos á otros en sus cosas vendiéndogelas, o dándogelas en dote ó en otra manera, ó camióndogelas ó por alguna otra razón derecha. Et por ende decimos que por tal apoderamiento como este que faga un home á otro en alguna su cosa, ó que lo faga otro alguno por su mandado, que pasa el señorío de la cosa á aquel que apoderan della...

Pothier¹⁵, en cambio, sí habla de la voluntad de transferir y la voluntad de adquirir, que apoya en un texto del Digesto (D.44,7,55-Iavol. XII *Epist.*), que también transcribimos, donde resalta especialmente dicho ánimo, en desmedro de las justas causas o títulos. Es más, Pothier se pronuncia por la validez de la tradición incluso cuando ella se basa en un título putativo, lo cual pone aun más de manifiesto el protagonismo de este elemento frente al carácter objetivo del título.

D.44.7.55-Iavol.XII *Epist.*: *In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.*

D.44.7.55-Javoleno; Epístolas, libro XII: En todos los negocios, que transfieren el dominio, es necesario que concurra el afecto de ambas partes contratantes; porque si ya hubo venta, ya si donación, o conducción, u otra cualquier causa de contratar, no se puede llevar a efecto lo que se comenzó, si no consintiera el ánimo de una y otra parte.

En el texto de Javoleno es relevante la existencia de un *affectus* (ánimo) de cada uno de los contratantes (*ex utraque parte contrahentium*), siendo menos determinante cuál sea la causa típica que está en la base de ese *animus*. Especialmente en esta parte del texto parece basarse Pothier para afirmar que lo importante no es la causa, sino el hecho de existir un ánimo común en el que las partes hayan consentido (*animus utriusque consentit*).

Por lo que se refiere al origen histórico de esta tendencia a destacar el ánimo o intención de transferir y de adquirir el dominio (*animus transferendi et accipiendi domini*), por encima de la causa específica de la adquisición, que es, por otra parte, el fundamento remoto de la doctrina de la *traditio* como acto abstracto. En este tema han incursionado, entre otros, el profesor Miquel¹⁶. El autor hace un análisis de los textos romanos que, en conjunto, y, sucesivamente, habrían servido de antecedente a una posterior teoría de la tradición que concentra la fuerza adquisitiva en la voluntad de las partes más que en elementos objetivos relativos a la causa¹⁷. De todos modos, el desarrollo posterior de estas ideas en torno a la

¹⁵ POTHIER, *Traité du Droit de Domaine de propriété § IV* "Du consentement des parties, nécessaire pour que la tradition transfère la propriété", § 231 ss. Debe advertirse que el parágrafo que cita Bello en el art. 806 del Proy. Inédito es el § 194, que se refiere a la tradición tan solo desde un punto de vista posesorio, es decir, como modo de traspasar a otro la posesión de una cosa: *Traditio es possessionis datio*. Pensamos que Bello habría citado este § para apoyar parte de la definición, la que se refiere precisamente al traslado posesorio. En otras palabras, desde el punto de vista posesorio, claramente pudo Bello apoyarse en el referido §. Pero es patente que nuestro codificador quiso en este artículo dar un concepto de tradición que abarcara sus aspectos más relevantes, es decir, no parece haberse restringido tan solo al aspecto posesorio de la tradición. Para fundamentar el resto de las ideas contenidas en el artículo, entonces, debió haberse inspirado en otros §§ de la obra de Pothier, lo cual se comprueba incluso observando la expresión de "intención de transferir y de adquirir" que ciertamente parece relevante en la obra de Pothier. Por último, son abundantes las citas de Bello a la obra del autor que comentamos, las que se refieren a los distintos §§, es decir, no solo a los relacionados con la tradición desde el punto de vista de la traslación posesoria.

¹⁶ MIQUEL, *La doctrina de la causa de la tradición en los juristas bizantinos*, en *AHDE*, 31(1961) 515 ss.

¹⁷ Entre los textos que menciona Miquel destaca el de la Paráfrasis de Teófilo, en que desaparece toda mención a la *iusta causa*, y, en su lugar, figura la intención de transferir la propiedad en el tradente. Lo interesante es, pues, que, por primera vez en la historia del pensamiento jurídico relativo a esta materia, se observa la *voluntas rem transferendi* como un requisito independiente: lo que en los textos anteriores era una simple explicación, a modo ejemplar, aquí se erige en requisito autónomo. La sustantivación de esta *voluntas* es, según continúa MIQUEL, *La doctrina* cit., en *AHDE*, cit., 520, el paso decisivo que permitirá configurar el dogma de la abstracción

naturaleza de la *traditio* como acuerdo voluntario y traslativo del dominio, es obra de la pandectística¹⁸.

No nos detendremos en la explicación de este fenómeno, no obstante lo interesante que ello pueda parecer, por considerar que no hubo una influencia relevante de esta concepción en el derecho chileno. En efecto, nuestro codificador, pese a haberse servido de una definición un tanto afín a la que podría darse en sistemas abstractos de transferencia, parece optar por un método causado de traslación dominical, según se verá en la segunda parte de este trabajo.

A primera vista, y teniendo en cuenta el tenor literal del art. 670, podría especularse que, entre las posibles fuentes inspiradoras de esta definición de Bello, se encontraban las obras de otros juristas extranjeros connotados, como Savigny. La hipótesis resulta lógica si se tiene en cuenta que es este autor quien estructura de una manera completa la figura del contrato real abstracto del que aparentemente habla el mencionado artículo. Sin embargo, el romanista alemán no desarrolla en sus primeros escritos el tema de la tradición de una manera original o contraria a la doctrina de los juristas que le precedieron, y parece seguir la tendencia general en cuanto a concebir la tradición como un acto causado. Ciertamente que en una época posterior, Savigny plasma su famosa distinción entre el contrato obligatorio y el contrato real abstracto¹⁹, colocando la tradición precisamente como un negocio que cae dentro de este segundo grupo, pero en esta época ya había nuestro codificador elaborado su obra, de modo que difícilmente pudo haber influido en su desarrollo. De todos modos, ya se ha dicho que, al ser esta doctrina poco original, en el sentido de que existe ya una tendencia de los juristas bizantinos y medievales a resaltar el *animus transferendi et accipiendi* por encima de la causa típica, Bello pudo beberla de otros juristas anteriores que ya se hallaban inmersos en la referida corriente, pese a no ser mencionados explícitamente como fuentes en el referido proyecto.

En definitiva, aunque la definición de tradición que nos ofrece el Código Civil chileno, mirada aisladamente, podría considerarse como un acto o acuerdo con valor en sí mismo, al estilo de los acuerdos reales abstractos que se hacen presentes, por evolución de estas doctrinas bizantinas, en el derecho alemán, una interpretación cabal de las normas relativas a la tradición en el derecho chileno permite, según se verá en la segunda parte de esta exposición, afirmar que no es así, y que la tradición en nuestro ordenamiento sigue los principios de la adquisición sobre la base de un título y de un modo.

de la tradición. Un poco más tarde, durante el reinado de León el Filósofo (889-911 d.C.), se termina una nueva versión al griego del *Corpus Iuris* de Justiniano, al que se agregan numerosos escolios, es decir, comentarios preparados por juristas bizantinos. La obra en su conjunto recibe el nombre de Basílicos. Los escoliastas, a propósito del famoso texto de Ulpiano (D.12,1,18) intentan encontrar una solución frente a la evidente contradicción que presenta con el de Juliano. Particularmente importante, en este contexto, son los escolios de Constantino Niceo (s. XI d.C.) en los que se encuentra ya claramente formulada la doctrina del acuerdo real abstracto que habría tomado más tarde Savigny, probablemente a través de los escritos de Donello. Para Niceo, basta la concorde voluntad de las partes en orden a transmitir y adquirir, siendo el negocio causal un mero indicio de que existe esta voluntad común. De este modo, nos encontramos ya con una tradición abstracta, en que solo parece relevante que exista un convenio en orden a transmitir y adquirir el dominio. Desde una perspectiva más amplia, según comenta Miquel, se va manifestando una hipertrofia de la voluntad en la doctrina del contrato, extraña al Derecho Romano clásico, en que las partes encasillaban su voluntad en unos determinados modelos contractuales. En esta época y, en virtud de estas nuevas concepciones en torno a los negocios jurídicos, es la voluntad la que crea los contratos.

¹⁸ Esta doctrina se enmarca en la teoría general del acto jurídico en el que destaca el papel preponderante de la voluntad como elemento esencial del negocio. Podemos pensar, pues, que los antecedentes ya se encontraban en esta tendencia bizantina que sobrevalora la voluntad, y comienza a manifestarse también en el derecho intermedio, aunque de un modo más solapado. Es cierto, según se verá más adelante, que la construcción de este andamiaje jurídico, supuestamente aplicable a todos los actos jurídicamente relevantes, encuentra sus bases en textos romanos, pero no debe pensarse que el Derecho Romano clásico, ni siquiera el posclásico, haya utilizado una nomenclatura general y unívoca para los variados tipos de negocios jurídicos. En otros términos, según TORRENT, *El negocio jurídico en el Derecho Romano* (Oviedo 1984) pp. 41 ss., la referida teoría es el resultado de un proceso de abstracción.

¹⁹ Vid. SAVIGNY, *Tratado de las Obligaciones* (= *Obligationenrecht* II), elaborado entre 1851 y 1853, año de su muerte. Un estudio bastante completo acerca del génesis del contrato real abstracto puede verse en RANIERI, *Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale ed astratto*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis = Revue d'Histoire du Droit* 38(1970)3/4, pp. 315 ss.

