

9.-) La tradición.¹

Sumario:

9.1. Definición: art. 670

9.2. Características

9.3. Campo de aplicación e importancia

9.4. Entrega y tradición

9.5. Requisitos de la tradición

a) Presencia de dos partes

b) Consentimiento del tradente y del adquirente

c) Existencia de un título traslativo de dominio

d) La entrega de la cosa, con la intención de transferir el dominio

9.6. Efectos de la tradición

a) Efectos de la tradición, cuando el tradente es dueño de la cosa que entrega

b) Efectos de la tradición cuando el tradente no es dueño de la cosa que se entrega

c) Adquisición del dominio por el tradente, con posterioridad a la tradición

d) Cuando puede pedirse la tradición

e) Tradición sujeta a modalidades

9.7. Especies o formas de efectuar la tradición

a) Tradición de los derechos reales sobre una cosa corporal mueble

b) Tradición de los derechos reales sobre una cosa corporal inmueble

c) Tradición del derecho de herencia

d) Tradición de los derechos personales

9.1. Definición: art. 670.

El Código Civil la define como “un modo de adquirir el dominio de las cosas y (que) 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 / Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales”.

Del concepto legal, es posible formular las siguientes observaciones fundamentales:

1º La sola entrega es insuficiente para que se verifique la tradición, pues resulta esencial el elemento psicológico, consistente en la intención de transferir el dominio, por parte del tradente, y en la intención de adquirirlo, por parte del adquirente.

2º La ley es más exigente con el tradente, pues ha de tener la “facultad” para transferir el dominio, mientras que al adquirente sólo se le exige la “capacidad” para celebrar válidamente la convención. Nos remitimos a lo expuesto a propósito de la facultad de disposición, dentro del estudio de “La propiedad”.

3º La tradición no sólo opera para transferir el dominio, sino que también los demás derechos reales e inclusive los derechos personales (artículo 699).

9.2. Características.

¹ Fecha de la última modificación: 30 de diciembre de 2016.

a) Es un modo de adquirir derivativo: el dominio no nace con el adquirente, sino que viene de otra persona, el tradente. En esto, la tradición se parece a la sucesión por causa de muerte y se diferencia de la ocupación, la accesión y la prescripción. Esta característica de la tradición determina los derechos que el adquirente obtiene con ella. Siendo derivativo, este modo no transfiere al adquirente más derechos de los que tenía el tradente, y concretamente, si éste no era dueño de la cosa tradida, no lo será el que la recibe, puesto que nadie puede transferir más derechos que los que tiene (art. 682, inc. 1º: “Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada”).

La tradición es el único modo derivativo que opera entre vivos.

b) No sólo sirve para adquirir el dominio, sino también todos los derechos reales y personales (arts. 670, inc. 2º; 699), con excepción de los personalísimos cuando el tradente sea el titular de los mismos, porque tales derechos son inalienables. Sin embargo, si pueden adquirirse por tradición, cuando se constituya un derecho real de uso o de habitación. Dicho en otras palabras, cuando nazca el derecho real, opera la tradición. Después, ya no puede operar, pues el derecho es personalísimo.

También se asemeja en esto a la sucesión por causa de muerte (que permite adquirir toda clase de derechos, reales y personales, salvo los intransmisibles) y a la prescripción (que permite adquirir toda clase de derechos reales, con excepción de las servidumbres discontinuas e inaparentes), y se diferencia de los otros dos modos originarios (ocupación y accesión), que sólo posibilitan adquirir cosas corporales.

c) Por regla general, es un modo de adquirir a título singular. Excepcionalmente, lo es a título universal, en el caso de la tradición del derecho de herencia. Al respecto, debemos hacer dos precisiones:

- No se transfiere el patrimonio del tradente, sino el del causante; tratándose del patrimonio del tradente, jamás la tradición puede ser a título universal.
- Hay tradición del derecho de herencia, cuando el heredero, habiendo fallecido el causante, cede su derecho. Pero el traspaso de los bienes del difunto al heredero opera por la sucesión por causa de muerte y no por la tradición.