SEGUNDA PARTE

a) *La teoría del acto jurídico*

Nos corresponde hablar, en este lugar, de la naturaleza jurídica de la tradición del derecho chileno, en el marco de la teoría general del acto jurídico²⁰.

Vale la pena decir que este tema ha sido abordado desde distintos puntos de vista por la doctrina moderna. Generalmente la exposición relativa a esta materia comienza con la descripción de los llamados "hechos jurídicos", que son aquellos que producen efectos jurídicos, ya sea que provengan de la naturaleza, ya sea de la voluntad del hombre²¹. En el primer caso, se les suele llamar hechos jurídicos propiamente tales, en el segundo, actos jurídicos²².

²⁰ En el estado actual de desarrollo del derecho, las figuras jurídicas suelen analizarse desde la perspectiva de los actos jurídicos. En el Derecho Romano, cuando aún no se había llegado a los niveles actuales de dogmatismo jurídico, la tradición era uno de los modos no formales de adquirir el dominio, no presentándose los problemas que hoy en día se suscitan a propósito de la clasificación de esta institución. En el derecho que nos toca vivir, en cambio, parece necesario ubicar la tradición dentro del contexto de esta teoría, ofreciendo, de este modo, una posible respuesta a las innumerables cuestiones que despierta el estudio de la *traditio* una vez que los juristas extienden la práctica de encajar la casi totalidad de las figuras jurídicas en los moldes de la conocida construcción dogmática.

²¹ La teoría del acto jurídico fue desarrollada por la doctrina pandectística alemana, sobre la base del Digesto. En relación con los antecedentes romanos de esta construcción, puede verse, entre otros, FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, reimpresión de la 5ª edición (Rimini 1995) p. 23: "In sostanza i giuristi romani e successivamente quelli medievali, pur non conoscendo il concetto di negozio, non ignoravano, nell'esigenza di razionalizzare il sistema, figure generali e astratte che, in misura non irrilevante, ispirano la Pandettistica nell'elaborazione della categoria negoziale". Vid. también TORRENT, *Negocio jurídico* cit., pp. 41 ss.: los elementos que permitirían la elaboración de la teoría se encontraban ya en los textos romanos, pero hacía falta un posterior proceso de abstracción. En efecto, el elemento esencial sobre el que gira la teoría del acto jurídico, según sabemos, es el de la voluntad, que, al menos en tiempos del Derecho Romano clásico, aún no había adquirido autonomía respecto de la forma de los actos. En relación con este punto, puede verse BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, ristampa inalterata della seconda edizione (Padua 1947) vol. I, pp. 111 ss., para quien la gran diferencia entre los actos jurídicos del derecho clásico y posclásico está en que los primeros responden a tipos preestablecidos y caracterizados, ya sea por la forma, ya sea por la causa, mientras que, en los segundos, adquiere una importancia decisiva la voluntad (*animus*). En otras palabras, en esta segunda etapa, la forma en que se declara la voluntad es considerada en su valor meramente instrumental: importa solo en cuanto es indicadora de una voluntad de las partes. Pero encontramos, por otra parte, la opinión de Riccobono y de Scialoja, para quienes el análisis interno de la voluntad de las partes, se inicia ya en el último periodo de la República: cuando se produce una tensión entre *verba* y *voluntas*, se hace necesario indagar el contenido de la voluntad en los actos jurídicos, particularmente en el caso de haber alguna incongruencia con respecto a lo declarado. Vid. SCIALOJA, *Negozi Giuridici*, con prefacio de Riccobono (Roma 1938).—La teoría del acto jurídico no está exenta de críticas, que atacan particularmente el alto grado de abstracción a que se ha llegado en lo que se refiere a esta materia. En relación con el ambiente intelectual en que se generó esta doctrina, vid. FERRI, *Il negozio* cit., p. 38.—En la doctrina alemana la exposición de esta materia está precedida de un concepto amplio, tomado de la dogmática penal, el llamado "supuesto de hecho" (*Tatbestand*), que se le concibe, según ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *Tratado de derecho civil*, parte general, vol. II, (Barcelona 1981) p. 6, como "el conjunto de aquellos requisitos que el ordenamiento jurídico reconoce como fundamento de una consecuencia jurídica". Es un concepto más extenso en el sentido de que se trata de una serie de circunstancias que, cuando actúan en conjunto, producen un determinado efecto. En el marco de estas nociones aparece un concepto esencial: el "hecho jurídico", que se entiende como un hecho que tiene importancia o eficacia jurídica y que, por sí, o junto con otros, determina un efecto jurídico. Así, por ejemplo, en el caso de la transferencia de la propiedad, además de exigirse una serie de requisitos de forma, es menester que concurren ciertos requerimientos de naturaleza jurídica, como es la capacidad de disposición en el que entrega, la capacidad negocial, etc.

²² Entre las clasificaciones que formulan los autores, figura, por ejemplo, la que distingue entre hechos jurídicos positivos o negativos; en los primeros, los efectos jurídicos nacen en virtud de un acto que ha ocurrido, y, en los segundos, la consecuencia jurídica depende de la no existencia de un determinado acontecimiento. También se han clasificado los hechos jurídicos en constitutivos, extintivos e impeditivos, que parece tener importancia desde el punto de vista probatorio: VIAL, *Teoría general del acto jurídico*, 4ª edición, vol. I (Santiago 2000) p. 24. Una clasificación que, por ser demasiado evidente (depende de la definición de hecho jurídico), podría omitirse, es la que distingue los hechos jurídicos en cuanto a sus efectos, esto es, si están llamados a crear, modificar o extinguir un derecho subjetivo o una relación jurídica. La distinción, por lo demás, parece ser más útil, específicamente a propósito del acto jurídico.

En la doctrina nacional²³, en cambio, suele distinguirse entre hechos jurídicos, que provienen ya sea de la naturaleza, ya sea del hombre, pero que no persiguen directamente la consecución de efectos jurídicos, como sería el caso de la muerte, de la comisión de delitos, etc., y actos jurídicos, que son aquellos que sí se dirigen a la producción de efectos jurídicos.

Por lo que se refiere a los actos jurídicos, esto es, aquellos hechos voluntarios del hombre que persiguen la producción de efectos jurídicos, veremos que existen, entre los autores chilenos, diversas concepciones. Destacamos, en este lugar, el concepto de Víctor Vial, quien define el acto jurídico como “la manifestación de voluntad hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos, y que produce los efectos queridos por su autor o por las partes porque el derecho sanciona dicha manifestación de voluntad”²⁴. En el mismo sentido, Avelino León²⁵. Ambos autores exponen las críticas de que esta definición ha sido objeto en el derecho más reciente, y que se concentran, especialmente, en la segunda parte de la misma.

Por lo que se refiere a que los efectos se produzcan por obra de la voluntad del autor o de las partes –según se trate de acto unilateral o bilateral–, o solo en virtud del imperio del derecho, ambos autores coinciden en que debe sostenerse una posición intermedia, en el sentido de que los actos producen los efectos queridos por las partes, tanto porque las partes así lo han querido, como porque el derecho lo autoriza²⁶.

En lo relativo a los efectos que persiguen las partes, en contra de la doctrina tradicional, que sostiene que estas deben pretender efectos jurídicos para que el acto pueda llamarse con propiedad jurídico²⁷, suele afirmarse que basta con que la voluntad persiga un fin práctico o empírico. El argumento de esta segunda posición – más moderna– es que las partes, al celebrar un acto jurídico, ordinariamente desconocen los efectos jurídicos que ese acto pueda producir²⁸. Pensamos, siguiendo en esto a Vial²⁹, que ambas posiciones no representan puntos de vista demasiado discordantes. En efecto, es verdad que las partes, cuando celebran un acto jurídico, esencialmente desean satisfacer una necesidad y, en ese sentido, persiguen un fin práctico, pero también es cierto que el derecho se encarga de traducir a términos jurídicos los fines empíricos que las partes han tenido en mente al efectuar dicho acto.

²³ Entre los autores más modernos que describen de esta forma la teoría general del acto jurídico, encontramos a LEÓN, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, reimpresión de la 3ª edición (Santiago 1990) pp. 8 ss.; LECAROS, *El acto jurídico en el Código Civil chileno* (Santiago 1997) pp. 17 ss.; SAAVEDRA, *El objeto y la causa del acto jurídico* (Santiago 2000) pp. 5 ss.

²⁴ VIAL, *Teoría general* cit., p. 31.

²⁵ LEÓN, *La voluntad y la capacidad* cit., pp. 8 ss. Distinto concepto de acto jurídico nos da LECAROS, *El acto jurídico* cit., p. 19, que lo define como “la manifestación de voluntad destinada a crear, modificar, transferir y extinguir derechos, o a producir injuria o daño en la persona o propiedad de otro”. También en un sentido amplio lo describe SAAVEDRA, *El objeto y la causa* cit., p. 19: “En rigor lo definiríamos como un acto de autonomía privada encaminado a un fin que el ordenamiento jurídico considera como merecedor de tutela. Por tanto, el negocio jurídico es un acto de autonomía privada que establece para sus autores una relación jurídica, determinando una regla de conducta o precepto por el cual deberán regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de aquella relación asumen las partes”.

²⁶ VIAL, *Teoría general* cit., p. 33, y LEÓN, *La voluntad y la capacidad* cit., pp. 8 ss.

²⁷ *Vid.*, por ejemplo, la opinión de STOLFI, *Teoría del negocio jurídico* (Madrid 1959) traducción al español por Jaime Santos Briz, pp. 6 ss. Según este autor, debe tratarse necesariamente de un efecto jurídico, en contraposición a uno práctico o empírico, dado que estos últimos no deben ser protegidos por la norma, o porque son consecuencia de actos ilícitos, o porque carecen de relevancia jurídica. En efecto, en su opinión, tanto el ladrón como el comprador pretenden hacer suya la cosa, y, en este sentido, el fin práctico que persiguen ambos es idéntico, pero no así el jurídico, que es, en definitiva, lo que distingue un acto de otro.

²⁸ En el centro de este problema está el tema de la autonomía de la voluntad, sobre la cual se estructuró en su momento la teoría del acto jurídico. Según el esquema racionalista, la fuerza creadora de la voluntad de las partes era la que determinaba el contenido y alcance de la relación jurídica (teoría del objeto jurídico concreto), para lo cual puede verse, por ejemplo, la opinión del autor que aparece en la nota inmediatamente anterior. Pero hay también una posición que es la que se describe en el texto, y que se encuentra en las obras de CARIOTA FERRARA y BETTI, según la cual, el objeto del acto jurídico lo determinan los fines prácticos que la partes hayan tenido en cuenta en el momento de celebrar el acto. Esta tendencia doctrinal es criticada por BORDA, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos* (Bogotá 1987) pp. 35 s., para quien se manifestaría en esta doctrina una confusión entre el objeto del acto jurídico y las motivaciones que inducen al acto y que constituyen más bien su causa.

²⁹ VIAL, *Teoría general* cit., pp. 32 ss., y LEÓN, *La voluntad y la capacidad* cit., pp. 8 ss.

En el derecho comparado se hace una distinción terminológica que en la doctrina nacional no ha sido en general acogida. Se trata de la categoría que distingue entre actos jurídicos propiamente tales o en sentido estricto, y negocios jurídicos. Los primeros consisten en declaraciones de voluntad que producen los efectos que el ordenamiento jurídico predispone, independientemente de que el sujeto que los lleva a cabo los persiga o no, mientras los segundos se manifiestan como expresiones de voluntad encaminadas directamente a la producción de efectos jurídicos. Como ejemplos de los primeros se pueden señalar el art. 446 del Código Civil español, que dota de protección interdictal al que ha tomado posesión de una cosa, y el art. 1556 del mismo cuerpo legal, relativo al efecto extintivo del pago o cumplimiento³⁰. En nuestro derecho, lo que en el derecho comparado se llama acto jurídico, coincide con la nomenclatura "hecho jurídico del hombre", mientras que el término negocio jurídico encaja con nuestro "acto jurídico". En otras palabras, aunque conceptualmente la distinción existe en nuestro derecho nacional, los términos que se utilizan, en uno y otro caso, difieren.

b) La naturaleza jurídica de la tradición en Chile en el marco de la teoría del acto jurídico

Una vez que han quedado claros los conceptos fundamentales de la teoría del acto jurídico, nos corresponde analizar si la tradición, según dice el título de este trabajo, es un acto o un hecho jurídico.

La tradición es una figura problemática en el sentido de que es un acto con diversos significados y alcances. Tradición, etimológicamente hablando, viene de *tradere*, que significa entregar, pero esta entrega puede conferir la mera tenencia, la posesión o el dominio. Cuando se habla de tradición, generalmente se hace referencia a esta última acepción. La definición de nuestro Código Civil, recogida en el art. 670, y que hemos comentado ampliamente, habla de la tradición como modo de adquirir el dominio, y no como un traspaso meramente posesorio, o de mera tenencia.

Tradicionalmente se habla de la tradición como modo de adquirir el dominio. La calificación de la tradición como modo de adquirir el dominio es muy antigua: se advierte ya en obras como las Instituciones de Gayo³¹. Sin embargo, y una vez que se desarrolla la construcción dogmática referida al acto jurídico, hay que hacer un esfuerzo por localizar la categoría en la que puede ubicarse cómodamente el "modo de adquirir tradición"³².

Se ha dicho más arriba que, en la elaboración de la teoría, el derecho alemán construye un concepto llamado supuesto de hecho (*Tatbestand*) que consiste en un conjunto de factores que producen un resultado reconocido por el derecho, o también un cúmulo de causas que condicionan un efecto jurídico. Uno de los ejemplos clásicos de este supuesto de hecho que condu-

³⁰ Vid. LACRUZ, LUNA, RIVERO, *Elementos de derecho civil, I, vol. III el derecho subjetivo* (Barcelona 1984) pp. 135 ss.—Un concepto distinto y más bien original de negocio jurídico nos ofrece FERRI, *Il negozio cit.*, p. 83: "noi saremmo propensi ad individuare il negozio giuridico come un atto vincolante di privata regolamentazione di interessi che assume positiva 'rilevanza' per l'ordinamento statale quando i valori, di qui esso è portatore, siano compatibile con i valori che l'ordinamento esprime", el cual incide en el tema de los intereses y valores que manifiestan las partes, en comparación y contraposición con los que tiene el Estado, que se expresan en el ordenamiento jurídico.

³¹ El término modo de adquirir el dominio indica la forma concreta a través de la cual una persona empieza a ser dueña de un objeto, y se diferencia radicalmente del concepto de *successio*, que implica la idea de subrogación. Sobre este punto, vid. M. DE LOS ANGELES SOZA RIED, *Adquisición patrimonial y sucesión: una precisión de conceptos a partir del Derecho Romano*, en *REHJ. XXI* (1999) pp. 75 ss. Son modos de adquirir, pues, solo aquellos que producen como efecto propio la atribución del dominio en una persona, y se dirigen total y exclusivamente a esa adquisición. La terminología "modos de adquirir" no es originaria ni típicamente romana, sino que tiene su origen en la conocida obra de Gayo, las *Institutiones*. En el libro II, párrafo 97, Gayo dice: "veamos ahora de qué modos adquirimos las cosas por medio de una universalidad...". Esta expresión es tomada, más tarde, en las *Institutiones* de Justiniano (a. 533 d. C.) En esta obra el vocablo aparece en el libro II, párrafo 9, fragmento 6. La adopción justinianea de la terminología hizo posible su recepción en el derecho posterior y su traspaso ulterior a numerosos códigos civiles de países de tradición romanística.

³² En la época en que se configuró el concepto de "modo de adquirir el dominio" no estaba desarrollada la teoría del acto jurídico, razón por la cual es imposible discutir la naturaleza jurídica que habría tenido la mencionada categoría en esa época. Vid. *supra* notas 20 y 21.

ce a un resultado (adquisición de la propiedad) es el caso de la tradición³³. En el caso que nos interesa, la adquisición de la propiedad por tradición es el efecto o el hecho resultante, cuyas causas —que no pueden ni deben ser consideradas todas como actos jurídicos— son variadas: capacidad jurídica del tradente y del adquirente; acto jurídico válido que lo sustente (causa o título), que debe ser además traslativo de dominio; entrega material o instrumental; propiedad en el tradente o, al menos, autorización para entregar a nombre de él; aptitud jurídica o legitimación del adquirente para recibir en virtud de ese título específico o, al menos, el poder para recibir a nombre del adquirente.

En definitiva, al no ser la tradición una figura pura y simple y al producir todos sus efectos solamente cuando confluyen aquella serie de factores ya mencionados, solo cabe decir que la adquisición de la propiedad por tradición es un resultado o un efecto, que depende de un supuesto de hecho de naturaleza compleja.

Dentro de los elementos que forman el supuesto de hecho, adquieren especial relevancia, a estos efectos, el título y la entrega material. El título sí que es un verdadero acto jurídico, y, como tal, susceptible de ser analizado desde la perspectiva de la declaración de voluntad, los requisitos de existencia y validez, etc. Pero la entrega material, o instrumental, según el caso, que es esencialmente subordinada y carente de voluntariedad específica, es un mero hecho jurídico. Dicho de otra manera, la voluntad en el momento de la entrega es irrelevante en orden a la transferencia, puesto que el solo hecho de poner la cosa a disposición del adquirente no produce la adquisición dominical, sino cuando concurren el resto de las condiciones requeridas. Por otra parte, falta en la tradición-entrega aquel conjunto de requisitos que son necesarios para la conclusión de un acto jurídico válido: capacidad de celebrar actos jurídicos, que en la tradición está vinculada esencialmente a la facultad de enajenar del tradente, esto es, del legitimado según el título; la declaración de voluntad, que, según hemos visto, en la tradición del derecho chileno no es independiente de su causa; coincidencia en las declaraciones recíprocas, que también en la tradición se remite al acuerdo referido al título (art. 677 del Código Civil).

Tradicionalmente se dice que lo que determina la existencia de un acto jurídico es la voluntad³⁴, una voluntad que se manifiesta a través de una declaración en la que el o los declarantes autorregulan sus propios intereses y objetivos, mientras que en el hecho jurídico, las consecuencias jurídicas están predeterminadas, de modo que a la ley no le preocupa lo que quiera el sujeto, sino más bien su comportamiento externo³⁵. En este sentido, pues, decimos que el título es el acto jurídico, mientras que la conducta de permitir la aprehensión material de la cosa, trasladándola a la esfera de poder del adquirente, no tiene una voluntariedad consistente desde el punto de vista jurídico, sino esencialmente dependiente. En otras palabras, el efecto de la adquisición de dominio se produce porque la ley lo dispone sobre la base de la existencia del título válido y del resto de los factores antes descritos.