d) Modo de adquirir que puede operar a título gratuito o a título oneroso: si el antecedente es una donación, será a título gratuito; si es una compraventa, será a título oneroso. Se suele afirmar que es el único de los modos de adquirir que puede operar a título oneroso, con la salvedad que en la accesión, hay ciertas figuras en las que el adquirente debe efectuar un pago, aunque no como requisito para adquirir el dominio, sino a consecuencia de la adquisición del dominio. No se trata entonces de que el “título” sea oneroso, pues en la accesión sólo hay modo, no título, y la obligación se hace exigible después de que se adquiere el dominio, y no antes, como ocurre en la tradición. Con todo, nos remitimos a lo expuesto al tratar de “Los Modos de adquirir”, en cuanto ahí señalamos que en nuestra opinión la prescripción también puede operar a título oneroso, según el carácter que tenga el título en virtud del cual el prescribiente entró en posesión.

e) Modo de adquirir que opera entre vivos.

f) Es una convención: es un acto jurídico bilateral, pero no un contrato, porque en la tradición no se crean derechos y obligaciones, sino que por el contrario, se extinguen o se transfieren. En este sentido, la tradición implica también, por regla general, **un pago**, que hace el tradente al adquirente, pues el pago es precisamente la prestación de lo que se debe. Con todo, en el mutuo hay tradición pero no pago, pues ninguna obligación existía antes de que se produzca la primera.

g) Sirve de justo título para prescribir: cuando el tradente no es dueño de la cosa que entrega, la tradición no es un modo de adquirir, sino que sirve de justo título para que el adquirente gane con posterioridad la cosa por prescripción.

9.3. Campo de aplicación e importancia.

a) Es muy frecuente en la vida jurídica, porque el contrato más usual es la compraventa, a la que debe seguir necesariamente la tradición, para adquirir el dominio.

b) En virtud de la tradición se puede adquirir no sólo el derecho de dominio, sino cualquier otro derecho real y aún los derechos personales, con excepción de los personalísimos, salvo, según vimos, al constituirlos.

c) La tradición es requisito para ganar las cosas por prescripción ordinaria, cuando se invoca un título traslativo de dominio.

9.4. Entrega y tradición.

La entrega, en términos generales, es el traspaso material de una cosa de manos de una persona a otra. Puede constituir una entrega propiamente tal (o simple entrega) o una tradición. Entre ambas, hay diferencias:

a) En la tradición, al efectuarse la entrega, existe de parte del tradente y del adquirente la intención de transferir y de adquirir el dominio, intención que no existe en la entrega propiamente tal, sin perjuicio que el acto material sea el mismo, tratándose de los bienes muebles.

b) Esta intención se manifiesta en la tradición por la existencia de un título traslativo de dominio. De tal modo, si hubo compraventa con anterioridad, se deduce que hay tradición; en cambio, tratándose de la entrega, existe como antecedente un título de mera tenencia.

c) En virtud de la tradición, se adquiere el dominio o la posesión. En cambio, en el caso de la entrega propiamente tal, se obtiene sólo la mera tenencia, la que por regla general, no habilita para adquirir por prescripción.

No obstante las diferencias apuntadas, el legislador suele confundir ambos términos: así, en el art. 1443, al definir los contratos reales, emplea la expresión “tradición”, debiendo haber dicho “entrega o tradición”; en el art. 2174, inciso 2º, al definir el comodato, ocurre igual; en el art. 2196, referido al mutuo, debió decir “tradición” y no “entrega”, como correctamente se hace en el art. 2197; en cambio, en el art. 2212, al aludir al contrato de depósito, se usa correctamente “entrega”. Algunos, también creen ver esta confusión en el art. 1824, en la compraventa, cuando al aludir a las obligaciones del vendedor, se dice “entrega o tradición”; en este caso, no existiría tal confusión sin embargo: en efecto, no debe creerse que al usar la disyunción “o” se hizo sinónimos entrega y tradición, sino que

se pretendió dejar en claro que el vendedor cumple su obligación haciendo tradición (si estamos ante una venta de cosa propia) o sólo entregando la cosa (si se trata de venta de cosa ajena).

En verdad, el Código Civil emplea la voz “tradición” al menos en tres acepciones, según la materia de que se trate: i) en su acepción más propia, es decir como modo de adquirir el dominio (artículos 670; 2197); ii) aludiendo a la entrega material o ficta de la cosa (artículo 702), en la posesión; y iii) refiriéndose a la entrega de la cosa para entrar sólo en la mera tenencia de ella (artículo 2174). Por ende, en cada caso, habrá que determinar a cual de estas tres acepciones corresponde la palabra.