³³ En relación con estos conceptos, puede verse, ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *Tratado de derecho civil*, parte general, 1º tomo, vol. II (Barcelona 1981) pp. 6 ss., y VON TUHR, *Teoría General del Derecho alemán* (Buenos Aires 1947) vol. II, pp. 3 ss. A efectos de comprender mejor las ideas que aparecen a continuación, debemos aclarar que, aunque para los alemanes la transferencia de la propiedad es uno de aquellos resultados o efectos que dependen de un conjunto de causas o factores, no por eso califican a la tradición en el sentido que se hará en esta exposición. No podría ser así, dada la consideración abstracta que la tradición tiene en ese derecho. En resumen, aunque el planteamiento puede ser de entrada similar, los resultados a que se llega, en uno y otro esquema de derecho, son radicalmente opuestos. *Vid. infra*.

³⁴ En efecto, se trata de reconocer en el nacimiento de la teoría del acto jurídico la tendencia racionalista que llevan naturalmente a sobredimensionar el rol de la voluntad de las partes en cuanto a la determinación del alcance y efectos de los actos jurídicos. Pero además de esta influencia de índole filosófica, se encuentran algunos antecedentes propiamente jurídicos de esta tendencia en una serie de juristas bizantinos, según ya se ha comentado en otra parte de este trabajo.

³⁵ *Vid.* DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 8ª edición (Madrid 1992) pp. 482 ss. Aunque hemos tomado las ideas de estos autores, debe quedar claro que la terminología es diferente: en el derecho español, el negocio jurídico coincide con nuestro acto jurídico. Nótese que hemos optado por la concepción de acto jurídico que predomina en la doctrina más moderna, *cfr.* n.27.

Cierto es que resulta a veces difícil hacer una separación conceptual de dos realidades (causa y modo) que parecen tener una unidad, pero es del todo imprescindible esta división teórica, al menos para comprender que el hecho de considerar la entrega como una realidad jurídica consistente, o sea como un acto jurídico, nos aleja de la tradición jurídica de la que somos herederos, y nos coloca en el contexto de derechos foráneos, como es el caso del derecho alemán. Por cierto, en el contexto de este derecho, sí que parece plenamente coherente sostener que la tradición es un acto jurídico de disposición³⁶, ya que, en ese ámbito jurídico, la tradición es un acuerdo real abstracto, que contiene en sí mismo una voluntad traslativa y adquisitiva consistente, e independiente de la causa que lo sustenta. En sistemas como el nuestro, en cambio, donde la tradición es causada, no existe una voluntad negocial independiente de la causa que soporta la entrega, y, en consecuencia, no puede decirse que la tradición sea en sí misma un acto jurídico de disposición; de ser así, tanto la voluntad del acto causal como el resto de los requisitos de existencia y validez referidos al título, estarían de más.

c) *Análisis de las normas relativas a la tradición de nuestro Código Civil a la luz de la teoría del acto jurídico*

Generalmente se habla de la tradición como una convención (acto jurídico bilateral), lo cual casi siempre arroja, como resultado, discusiones insolubles. Repasemos, por ejemplo, los problemas derivados de encasillar la tradición —considerada como acto jurídico— como convención que crea, modifica o extingue derechos.

No parece haber quienes sostengan que la tradición cree derechos y que, en consecuencia, sea un contrato, pero sí se divide la doctrina entre aquellos que la sitúan como convención modificadora o extintiva de derechos.

No creemos que la tradición pueda ser calificada como una convención que modifica derechos³⁷, ya que el derecho no queda modificado en ningún sentido. Al tratarse de un modo esencialmente derivativo, el derecho que se transfiere permanece intacto; lo único que cambia es la persona de su titular, y este cambio no produce, en ningún caso, una modificación del derecho en sí mismo.

Otro sector de la doctrina se ha empeñado en encajar la tradición en la categoría de convención extintiva de derechos, lo cual, a nuestro juicio, tampoco es acertado³⁸. La figura se dirige a un resultado adquisitivo de propiedad, y, en este sentido, no persigue extinguir nada. Que esta adquisición produzca en la práctica la extinción de una obligación que tenía el tradente, es un resultado de hecho y no un objetivo de la entrega. Los mismos que sostienen esta opinión afirman que deben aplicarse a la tradición las normas del pago, que es el paradigma de convención extintiva de obligaciones. Si se hiciera así, habría que concluir que la “tradición-pago” es válida en cuanto transfiere el dominio e inválida en cuanto traspasa la mera posesión, lo cual es incorrecto, ya que los artículos 682-683 “validan” la tradición hecha por el no-dueño³⁹. Pero no

³⁶ Recordemos que, en el marco de este derecho y por elaboración de Savigny, se distingue entre negocios obligatorios y negocios de disposición.

³⁷ *Vid.*, por ejemplo, VIAL, *La tradición y la prescripción adquisitiva como modo de adquirir el dominio* (Santiago 1999) p. 7, aunque también admite que, desde el punto de vista de las obligaciones, la intención de las partes se dirige a extinguir derechos.

³⁸ *Vid.*, entre otros, ALESSANDRI y SOMARRIVA, *Curso de Derecho Civil, los bienes y los derechos reales*, 3ª edición (Santiago 1974), y, más recientemente, GAETE, *La tradición en el Derecho Romano y en el Derecho Civil chileno*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol.19, N° 1 (1992), p. 67: “En cuanto acto jurídico, la tradición está encaminada a extinguir la obligación de entregar, que por una causa anterior tiene el tradens y el correlativo derecho personal que tiene el accipiens, motivo por el cual tiene la naturaleza jurídica de solución o pago, sin perjuicio del efecto adquisitivo de dominio para el accipiens que la ley le atribuye”.

³⁹ Ciertamente que podría argumentarse en contra, sobre la base del art. 1575 del Código Civil, que dice, en su inc. 1º: “El pago en que se debe transferir el dominio no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño”. Sin embargo, este artículo se refiere exclusivamente a la validez del pago que transfiere el dominio en cuanto al efecto liberatorio que cumple ese acto respecto del deudor. En otras palabras, el hecho de que en algunos casos la tradición sea el modo a través del cual se cumplen ciertas obligaciones no quiere decir que el acto se agote allí: la prueba de esto es que, aun no produciéndose la liberación del deudor (tradente), igualmente pueden producirse efectos desde el punto de vista de la adquisición dominical.

es así, ya que más que de validez se trata aquí de eficacia inmediatamente adquisitiva de dominio, de modo que una entrega hecha por un no dueño no es inválida, sino ineficaz para transferir inmediatamente el dominio. Alguna eficacia tiene eso sí: la de permitir que el adquirente pueda más adelante ganar por prescripción el dominio. En definitiva, esta opinión choca abiertamente con principios como el de la validez de la venta de cosa ajena. Por lo demás, hay ciertos contratos reales en los que la tradición no es un acto de pago o de extinción de obligaciones, sino más bien el modo de perfeccionar el contrato.

Según decíamos más arriba, lo que sí puede y debe encajarse en la categoría y clasificaciones propias del acto jurídico, es el título que sustenta la tradición. En efecto, al ser la tradición una institución típica y esencialmente causada, la entrega misma no tiene más significado que el que ya hemos explicado, pudiendo afirmarse, en cambio, que el título sí es verdaderamente un acto jurídico, necesariamente bilateral, y susceptible de ser analizado desde el punto de vista de su validez y eficacia para transferir posteriormente el dominio. La entrega, en cambio, según se ha dicho más arriba, solo puede ser calificada, en la terminología chilena, como un hecho jurídico.

Creemos que los artículos 672 a 677 del Código Civil, en los que se cree ver la regulación relativa a los requisitos de validez de la tradición, si se los analiza detalladamente, no se refieren a la tradición misma considerada como entrega, sino a aquel conjunto de factores necesarios para que la tradición produzca sus efectos naturales de adquisición dominical. Sin embargo, estas disposiciones dan pie para que se piense que la tradición, como todo acto jurídico, es también susceptible de ser estudiada desde la perspectiva de los vicios del consentimiento y del resto de las condiciones generales de validez de los actos jurídicos⁴⁰.

En el art. 672⁴¹ se habla de la falta de facultad de enajenar en el tradente, que hace que, en definitiva, la adquisición dominical no se produzca. En efecto, aunque la redacción de artículo no es del todo clara, y habla de una tradición hecha sin voluntad del tradente, no puede entenderse sino en el sentido de que falta, en el que entrega, la facultad o poder de disponer de la cosa, porque no era dueño ni representante del dueño⁴². Por esto, la segunda

⁴⁰ Es especialmente la utilización del término validez, en varios de los artículos del Código referentes a esta materia, lo que hace pensar en la necesaria ubicación de la tradición como un verdadero acto jurídico. Sin embargo, según se detallará más adelante, no se trata, en la mayoría de los casos en que se habla de validez, más que de eficacia de la tradición desde un punto de vista inmediatamente adquisitivo de dominio. Sale de esta regla el art. 677, que sí habla directamente de un vicio del consentimiento (el error), pero es un error que afecta explícitamente al título, que correctamente puede calificarse como acto jurídico. En cualquier caso, pensamos que la imprecisión de Bello en relación con el término "validez" se observa ya en el Proy. de 1853, concretamente en los arts. 808, 813, 814 y 815.

⁴¹ Art. 672: "Para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente o por su representante. Una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño".