Así, por ejemplo, al expresar el inc. 2° del art. 2174, en las normas del comodato, que “Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa”, resulta evidente que se trata de la tercera acepción. En cambio, el art. 2197, en las normas del mutuo, expresa que “No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio”. Nótese que ambos preceptos tienen un tenor similar, salvo en la parte final del segundo, cuando ahí se advierte que *en ese caso*, “la tradición transfiere el dominio”.

9.5. Requisitos de la tradición.

Cuatro requisitos deben cumplirse, para que opere la tradición:

- a) Presencia de dos partes.
- b) Consentimiento del tradente y del adquirente.
- c) Existencia de un título traslativo de dominio.
- d) La entrega de la cosa, con la intención de transferir el dominio.

Los analizaremos seguidamente.

- a) Presencia de dos partes.

Este requisito es una consecuencia del carácter de convención que tiene la tradición, que requiere por ende la manifestación de voluntad de dos o más partes. El art. 671, inc. 1° define qué se entiende por tradente y adquirente: “Se llama *tradente* la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre, y *adquirente* la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre”.

- a.1) Circunstancias que deben concurrir en el tradente:

1° Debe ser dueño de la cosa que entrega o del derecho que transfiere.

Si el tradente no es dueño de la cosa o derecho, la tradición es válida, pero no transfiere el dominio, puesto que nadie puede transferir más derechos que los que se tiene. Pero por otro lado, quien recibe la cosa, puede llegar a adquirirla más adelante. Los arts. 682 y 683 se refieren a este caso. Precisamente en este punto está la diferencia entre la tradición y la simple entrega, y la gran importancia que la primera tiene en nuestro derecho civil. El adquirente puede llegar a adquirir el dominio por prescripción, porque con la tradición adquiere la posesión de la cosa, la recibe para sí con ánimo de señor y dueño. Y podrá hacerlo, conforme al art. 683, aunque el tradente no haya tenido el derecho de ganarla por prescripción (por ejemplo, porque era un mero tenedor o un poseedor violento): “La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho”.

En tal sentido, la Corte Suprema ha declarado que “la inscripción de una venta de cosa ajena realiza la tradición, y por este medio el adquirente principia una posesión que le dará el derecho de adquirir el dominio por prescripción”.

La ley también se pone en el caso que el tradente adquiera el dominio con posterioridad a la tradición: art. 682, inciso 2°. Se reputa que el adquirente se hizo dueño de la cosa desde el momento de la tradición. La disposición está relacionada con el art. 1819, en la compraventa.

2° Debe tener facultad para transferir el dominio.

La expresión empleada en el art. 670, se refiere a la facultad o poder de disposición, que implica, entre otros supuestos, la capacidad de ejercicio. Así, si el tradente es un representante legal que entrega un bien del representado, deberá cumplir con las formalidades correspondientes, sin las cuales no tiene poder para enajenar libremente, es decir, carece de facultad de disposición. Lo expuesto se corrobora en el artículo 1575, inciso 2°, en las normas del pago, que exige la libre disposición de los bienes, según veremos en el literal siguiente.

a.2) Capacidad del adquirente.

De acuerdo al art. 670, debe tener capacidad para adquirir. Según esta disposición, tanto el tradente como el adquirente deben tener capacidad, pero no es la misma la que se exige en uno u otro caso.

Según Alessandri, el tradente debe tener *capacidad de ejercicio*, mientras que el adquirente basta que tenga *capacidad de goce*.

Según Somarriva, la capacidad que la ley requiere en el adquirente es la *capacidad de administración*, y en el tradente, la *de disposición*; la plena capacidad de ejercicio en ambos entonces, lo que se vería corroborado por los artículos relativos al pago: art. 1575, inc. 2°, del cual se desprendería que la capacidad del tradente es la de libre disposición de los bienes; en este precepto, el pago no es otra cosa que la tradición, y la facultad de enajenar supone la facultad de disposición. En cuanto a la capacidad del adquirente, se alude al art. 1578 número 1, según el cual el pago hecho al acreedor es nulo si no tiene la libre administración de sus bienes (salvo en el caso del art. 1688).

Para Peñailillo, el adquirente también debe ser plenamente capaz, de acuerdo a las reglas generales, desde el momento que está celebrando un acto jurídico.

Kiverstein señala, en el mismo sentido, que siendo la tradición un acto jurídico bilateral, ambas partes deben tener plena capacidad de ejercicio.

La conclusión, entonces, es que el adquirente ha de tener **capacidad de ejercicio**.

b) Consentimiento del tradente y del adquirente.

Consecuencia también del carácter de acto jurídico bilateral de la tradición. Lo dice el art. 670, cuando exige que haya intención de transferir por una de las partes y de adquirir por la otra, exigencia corroborada por los arts. 672 y 673. El primero se refiere a la voluntad del tradente: “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”. El segundo se refiere a la voluntad del adquirente: “La tradición, para que sea válida, requiere también el consentimiento del adquirente o de su representante. / Pero la

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

Si falta la voluntad de una de las partes, la tradición se valida retroactivamente por la ratificación de la parte que no hubiera prestado su consentimiento. Esto es una consecuencia necesaria de lo que señalábamos, en cuanto la tradición es válida aunque se haga por quien no es dueño de la cosa.

b.1) La tradición puede verificarse por medio de representantes.

Ello es perfectamente posible, de acuerdo a la norma general del art. 1448 y al art. 671, inc. 2°. Dispone el último: “Pueden entregar y recibir a nombre del dueño sus mandatarios, o sus representantes legales”.

Cabe recordar que puede hacerse por medio de representante todo acto jurídico que puede celebrarse personalmente, con la sola excepción de aquellos que la ley prohíba expresamente realizar por medio de mandatario, como el testamento (art. 1004).

Los representantes deben actuar sí dentro de los límites de su representación (art. 674), lo que también es una aplicación de las reglas generales (arts. 2131 y 2160, en el mandato).

En este punto, cabe mencionar la representación del tradente en las ventas forzadas, realizadas en los juicios ejecutivos o en los procedimientos concursales de liquidación: art. 671, inc. 3°. Dispone este precepto: “En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el juez su representante legal”. Esta disposición crea una figura especial de representación legal, que debemos sumar a las señaladas en el art. 43. Estamos aquí ante ventas forzadas hechas a petición de un acreedor y en pública subasta, en las que el juez asume la representación del deudor para los efectos de realizar la tradición (no quedan comprendidas entre las ventas forzadas otras ventas que se hacen en pública subasta pero que no tienen el mencionado carácter de forzadas, como por ejemplo las ventas de los bienes raíces de las personas sometidas a guarda, art. 394).

Las ventas forzadas son en realidad un verdadero contrato de compraventa; prueba de ello es que el legislador, al ocuparse de este contrato, en muchos casos se refiere expresamente a las ventas forzadas, como por ejemplo, al aludirse a las indemnizaciones en materia de evicción (art. 1851) y a la lesión enorme, que no tiene cabida en las ventas forzadas (art. 1891). En las ventas forzadas de inmuebles, el juez firmará la escritura pública de venta en representación del ejecutado, debiendo insertarse en ésta el Acta de Remate, de acuerdo a las normas del juicio ejecutivo, del Código de Procedimiento Civil.

Algunos han objetado que en el caso de las ventas forzadas no existiría tradición, porque no hay consentimiento, voluntad del dueño de la cosa, o sea, del ejecutado. Pero se responde que tal consentimiento hay que buscarlo en otra forma. De acuerdo al art. 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, se entienden incorporadas en un contrato todas las leyes vigentes al tiempo de su otorgamiento; y conforme al art. 2465, que contempla el derecho de prenda general, se autoriza al acreedor para hacerse pagar en todos los bienes del deudor. Ahora bien, en virtud de este derecho de prenda general, toda persona, al contratar, sabe que si no cumple con su obligación, el acreedor podrá sacarle a remate sus bienes. Aquí se encontraría entonces, el verdadero consentimiento del ejecutado, según nuestra Corte Suprema.

Esta explicación, se ha señalado, es aceptable para ejecuciones fundadas en contratos que originaron las obligaciones en mora, pero insuficiente para las que resultan de

obligaciones extracontractuales. Respecto a éstas, a nuestro juicio también podríamos afirmar que el consentimiento del tradente se da anticipadamente, pues cualquiera persona que cometa un delito o cuasidelito, sabe de antemano que tales hechos ilícitos originarán responsabilidad civil y que por ende sus bienes podrán ser embargados y en definitiva subastados (artículo 2329 del Código Civil).

Se ha señalado que el problema puede solucionarse aceptando la teoría de la representación-modalidad de los actos jurídicos, que postula que no es la voluntad del representado la que contrata, sino la del representante.

b.2) Sobre qué debe recaer el consentimiento en la tradición.

Recae:

1° Sobre la cosa objeto de la tradición.

2° Sobre el título que le sirve de causa.