⁴² Vid. CARMONA, *La confirmación y la ratificación de los actos jurídicos* (Colección de Estudios Jurídicos Universidad de Chile, Santiago, no aparece fecha) pp. 86 ss, quien señala que no se plantea una cuestión de validez sino de inoponibilidad por falta de concurrencia o de representación, solución que mantiene también en el caso del art. 673, que veremos a continuación. Vid. más recientemente, VIAL, *La tradición* cit. pp. 51 ss. Compartimos plenamente la opinión de estos autores sobre la recta interpretación de la norma, que no puede hablar de nulidad de la tradición, sino de inoponibilidad de la tradición respecto del verdadero dueño. Una opinión distinta sostiene GUZMÁN, *Contribución* cit., en *Contratos* cit., pp. 254 ss., en el sentido de que el artículo no tiene que ver con la tradición a *non domino*, sino con la posible falta de voluntad del tradente, que se produce en el caso de entregas hechas por absolutamente incapaces o de aquellas en que intervino alguno de los vicios del consentimiento. Y, ante la dificultad que se suscita frente a la posibilidad de ratificación de estos actos, el autor arguye que no habría inconveniente en que un absolutamente incapaz ratifique este tipo de acto, que no tiene consistencia en sí mismo, sino en consideración del título. No nos parece que esta solución sea práctica, ya que de qué serviría una tal ratificación de la entrega si de ningún modo pudiera hacerse válido el título con la referida ratificación. Además, precisamente por ser la entrega (en la tradición), un comportamiento dependiente de su título, podemos decir que la nulidad del título afectaría, a su vez, la validez de la misma entrega. Por último, y, sin perjuicio del argumento relativo a la redacción original de esta norma, en la parte final del artículo, en que se habla de la ratificación, se hace referencia directa a la facultad de enajenar como "dueño" o como "representante del dueño" de modo que parecen ser estas calidades precisamente las que hacen posible la ratificación. Por estas mismas razones, en cambio, sí pensamos que cabría admitir que esa facultad de enajenar comprendiera –además de la enajenación de cosa ajena– el caso de los incapaces relativos que enajenan sus propios bienes sin estar habilitados para ello. Así parece

parte del texto dice que una tradición realizada de este modo, queda validada retroactivamente por la ratificación del dueño o del que puede enajenar como representante del dueño. En otras palabras, lo que faltaba era precisamente que la cosa fuese enajenada por quien tuviese facultad para hacerlo porque era el dueño o representante del dueño⁴³. Algo similar ocurre en el art. 673⁴⁴: una persona adquiere a nombre de otra sin ser realmente su representante, lo que trae como consecuencia que la entrega es inoponible al "adquirente", pero también puede ser ratificada por este con efecto retroactivo⁴⁵.

entender la facultad de enajenar CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, II De los bienes* (Santiago 1932) pp. 260 ss., caso en el cual sería esta norma perfectamente aplicable, en el sentido de que sería el representante del dueño quien ratificaría la enajenación.

⁴³ Hay algunas variaciones entre las redacciones de los proyectos anteriores al definitivo: en el Proyecto de 1853 puede decirse que esta disposición estaba contenida en dos artículos distintos: el 810 que decía: "El primer requisito de la tradición, para que transfiera el dominio, es que sea ejecutada por voluntad del que tiene facultad de enajenarla, como dueño o como representante legal o judicial del dueño", y luego, el 813 rezaba: "Una tradición que en su origen fue inválida por haberse hecho sin voluntad del dueño, se valida retroactivamente por la ratificación posterior del mismo" (Proy. de 1853, BELLO, *Obras Completas* (1888), t. XII, p. 182). En el Proyecto Inédito, Bello funde estos dos artículos en uno (808) que queda de la siguiente manera: "Para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente o por su representante.

Una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enajenar como dueño o como representante legal del dueño". El cambio de redacción, en el sentido de mencionarse ahora la voluntad del tradente o de su representante, podría hacer pensar que Bello pretendía hablar de una invalidez más general de la tradición como la que se refiere a la incapacidad de transferir en el tradente, o a las entregas hechas por error o fuerza o dolo, pero pensamos más bien que debía referirse a la eficacia para transferir el dominio, ya que, de ser nula la tradición hecha sin voluntad del tradente o de su representante, mal podría validarse por la ratificación. Por lo demás, en el Proyecto Inédito se incorporó un artículo en el que se define lo que ha de entenderse por tradente: art. 807, inc. 1º: "Se llama tradente la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre, y adquiere la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre". (actual art. 671 del Código Civil). De este modo, al referirse el art. 808 del Proy. Inédito a la voluntad del tradente no podía sino referirse a este tradente, que se identifica con la persona del dueño o con la persona debidamente autorizada para entregar a nombre del dueño. Por otra parte, el solo hecho de que se mencione la voluntad del dueño en la ratificación, hace pensar que lo que faltó en esta enajenación era precisamente la voluntad de transferir el dominio en el dueño. En resumen, puede apreciarse, tanto en las vicisitudes por las que atraviesan los artículos relativos al tema que analizamos como en la redacción definitiva de los mismos, una imprecisión referente al concepto de validez. Parece, en consecuencia, más razonable que con el término invalidez, Bello quisiera más bien referirse a la ineficacia para transferir el dominio y a la situación de inoponibilidad que ella generaba en relación con el dueño. *Vid. supra* nota 40.

⁴⁴ Art. 673: "La tradición, para que sea válida, requiere también el consentimiento del adquirente o de su representante. Pero la tradición que en su principio fue inválida por haber faltado este consentimiento, se valida retroactivamente por la ratificación."

⁴⁵ En el mismo sentido que el recientemente comentado, interpreta GUZMÁN, *Contribución* cit., en *Contratos* cit., p. 256 este artículo. A su juicio, esta disposición se refiere a la entrega hecha a personas absolutamente incapaces o a favor de aquellas en que hubo algún vicio de voluntad. La interpretación merece los mismos comentarios que hacíamos a propósito del art. 672. La verdad es que la interpretación que se da a ambos artículos es congruente con la inteligencia que el autor da al art. 670, *vid.* GUZMÁN, *Contribución* cit., en *Contratos* cit., pp. 252 ss. En efecto, para intentar cuadrar la redacción de este artículo con el sistema causado de transferencia, prefiere pensar que la intención de transferir y de adquirir el dominio de que habla el art. 670 no puede sino referirse a una cierta voluntariedad en la entrega material, esto es, no puede referirse al título, que ya se exige como requisito aparte. A nuestro modo de ver, el mencionado artículo no se refiere a la entrega material sino al ánimo de transferir y de adquirir el dominio, y que la intencionalidad referida a la entrega material se sobreentiende, ya que cuando ha habido un arrebato violento de la cosa, no puede decirse en verdad que haya habido entrega. Es más, podría esa conducta incluso revestir las características de delito, que muy poco tiene que ver con el tema de la validez o invalidez. Tampoco parece probable que se refiera a entregas hechas por o a personas incapaces; de ser así, también serían redundantes los arts. 672 y 673 que el autor entiende referidos a esas mismas situaciones. Es cierto que también según nuestra interpretación el ánimo de transferir y de adquirir resulta superfluo cuando ya se exige un título (art. 675), pero es precisamente la marcada tendencia doctrinal a subrayar la voluntariedad de transferencia y de adquisición de dominio que existió en la época en que se redactó nuestro Código, la que puede explicar que ella aparezca en la definición como desvinculada del título que le da sustento, GAETE, *La tradición* cit., en *Revista Chilena de Derecho* cit., p. 74, tampoco entiende que la intención del art. 670 se refiera a la voluntariedad específica de la entrega, sino que la vincula al título traslativo 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" (La cursiva es nuestra).

En definitiva, no se plantea en estos artículos un problema de nulidad de la tradición: lo que falla es un requisito externo, aunque fundamental, que consiste en la facultad de enajenar, que solo tiene el dueño o quien se encuentra habilitado jurídicamente para ello, y la legitimidad para recibir, que ostenta únicamente quien ha manifestado esta intención en un título, o quien ha recibido poder para adquirir a nombre de otro. Y las consecuencias que se producen en caso de faltar esas condiciones se restringen a la inoponibilidad del traspaso respecto del verdadero dueño o del adquirente, según sean los casos. El dueño puede, o bien reivindicar la cosa enajenada por quien no era dueño, o bien ratificar la enajenación, en cuyo caso, la tradición produce plenamente sus efectos dominicales. Y aquel en cuyo nombre se adquirió sin haberlo autorizado, puede también ratificar el acto que le era inoponible y convertirse, por la ratificación, en dueño. De este modo, pues, la tradición no es nula, ya que produce algunos efectos: el adquirente se hace poseedor y podría adquirir el dominio pleno por prescripción.

El art. 674⁴⁶, por su parte, no hace más que aplicar las reglas generales del mandato, y exigir que, cuando la tradición se hace por intermedio de mandatario o representante, se actúe dentro de los límites del mandato. Debe advertirse que no queda claro en el artículo si el mandato ha sido conferido para celebrar el acto jurídico en que consiste el título, o para realizar la entrega, o para ambas cosas. La historia de la norma, sin embargo, permite pensar que caben todas estas posibilidades⁴⁷.

Cuando el mandante ha facultado al mandatario tanto para celebrar el acto (título) como para efectuar la entrega, se aplican las reglas generales del mandato, y la sanción para quien actúe fuera de los límites del mismo es la responsabilidad que, de acuerdo con lo que señala el art. 2154 del Código Civil, asume ese mandatario frente a su mandante. Pero no se plantea el problema de la validez o no del título en el que interviene el mandatario, que es válido, pero inoponible al mandante, quien puede, de todos modos, ratificar lo obrado por el mandatario.