3° Sobre la persona a quien se efectúa la tradición.

Como todo acto jurídico, la tradición debe estar, en lo que a la voluntad de las partes se refiere, exenta de vicios. En el título de la tradición, el legislador no reglamentó los diversos vicios del consentimiento, excepto en lo relativo al error (arts. 676 a 678), de manera que respecto del dolo y de la fuerza se aplican las reglas generales (arts. 1452 y siguientes).

Las hipótesis de error pueden ser:

1° Error en la cosa tradida: art. 676. Esta disposición está en perfecta armonía con el art. 1453. Habrá nulidad en este caso.

2° Error en la persona: art. 676. En este punto, hay una excepción a los principios generales, de acuerdo a los cuales, el error sobre la persona no vicia el consentimiento, salvo que la persona sea el motivo determinante del acto o contrato. Tratándose de la tradición, el error en la persona anula la misma, según se establece en el artículo citado. Ello se explica, porque la tradición no es sino el cumplimiento de la obligación que nace del contrato. Ahora bien, el pago debe ser siempre hecho al acreedor, y de lo contrario es nulo o ineficaz para extinguir la obligación (art. 1576). Sobre este particular, más lógico que hablar de nulidad, sería decir que en este caso hay pago de lo no debido, y por lo tanto, podría repetirse lo pagado. En todo caso, si el error no recae en la persona sino sólo sobre el nombre, la tradición es válida (arts. 676, inc. 2°, 1057 y 1455).

3° Error en el título de la tradición: art. 677 (que guarda armonía también con el artículo 1453). Puede presentar dos aspectos y en ambos invalida la tradición:

- Ambas partes entienden que hay un título traslativo de dominio, pero el error consiste en que se equivocan en cuanto a la naturaleza del título (“como si por una parte se supone mutuo, y por otra donación”).
- Una parte entiende que hay título traslativo de dominio y la otra entiende que hay sólo un título de mera tenencia (“cuando por una parte se tiene el ánimo de entregar a título de comodato, y por otra se tiene el ánimo de recibir a título de donación”).

Finalmente, el art. 678, en una disposición inútil considerando la regla general del art. 1448, establece que el error sufrido por los mandatarios o representantes legales también invalida la tradición.

c) Existencia de un título traslativo de dominio: art. 675.

Si no hay título traslativo de dominio, no hay tradición.

Se entiende por títulos traslaticios de dominio “los que por su naturaleza sirven para transferirlo” (artículo 703). Esto quiere decir que por sí mismos, no transfieren el dominio, porque ese rol lo cumplen los modos de adquirir, pero sirven de antecedente para la adquisición del dominio.

Excepcionalmente, el título será al mismo tiempo tradición: así ocurre en el contrato de mutuo, en el depósito irregular, y en algunas figuras de tradición de cosa mueble (art. 684, números 3, 4 y 5).

c.1) Casos de títulos traslaticios de dominio: la compraventa, la permuta, la donación, el aporte en propiedad a una sociedad, el mutuo, el cuasiusufructo, el depósito irregular, la transacción cuando recae sobre objeto no disputado, el contrato de arrendamiento opera como un título traslaticio de dominio, respecto de los ganados, atendido que usualmente se trata de cosas fungibles. A los anteriores, incluyen algunos la dación en pago y la novación, pero se critica esta inclusión. Respecto a la novación, se dice que sería título traslaticio de dominio cuando, por ejemplo, si se debe un hecho o servicio (obligación de hacer), se conviene en sustituirla por la obligación de transferir una cosa (obligación de dar); en lo concerniente a la dación en pago, ciertos autores niegan su carácter de título traslaticio de dominio, porque mientras estos son generadores de obligaciones, la dación en pago tiende precisamente a extinguirlas. El título traslaticio sería en realidad la fuente que creó la obligación preexistente que la dación en pago extingue a través de una prestación diversa a la originalmente pactada.

c.2) Validez del título: el título de la tradición, además de ser traslaticio de dominio, debe ser válido, es decir, no debe tratarse de un título nulo. La nulidad del título impide que la tradición pueda operar, pues todo defecto de aquél repercute en ésta. La nulidad de la tradición procede normalmente como consecuencia de que sea declarada la nulidad del contrato que le sirve de título traslaticio de dominio. Esto es lo que se denomina “influencia del título en la tradición”. Lo mismo cabe decir si hay ausencia de título traslaticio. Desde este punto de vista, se dice que la ley concibe la tradición como un acto causado (por un título) y no abstracto o independiente.

Pero el alcance de la nulidad de la tradición por falta de título o título nulo, no queda perfectamente definido. Esta indefinición se advierte en relación con el efecto posesorio de la tradición. Cuando el art. 675 dispone que la falta de título o la nulidad de éste anula la tradición, no deja en claro si esa nulidad priva de todo efecto, hasta el punto de estimar que no sólo no transfirió el dominio, sino que además nunca el adquirente recibió la cosa con ánimo de dueño, es decir, que nunca entró en posesión; o por el contrario, que es nula en cuanto mecanismo que traslada el dominio, pero que en el hecho, sí dejó al adquirente en posesión.

La primera solución, se apoyaría en el efecto retroactivo categórico de la nulidad, que elimina todo efecto o consecuencia del acto declarado nulo.

Pero la segunda solución parece la más conforme con el sistema general implantado por el CC., por las siguientes razones:

1° La parte final del art. 675 muestra que la regla parece estar dirigida más bien al traslado del dominio, sin referirse a la posesión: “Así el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges”;

2° Por otra parte, el art. 704 tiene por títulos injustos para poseer, al nulo (número 3) y al aparente (número 4), de manera que se considera que quien recibió por un título nulo o

putativo, tiene título, aunque injusto, y es poseedor, aunque irregular, pudiendo llegar al dominio por la prescripción extraordinaria;

3° Además, hay que recordar que el Código considera “título” para poseer a la ocupación, lo que equivale a admitir la posesión sin título, porque el que entra a poseer por ocupación no da justificación de su posesión. Entonces, si está permitido poseer por ocupación (que equivale a decir sin título), no parece coherente impedir la posesión si existe título, aunque nulo.

d) La entrega de la cosa, con intención de transferir el dominio (artículo 670 del Código Civil).

En todo modo de adquirir hay un hecho material, y en la tradición, es la entrega de la cosa. Como analizaremos, la forma que asume es distinta, según se trate de muebles, inmuebles, el derecho de herencia o los derechos personales.

9.6. Efectos de la tradición.

Debemos distinguir si el tradente es dueño de la cosa que entrega o que a su nombre se entrega, o si no lo es.

a) Efectos de la tradición, cuando el tradente es dueño de la cosa que entrega.

Aquí, opera el efecto normal o natural de la tradición, cual es transferir el dominio del tradente al adquirente (arts. 670, 671 y 1575).

En todo caso, puesto que estamos ante un modo de adquirir derivativo, el dominio que tenía el tradente pasa al adquirente en las mismas condiciones (si por ejemplo, tenía un gravamen o estaba sujeto a resolución, se transfiere con dicha carga y eventualidad respectivamente).

b) Efectos de la tradición cuando el tradente no es dueño de la cosa que se entrega.

La tradición es válida, lo que concuerda con el art. 1815, que establece la validez de la venta de cosa ajena. Aquí, tres situaciones pueden presentarse:

b.1) El tradente es poseedor regular de la cosa entregada: en este caso, si el adquirente está de buena fe y adquiere con justo título, también adquiere la posesión regular de la cosa entregada. Pero esto no significa que la posesión se haya transferido del tradente al adquirente, porque como veremos más adelante, la posesión no se transfiere ni se transmite, pues es un hecho y no un derecho, y sólo los derechos pueden traspasarse de un patrimonio a otro.

En este caso, el contrato que antecede a la tradición desempeña el papel de justo título y sirve al adquirente para iniciar una posesión regular. Aún más, el art. 717 permite al sucesor añadir la posesión de los antecesores con sus calidades y vicios.

b.2) El tradente es poseedor irregular: si el adquirente está de buena fe y tiene justo título, mejora el título que tenía su tradente y el título y la tradición servirán de justo título para la posesión regular. En este caso, no le conviene al actual poseedor agregar la posesión de su antecesor, porque si lo hace, la posesión regular del primero se transformará en irregular, pues la agregación de posesiones opera con sus calidades y vicios.