Cuando el mandante celebra personalmente el acto en que consiste el título pero confiere mandato solo para efectos de realizar la entrega, la situación es distinta, y puede plantearse la cuestión de definir si puede realmente un hecho jurídico como la entrega ser objeto de mandato o representación. Al menos por lo que se refiere al mandato, existen dos tendencias en la doctrina. La primera, expuesta por Planiol, afirma que el mandato no puede referirse sino a actos jurídicos, mientras que la segunda tendencia, mayoritaria, sostiene que el mandato puede recaer sobre todo tipo de actos⁴⁸. Pensamos, pues, que el mandato y la representación pueden referirse sin problemas, tanto a un acto jurídico, como es el caso del título, como a un simple hecho jurídico, como es la entrega. Y si se produce una extralimitación de poderes en la misma entrega, se aplica igualmente el criterio de que se trata de una conducta inoponible al mandante, quien puede, ya sea desconocer el acto realizado por el mandatario, en cuyo caso el adquirente no se hace dueño, ya sea ratificarlo. La eficacia de la entrega en su función de traslación de dominio queda supeditada, entonces, a la ratificación del mandante. En fin, cuando se ha producido una extralimitación en cuanto a los poderes del mandatario,

⁴⁶ Art. 674: "Para que sea válida la tradición en que intervienen mandatarios o representantes legales, se requiere además que estos obren dentro de los límites de su mandato o de su representación legal."

⁴⁷ El art. 811 del Proyecto de 1853 dice: "Para que se transfiera el dominio en virtud de la tradición ejecutada por el mandatario o por el representante legal o judicial del dueño, es necesario que la enajenación no salga de los límites del mandato, o de la autorización legal o judicial". En el Proyecto Inédito, el art. 810 reza: "Para que sea válida la tradición en que intervienen mandatarios o representantes legales, se requiere además que estos obren dentro de los límites de su mandato o representación legal". Más que el artículo en sí mismo, es la explicación marginal la que nos puede ilustrar algo acerca del sentido de esta norma. En ella, Bello anota algunos ejemplos como el del mandatario que está facultado para vender al contado y vende a plazo, en cuyo caso no transfiere el dominio; o el del tutor o curador que vende un fundo sin previo decreto judicial; o el del que subasta la cosa en virtud de una sentencia judicial pero omitiendo las formalidades que requiere la ley para la venta en subasta. Bello dice basarse en los §§ 222 y 225 de la mencionada obra de Pothier, en la que se habla de las transferencias realizadas por tutores y curadores. A primera vista los ejemplos que pone Bello en nota marginal se refieren más bien al título, es decir, al poder que confiere el mandante de realizar la venta. Sin embargo, están colocados tan solo como ejemplos, de modo que no hay inconveniente en afirmar que el poder del mandante puede referirse exclusivamente a la entrega de la cosa.

⁴⁸ STITCHKIN, *El mandato civil*, 3ª edición (Santiago 1974) pp. 43 ss.

no puede hablarse de nulidad, fundamentalmente por dos razones: la primera porque no se puede predicar la nulidad respecto de un mero hecho jurídico; la segunda, porque una entrega realizada de esta manera, a lo sumo puede ser ineficaz desde el punto de vista de la adquisición del dominio, pero no nula, precisamente porque puede ser ratificada por el mandante.

Igual sucede cuando el mandatario del adquirente obra fuera del contenido del mandato; también en este caso, la eficacia de la tradición como modo de adquirir el dominio se subordina a la eventual ratificación del mandante.

Tampoco el art. 675⁴⁹, en su inc. 1^o⁵⁰, incide en el tema de la validez de la tradición en sí misma, sino en el de la presencia de uno de los factores ya mencionados: el título traslativo de dominio. Ni el inc. 2^o⁵¹ causa un problema de nulidad; se refiere igualmente al título, que debe ser válido respecto de la persona a quien se transfiere. En caso de no existir título traslativo de dominio, la entrega que se hace no transfiere el dominio; tampoco puede considerarse al adquirente como poseedor civil.

En el art. 676⁵² se hacen presentes los principios generales del error, que, en relación con la tradición, deben remitirse al título, es decir, a la causa de la tradición. Si suponemos que el título es una compraventa, es claro que cuando entre el vendedor y el comprador no hay un acuerdo sustancial en cuanto a la cosa que se vende y se compra, hay evidentemente un error que afecta al contrato y que, en consecuencia, lo anula, pero no es la tradición-entrega —independiente de la causa— la que pueda verse afectada por la nulidad. Lo mismo sucede respecto del error relativo a la persona a quien se hace la entrega: una tradición puede adolecer de nulidad solo en cuanto se entregue una cosa a una persona a quien por error se estime legitimada para recibirla según el título, y en realidad no lo estaba. Tomando el mismo ejemplo anterior, si el vendedor creía entregar al comprador y entrega por equivocación a una persona distinta, sucede que ha errado en cuanto a la persona que, según el título específico de adquisición (compraventa), estaba legitimada para recibir. Como consecuencia de lo anterior, no creemos necesario sostener que la tradición es uno de aquellos actos *intuitu personae*⁵³. De serlo así, todos los derechos personales lo serían, en el sentido de que solamente pueden ser satisfechos en favor de la determinada persona que es titular del mismo. Parece ser que la consideración de acto *intuitu personae* que se da la tradición es un resultado de aplicar a esta institución las normas del pago, lo cual, como ya hemos dicho, no nos parece correcto.

El art. 677⁵⁴, por último, se detiene en el error en cuanto al título mismo. El error en el título, dice el artículo, invalida la tradición, sea cuando una sola de las partes supone un título

⁴⁹ El artículo que comentamos también experimentó algunos cambios respecto de su redacción original. En el Proy. Inédito se eliminó un inciso 3^o en el que se exigía que la persona a quien se hace la entrega sea capaz de adquirir el dominio. En la redacción definitiva del Código esta exigencia quedó incorporada a la misma definición de la tradición (art. 670), cuando se exige en el que adquiere “*capacidad e intención de adquirir*”. En el Proy. de 1853, por otro lado, Bello dice inspirarse en la citada obra de Pothier, § 228, en la que el autor galo se basa, para exigir el título, en el conocido pasaje del Digesto que dice: “*Numquam nuda traditio transfert dominium. sed ita si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*”.

⁵⁰ Art. 675, inc. 1^o: “Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.”.

⁵¹ Art. 675, inc. 2^o: “Se requiere además -para que valga la tradición- que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así, el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges”.

⁵² Art. 676: “Se requiere también para la validez de la tradición que no se padezca error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse, o de la persona a quien se hace la entrega, ni en cuanto al título. Si se yerra en el nombre solo es válida la tradición”.

⁵³ Hay una tendencia en los autores nacionales a pensar que cuando en un determinado acto jurídico el error en cuanto a la persona es relevante, se está en el ámbito de un acto *intuitu personae*. A nuestro juicio, este planteamiento debe revisarse.

⁵⁴ Art. 677: “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 la otra se tiene el ánimo de recibir a título de donación, o sea cuando por las dos partes se suponen títulos traslativos de dominio, pero diferentes, como si por una parte se supone mutuo y por otra donación”. En el Proy. de 1853, Bello se inspira en los libros 55, 18 y 36 del Digesto, y en el § 238 de la mencionada obra de Pothier en que el autor intenta conciliar la conocida contradicción entre los textos de los juristas Ulpiano y Juliano. El art. 678, por su parte, que dice: “Si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de estos invalida la tradición”. En el Proy. de 1853, Bello dice inspirarse en el libro 31 del Digesto relativo a la adquisición de la posesión. Sin embargo, no queda totalmente claro si el error del mandatario se produjo en el momento en que —facultado para ello— celebró el

traslaticio de dominio y la otra no, por ejemplo, cuando una parte tiene el ánimo de entregar a título de comodato y la otra de recibir a título de donación; sea cuando ambas partes suponen títulos traslaticios pero de distinta naturaleza, por ejemplo, cuando una entrega a título de mutuo y la otra recibe a título de donación. Con esta norma queda zanjada definitivamente la antigua antinomia entre los textos de Ulpiano y Juliano, que ya en su momento comentamos: aunque ambos títulos sean traslaticios de dominio, si las partes no están de acuerdo en el fundamento específico de la adquisición, el título quedará anulado por ese solo hecho. Aquí no hay más que decir: la nulidad afecta al título de la tradición, lo que hace que la entrega no pueda ser eficaz desde el punto de vista traslaticio de dominio. Con esto queda además definitivamente esclarecido el tema de la definición de tradición de nuestro Código Civil. Si se estudia el art.670 en conexión con el que analizamos en esta parte, vemos claro que lo que importa no es la “intención general de transferir y de adquirir” sino el acuerdo voluntario específico en que se funda una entrega. Es, además, un argumento sólido para afirmar que la tradición es esencialmente dependiente de su título y que no hay un error que pueda afectar a la “convención tradición”⁵⁵.

Algo parecido puede decirse respecto de la tradición sometida a condición. Podría pensarse también que el hecho de que la tradición pueda ser sometida a condición, da a la figura un estatus de acto independiente: como todo acto jurídico, es susceptible de estar sujeto a determinadas modalidades⁵⁶. En el art. 680 inc. 1^o⁵⁷, que nos habla de la tradición que transfiere el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, también se observa lo que hemos venido señalando a lo largo de este trabajo: la tradición depende esencialmente del título para producir sus efectos. En este artículo, en consecuencia, las condiciones se refieren al título, en el sentido de que son pactos o cláusulas que producen una alteración en cuanto al funcionamiento regular de un contrato que se dirige a la transferencia de la propiedad. Es más, si claramente no se señalara en el título la existencia de esta condición, la entrega produciría –si se cumplen las demás condiciones necesarias– el efecto normal, esto es, inmediatamente adquisitivo o definitivamente dominical, según se trate de uno u otro supuesto de condición.