b.3) El tradente es un mero tenedor de la cosa entregada por él o a su nombre: siendo el tradente un mero tenedor, jamás puede llegar a adquirir la cosa por prescripción, porque la mera tenencia excluye la posesión (con la excepción contemplada en el artículo 2510 regla

tercera). Pero aún en este caso, el adquirente sí tendrá el derecho de ganar por la prescripción el dominio, aunque el tradente no haya tenido ese derecho (art. 683). Si el adquirente está de buena fe al momento de recibir la cosa (o sea, ignora que el tradente sólo es mero tenedor de la cosa tradida) y tiene justo título, será poseedor regular y podrá llegar a adquirir la cosa por prescripción ordinaria. Si le falta el justo título o carece de buena fe inicial, será poseedor irregular y podrá llegar a adquirir la cosa por prescripción extraordinaria. En estos casos, por cierto, a diferencia de los dos anteriores, no hay accesión de posesiones que pueda operar, pues siendo el tradente mero tenedor, ningún tiempo de posesión pudo acumular.

c) Adquisición del dominio por el tradente, con posterioridad a la tradición.

Ello puede ocurrir en cualquiera de los tres casos recién analizados. Nos remitimos a los arts. 682, inc. 2º y 1819, en virtud de los cuales se entiende que la transferencia del dominio ha operado desde el instante en que se hizo la tradición.

d) Cuándo puede pedirse la tradición.

Lo normal es que la tradición se efectúe inmediatamente de celebrado el contrato (art. 681). Hay tres casos en los que no puede pedirse la tradición de lo que se debe:

1º Cuando el título es condicional: la condición suspende el nacimiento del derecho;

2º Si hay plazo pendiente para el pago de la cosa: art. 681. El efecto propio del plazo es suspender la exigibilidad del derecho;

3º Cuando ha intervenido decreto judicial en contrario: en cuya virtud se ha retenido o se ha embargado la cosa que debe entregarse, el acreedor no sólo no tiene derecho a exigir la entrega, sino que el tradente no debe hacerla (arts. 1578 N° 2 y 1464 N° 3). En estos casos, habrá objeto ilícito en la tradición y por ende nulidad absoluta.

e) Tradición sujeta a modalidades.

De acuerdo con el art. 680, inc. 1º, la tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese. La modalidad debe entonces pactarse en el título que antecede a la tradición.

e.1) Tradición bajo condición resolutoria: por ejemplo, se dona un inmueble, estipulándose en el contrato de donación que el donatario deberá restituir el dominio del predio si contrae matrimonio antes de cierta edad. También estaremos ante un caso de tradición bajo condición resolutoria, cuando se constituye un fideicomiso por acto entre vivos, pues el fiduciario tiene dominio, pero sujeto a condición resolutoria.

Lo normal es que las condiciones sean expresas; pero hay excepciones en las cuales la condición es tácita, como ocurre tratándose de la condición resolutoria tácita del art. 1489. Se plantea entonces si la condición del art. 1489 afecta o no la tradición.

Ruperto Bahamondes sostiene que no se aplica, porque el art. 680 exige que la condición se exprese, excluyéndose por ende toda condición tácita.

La mayoría de los autores, concluyen por el contrario que el dominio no sólo puede transferirse bajo condición **expresa**, sino también **tácita**. Si la tradición necesita un título traslativo de dominio, y si el título se resuelve, si deja de existir (no significa otra cosa el cumplimiento de la condición resolutoria del art. 1489), resulta lógico que la tradición no pueda subsistir. Se agrega que si se recurre al art. 1489 y se obtiene por sentencia judicial la resolución del contrato, quedará sin efecto la tradición por aplicación de los principios de la resolución, pues debe restituirse lo que se recibió en virtud del título resuelto, careciendo de

importancia entonces plantearse si se aplica o no el art. 680 (en tal sentido, Alessandri y más recientemente Peñailillo). Por lo demás, tengamos presente que en las reglas de la compraventa, se vuelve a consagrar la condición resolutoria tácita, tanto desde el punto de vista del comprador que pide la resolución porque no recibe la cosa (artículo 1826, inciso 2º), cuanto desde el punto de vista del vendedor, que demanda la resolución porque no se le paga el precio (artículo 1873). Por ende, resuelto que sea el contrato de compraventa al operar la condición resolutoria tácita, quedará igualmente sin efecto la tradición que se había realizado en virtud de la compraventa.

e.2) Tradición bajo condición suspensiva: la ley se pone en el caso de que se entregue la cosa con anterioridad al cumplimiento de la condición. En este caso, una vez cumplida la condición suspensiva, se adquirirá efectivamente el dominio, sin necesidad de nueva tradición, pues ésta se efectuó anticipadamente.