El inciso 2^o del art. 680⁵⁸, que describe la situación de la reserva de dominio por el no pago del precio, reviste un mayor grado de dificultad, debido a que plantea una solución contraria a la que contempla el art. 1874⁵⁹, referido a la compraventa, donde se niega valor a

acto en que consiste el título, o si se produjo en otro momento, es decir, en el momento de la entrega. Nos parece más probable que el artículo se refiriese al error en el título del mandatario o representante, debido a la colocación de esta norma, inmediatamente a continuación de la que se refiere al error en el título. De todos modos, no puede decirse que se excluya la segunda posibilidad. En el caso de que el error haya afectado al título, entonces, está claro que debe aplicarse literalmente lo que dice este artículo, y se entiende que, por ser nulo el título, la entrega ya no tiene la posibilidad de traspasar ni el dominio ni la posesión. En caso de que el mandatario hubiese sido facultado tan solo para la entrega de la cosa y hubiese entregado por error un objeto distinto, nos parece que se produce una situación de pago de lo no debido: se trata de una entrega que no tiene causa. En efecto, al entregarse una cosa que no se debe, estamos en el ámbito de una *solutio indebiti*, que históricamente –nos referimos al Derecho Romano– indica una serie de supuestos en los que se paga por error algo que no se debe, configurándose una *datio ob causam* que habilita al *dans* a repetir el pago por medio de la *condictio*. Es cierto que desde el punto de vista de la adquisición del dominio hemos dicho que la tradición no es una convención extintiva de obligaciones, pero desde el punto de vista obligacional, naturalmente que cumple la tradición la función de extinguir una obligación, de modo que, al producirse este tipo de error, la obligación de entregar no se extingue, *vid. supra*, p. 14, notas 39 y 40. El título, entonces, que no se ve afectado por el error, se mantiene válido y subsiste el deber de entregar la cosa verdaderamente debida.

⁵⁵ *Vid. VIAL, La tradición cit.*, p. 65: el error que describe este artículo –claramente referido al contrato traslaticio de dominio– no añade nada a la dogmática general del error, ya que “a idénticas conclusiones se hubiera llegado aplicando exclusivamente el artículo 1453”.

⁵⁶ Recordemos que una de las clasificaciones de los actos jurídicos es la que distingue entre actos puros y simples y actos sujetos a modalidad.

⁵⁷ Art. 680 inc.1^o: “La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese”.

⁵⁸ Art. 680 inc.2^o: “Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición”.

⁵⁹ Art.1874: “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; y pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho de la cosa o los derechos que hubiere constituido

dicha cláusula⁶⁰. Pero nuevamente estamos ante una cláusula que afecta al título, que es la compraventa, y que repercute, por cierto, en el significado de la entrega misma.

Pensamos que es quizá la propia definición que da el Código Civil para la tradición, la que ha inducido a algunos autores a sostener que se trata de un acto jurídico independiente, provisto de voluntad, de requisitos de existencia y validez, de modalidades, etc. Concretamente, la "intención de transferir y de adquirir", que parece sugerir a los autores que se trata de un típico acto jurídico de carácter bilateral, nos parece que ha de referirse definitivamente al título: es allí donde se concentra el ánimo de transferir y de adquirir, no pudiendo tener consistencia fuera de este contexto. De esta forma deben interpretarse, a nuestro juicio, varios de los artículos que ya hemos analizado, particularmente los referidos al error y a las condiciones que pueden afectar a la tradición (art. 676, 677, y 680). El resto de los artículos deben ser entendidos a la luz de esa serie de factores que parecen necesarios para producir, en su conjunto, la adquisición del dominio, como son la capacidad jurídica y la facultad de enajenar, así como la legitimidad para recibir, que la da, en realidad, la naturaleza específica del título, y el poder conferido para recibir a nombre del legitimado. En ese contexto, pues, deben interpretarse los artículos 672, 673 y 674. El art. 675, por su parte, no hace más que corroborar lo que ya hemos venido sosteniendo: la tradición depende esencial –aunque no exclusivamente– del título para producir efectos traslativos de dominio.

d) *Repercusiones judiciales relativas al concepto "tradición"*

Podría pensarse que las reflexiones hechas en este trabajo no tienen realmente repercusiones en el ámbito de la práctica judicial, pero vemos que sí la tienen y de graves dimensiones, en algunos casos. En efecto, el hecho de considerar la tradición simplemente como acto jurídico podría conducir a los intérpretes del derecho a soluciones que no son del todo acertadas, como la que se encuentra en el fallo dictado en recurso de casación en el fondo, que decreta la nulidad de una inscripción conservatoria, por faltar el consentimiento del tradente en el trámite de la inscripción.

Veamos el contenido de la sentencia⁶¹: una persona vende, mediante escritura pública, una propiedad inmueble a una de sus hijas y, un par de meses después, muere. Años más tarde se concede la posesión efectiva de la herencia, y luego, al solicitarse la inscripción especial de herencia a favor de la sucesión, esta es rechazada porque ya el inmueble había sido inscrito a nombre de la compradora. La otra comunera, afectada por la inscripción exclusiva hecha por su hermana, intenta, por medio de su representante legal, una demanda contra esta última, alegando que la propiedad –única pertenencia inmueble de la difunta– pertenece a la

sobre la cosa en el tiempo intermedio". El artículo que comentamos sufrió algunas alteraciones importantes en las discusiones anteriores a la redacción de su texto definitivo. En el Proy. de 1853 se daba validez a la cláusula de reserva de dominio, apoyándose para ello en la Partida 3, tít. 28, l.46; mientras que en el Proy. Inédito se elimina tal posibilidad.

⁶⁰ El tema de la validez de esta cláusula ha sido objeto de discusiones centenarias, no siendo fácil inclinarse por la primacía de una norma respecto de la otra. No nos parece que el recurso a la regla de interpretación consagrada en el art.13 del Código Civil –referida a la especialidad de una disposición legal, que debe prevalecer sobre la general– baste para zanjar la cuestión. Por otra parte, debe advertirse que la norma del art. 680 inc.2º es también una disposición específica para la compraventa, aunque, por su ubicación, pueda pensarse lo contrario. Debe atenderse, a nuestro juicio, a consideraciones prácticas, económicas y de seguridad jurídica. La validez de la reserva de dominio, que fue muy frecuente en la práctica jurídica del siglo XIX, con anterioridad a la publicación del proyecto, y que Bello consagra en el art. 680, inc.2º del Código Civil es una formidable garantía para el vendedor de que le será pagado el precio, y que le permite recuperar la cosa entregada, cuyo dominio no ha perdido. La solución, que proviene del Derecho Romano justinianeo, tuvo su importancia práctica, y no se ve la razón por la cual haya de negársele todo valor en el futuro, tan solo por un asunto de hermenéutica, que a nuestro juicio no considera otros factores de seguridad jurídica como los que intentan la protección del vendedor. Para la solución de esta cuestión *vid.*, entre otros, CLARO SOLAR, *Explicaciones cit.*, pp. 270 ss.

⁶¹ El fallo está publicado en *Gaceta Jurídica* n.229 (julio 1999). *Vid.* RODRÍGUEZ PINTO, Mª SARA. *La cláusula "se faculta al portador" y la transferencia de la propiedad por tradición*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27 N° 1, pp. 167-175 (2000) sección jurisprudencia, que hace un análisis atento y profundo del fallo, desde la perspectiva de la cláusula "se faculta al portador".

sucesión, porque ambas la adquirieron por causa de muerte, exigiendo, en consecuencia, que quede cancelada la inscripción existente en favor de la compradora. Lo interesante es constatar que el argumento que utiliza la parte demandante es que falta en este caso el consentimiento del adquirente ya que había terminado, por muerte de la vendedora, el mandato innominado en que consiste la cláusula "se faculta al portador".

La defensa de la parte demandada se concentra en la validez del mandato innominado, que fue conferido por el comprador y el vendedor, y en la no extinción del mandato por muerte de este último, pudiendo la parte sobreviviente (comprador) proceder a la inscripción.

La sentencia de primera instancia es doctrinariamente muy consistente: el cons. 5° dice que el contrato de compraventa deja constancia clara del consentimiento o voluntad de la vendedora y que ello es suficiente en orden a la transferencia de la propiedad, faltando solamente los trámites tendientes a la inscripción conservatoria, para lo cual en la misma escritura se faculta al portador de copia autorizada para requerir y firmar las inscripciones y anotaciones que sean necesarias. Por otra parte, el cons. 7° añade que la cláusula en cuestión es un mandato peculiarísimo, tanto por la pluralidad de mandantes, como porque impone al que lo acepta una obligación de hacer, de carácter indivisible, de modo que cualquiera de los mandantes (comprador o vendedor) puede exigir su cumplimiento. En mérito de todo lo anterior, se rechaza la demanda y se declara válida la inscripción hecha en favor de la compradora.

La sentencia de segunda instancia confirma la de primera, pero añade elementos que logran en definitiva complicar el asunto y preparar el terreno para que el máximo tribunal termine por anular ambas sentencias de grado.

La Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación interpuesto por la parte vencida, admite una de las pretensiones de la demandante, estableciendo que la posesión legal de la herencia fue adquirida en común por las herederas al momento de la muerte de la causante, y que, antes de haberse inscrito la compraventa celebrada entre la madre y una de sus hijas, la propiedad era de la sucesión de la madre y, por tanto, ya pertenecía a la comunidad formada por la demandante y la demandada. La doctrina, que aparece especialmente desarrollada en el cons. 6°, dice, en sustancia, que el contrato de compraventa es solo un título traslativo de dominio, y, como tal, no tiene por sí solo la virtud de transferir el dominio, siendo necesario que concurra el modo de adquirir llamado tradición. Y luego agrega que, al ser la tradición un acto jurídico de carácter bilateral, necesita del consentimiento de ambas partes involucradas, según lo dispone claramente el art. 670 al hablar de "facultad e intención de transferir el dominio y de capacidad e intención de adquirirlo". En consecuencia, a juicio del máximo tribunal, la inscripción hecha por la compradora es nula, ya que, a la fecha en que esta fue practicada, ya había muerto la vendedora, circunstancia que produjo la extinción del mandato.

La solución de la Corte Suprema no nos parece acertada, en primer lugar, debido a que lo determinante en la tradición es el título traslativo de dominio, siendo aquí donde se manifiesta sustancialmente la voluntad específica de transferir y de adquirir. La manifestación de voluntad en orden a la compra y a la venta es, pues, perfecta y completa, de modo que el consentimiento o intención de las partes que exige el art. 670 del Código Civil se hace presente. Y aunque no es relevante a estos efectos, podemos agregar que incluso la vendedora estaba dispuesta a entregar ya que, en el mismo título de la compraventa, se autoriza al portador de copia autorizada a realizar la transferencia del inmueble.

Pensamos que puede verse en este fallo una aplicación demasiado literal del art. 670 del Código Civil, en la que se olvida que la figura compleja que llamamos tradición exige tan solo una voluntad, la que se expresa en el título, y que la intención a la que alude el referido artículo solo puede referirse al mismo. De este modo, al no exigirse una expresión de voluntad para hacer efectiva la tradición-entrega, que en el caso que estudiamos procede mediante la inscripción del extracto del título, basta con que se haya expresado en el título la intención de transferir el dominio. Es cierto que para adquirir el dominio y la posesión del inmueble es necesario hacer la inscripción, pero no hay inconveniente que este acto lo efectúe aquel que

fue encargado aunque la persona que confirió el encargo ya haya muerto en el momento de la inscripción.

Un punto que añade complicaciones al caso que analizamos es el de la cláusula “se faculta al portador”, la cual suele ser considerada como un mandato, que, según las reglas generales, termina con la muerte del mandante o mandatario. Pese a no estar suficientemente claro que la cláusula sea un mandato, ya que falta el consentimiento del mandatario⁶², en el juicio que analizamos no se plantea esta cuestión directamente: se da por sentado que se trata de un mandato. Pero es aquí donde se advierte una solución distinta en la sentencia de primera instancia y en el recurso de casación. En el primer fallo se establece que se trata de un mandato especial, conferido por una pluralidad de mandantes y que impone al mandatario una obligación de hacer (la inscripción) que es de suyo indivisible, pudiendo cualquiera de los mandantes –incluso sus herederos– exigir su cumplimiento. La solución es correcta desde el punto de vista jurídico, y no se contradice con el art. 2163, inc.5° del Código Civil, ya que esta disposición se refiere a la muerte del mandante y no se pone en la situación de ser varios los mandantes. Debe entenderse, pues, que la muerte de uno de los mandantes (uno de los acreedores de la obligación indivisible) no extingue el mandato impuesto al mandatario de obligación indivisible, y que cualquiera de los acreedores puede exigir su cumplimiento. De este modo se hace una aplicación fina del art. 1527 del Código Civil⁶³.

La Corte Suprema, en cambio, sin reparar, en primer lugar, que se trata de una pluralidad de mandantes, y que uno de ellos está vivo, y sin advertir, en segundo lugar, que la obligación impuesta al mandatario es de naturaleza indivisible, declara que el mandato debe extinguirse sin más por la muerte del mandante. Nos parece que es una solución que no alcanza a discernir la complejidad de la cuestión, dando a los textos legales una interpretación literal y poco profunda.

Quizá las cosas se habrían simplificado si la compradora hubiese pedido la cancelación de la inscripción realizada en favor de la sucesión, que era incompatible con la que había conseguido como compradora del inmueble. Sin embargo, y en cualquier caso, nos parecen plenamente convincentes los argumentos dados por el tribunal de primera instancia, tanto por lo que se refiere al consentimiento, que es relevante tan solo en el título, como por lo que atañe a la subsistencia de la cláusula, a pesar de la muerte de la vendedora.

No pensamos que la opinión desarrollada más arriba en relación con el caso que se discute, implique un desconocimiento del principio de la bilateralidad de la adquisición dominical, ya que no se da al título una virtud directamente traslativa del dominio. La interpretación que hemos dado a la normativa de la tradición, pues, solamente pretende que la voluntad manifestada de común acuerdo y vertida en un título válido y eficaz, pueda surtir plenamente efectos, sin que quede trabada por defectos posteriores que nada tienen que ver con la referida intención de transferir y de adquirir. Es más, la lectura que hace la Corte Suprema respecto del caso en cuestión, nos parece que se aviene mejor con otros sistemas jurídicos como el alemán, que exige un acuerdo voluntario sustantivo en el momento de la transferencia, en desmedro de la causa típica y específica, pero no con el chileno, que sigue siendo un sistema causado, de inspiración romanística, que da al título concreto en que se funda la transferencia un rol decisivo y determinante.

⁶² Esta razón ha hecho pensar a los autores que la figura puede entenderse mejor dentro de la categoría de oferta de mandato o de acto unilateral de apoderamiento. La segunda tesis, que se inclina por pensar que se trata de un acto unilateral de apoderamiento, nos parece más convincente. En efecto, el acto unilateral de apoderamiento, con pluralidad de sujetos, es perfecto desde su otorgamiento, y, siendo la obligación del apoderado indivisible, se aplican las reglas sobre la indivisibilidad activa de las obligaciones. *Vid.*, en este sentido, RODRÍGUEZ PINTO, M^a SARA, *La cláusula cit.*, en *Revista Chilena de Derecho cit.*, pp. 171 s.

⁶³ *Vid.* RODRÍGUEZ PINTO, M^a SARA, *La cláusula cit.*, en *Revista Chilena de Derecho cit.*, pp. 171 s.

CONCLUSIONES

1. La definición de tradición de nuestro Código Civil claramente destaca el ánimo o intención de transferir y de adquirir, por encima de las causas típicas. Esta consideración arranca de causas históricas, entre las que resalta la tendencia de los juristas bizantinos a desquiciar la voluntad de su raíz específica y a erigir el ánimo como elemento básico sobre el que gira todo acto jurídico.
2. No nos parece que la definición de tradición de nuestro Código Civil sea lo suficientemente exacta, y, de no haberse incluido en el mismo cuerpo legal los artículos que permiten comprender la institución a cabalidad, podría entenderse que estamos en el contexto de una tradición abstracta, al estilo de la que se observa en el derecho alemán.
3. La tradición es una institución que depende esencialmente de su título, de modo que la voluntad de transferir y de adquirir el dominio se remite necesariamente a él. El art. 675, referido a la exigencia de un título traslativo de dominio para que la tradición tenga valor; los art. 676 y 677, que regulan el error en el título; y el art. 680, que contempla las cláusulas que, insertas en el título modifican los efectos normales de la transferencia, manifiestan que la tradición no tiene sentido sino en subordinación a la causa objetiva y típica que le da sustento.
4. El único concepto que puede predicarse cómodamente de la tradición considerada como figura unitaria es el de “modo de adquirir el dominio”, y, en este sentido, las únicas distinciones que no violentan la naturaleza de la tradición son las que, a efectos teóricos, se hacen a propósito de los modos de adquirir el dominio.
5. Si se quiere entender la tradición en el marco de la teoría general del acto jurídico, únicamente puede decirse que la adquisición de la propiedad por tradición es un resultado o efecto de una serie de factores que actúan en conjunto. Aquel cúmulo de condiciones, que hemos llamado “supuesto de hecho” producen un resultado jurídico: la adquisición de la propiedad.
6. Dentro de ese supuesto de hecho podemos localizar elementos que son en sí mismos actos jurídicos: el título que fundamenta la entrega, y al que sí pueden aplicarse sin problemas las categorías y distinciones propias del concepto, y otros que pueden ser calificados tan solo de hechos: la entrega material de la cosa.
7. La entrega material de la cosa no puede ser considerada en sí misma como acto jurídico, ya que, aun tratándose de un hecho voluntario en el sentido de que debe producirse de una manera consciente, esa voluntad no es suficiente como para constituir un acto jurídico. Lo que sí puede ser considerado autónomamente como acto jurídico es el título que sustenta la entrega, que es realmente un acto voluntario, encaminado a producir unos determinados efectos jurídicos.
8. Las clasificaciones que tradicionalmente se hacen a propósito de la tradición como acto jurídico, suelen causar diferentes problemas, lo cual es una prueba más de que se intenta colocar la institución en moldes que le son inapropiados. De este modo, puede decirse que la tradición, como figura unitaria, no es un acto jurídico, sino un complejo supuesto de hecho y, por esta razón, no puede ser considerada, ni como una convención modificadora ni como extintiva de obligaciones.
9. Las disquisiciones que se hacen a fin de dilucidar si la tradición es un hecho o un acto jurídico, no se hacen solo a efectos teóricos. Las importantes repercusiones prácticas que se derivan de una u otra opinión son ostensibles en el caso desarrollado en este trabajo.