Como explica Claro Solar, la tradición hecha bajo condición suspensiva “no transfiere naturalmente la propiedad, porque el propietario no se ha desprendido de ella en favor del adquirente, sino en caso que se realice el acontecimiento futuro e incierto que las partes han tenido en vista para que se efectúe la transferencia. Pero verificada la condición la transferencia del dominio tendrá lugar de pleno derecho en el momento de la realización de la condición sin necesidad de ningún acto o manifestación de voluntad posteriores”.

A su vez, las partes pueden estipular, según lo indica el artículo 680, que a pesar de entregarse la cosa, no se entenderá que hay traspaso del dominio, sino una vez que se pague el precio. El pacto mencionado constituye una aplicación de la denominada “cláusula de reserva de dominio”. El art. 680, inc. 2º, que la establece, está sin embargo en contradicción con las normas contenidas en la compraventa, específicamente en los arts. 1873 y 1874, y particularmente con la última. En efecto, quien examine aisladamente el art. 680 llegaría a la conclusión de que puede estipularse que no se transferirá el dominio mientras no se pague el precio o se cumpla una condición. Pero el art. 1874 establece otra cosa: dice que la cláusula de no transferir sino en virtud del pago del precio, no produce otro efecto que la demanda alternativa que establece el art. 1873 (que reproduce el art. 1489): vale decir, el derecho del vendedor para exigir el cumplimiento del contrato (en este caso, el pago del precio) o la resolución del contrato, esto es, dejarlo sin efecto. De tal forma, la entrega efectuada por el vendedor con la reserva mencionada del dominio, producirá de todas maneras la tradición, aunque bajo condición resolutoria.

¿Cómo se resuelve la contradicción anotada?: haciendo primar los arts. de la compraventa, porque constituyen, frente al art. 680, normas especiales, que deben aplicarse con preferencia, de acuerdo al principio de la especialidad, consagrado en el art. 13.

e.3) Tradición sometida a un plazo: aunque el art. 680 no se pone en este caso, la tradición, o más bien el título traslativo que la precede, también puede tener esta modalidad.

Tratándose de un plazo suspensivo, cabe precisar que no se trata de que la obligación de efectuar la tradición se postergue para el futuro, sino que se conviene que la tradición que ahora se efectúa, comenzará a producir sus efectos desde que llegue cierto día. Se trata de una tradición anticipada, al igual que aquella hecha bajo condición suspensiva, aplicándose de la misma forma lo dicho respecto de la reserva de dominio.

A su vez, tendría lugar la tradición a plazo extintivo, si se pacta que llegado cierto día se extinguirá el dominio para el adquirente. Este sería el caso del fideicomiso, cuando la restitución debe efectuarse a la muerte del propietario fiduciario.

e.4) Tradición sujeta a un modo: tampoco se refiere el artículo 680 a esta posibilidad, pero nada obsta a que las partes estipulen que la cosa objeto de la tradición, deberá destinarse

por el adquirente al cumplimiento de un modo. En este caso, el incumplimiento del modo facultará al tradente para pedir la resolución del contrato, conforme a las reglas de la condición resolutoria tácita ya mencionadas. Así, por ejemplo, se vende un inmueble a una congregación religiosa, y se pacta en la compraventa que el predio deberá destinarse a la construcción de un colegio. Lo mismo ocurrirá si se trata de un contrato de donación, en cuyo caso no estamos ante un contrato unilateral, como suele ocurrir con la donación, sino ante uno bilateral (artículo 1426 del Código Civil). Se trata de la llamada “donación con cargas”.

9.7. Especies o formas de efectuar la tradición.

En esta materia, debemos distinguir cuatro especies o formas de efectuar la tradición:

- a) Tradición de los derechos reales sobre una cosa corporal mueble.
- b) Tradición de los derechos reales sobre una cosa corporal inmueble.
- c) Tradición del derecho de herencia.
- d) Tradición de los derechos personales.

- a) Tradición de los derechos reales sobre una cosa corporal mueble.

Rigen la materia los arts. 684 y 685.

Esta tradición puede ser de dos clases: real y ficta.

Tradición real o verdadera, es la que se hace física o materialmente, sea entregando la cosa el tradente al adquirente, sea permitiendo el primero al segundo la aprensión material de la cosa tradida, y manifestando uno la voluntad de transferir y el otro la voluntad de adquirir el dominio: art. 684, inc. 1°. Tradición ficta o simbólica es la que se hace por medio de una ficción, símbolo o señal, que representa la cosa tradida y la pone bajo el poder o acción del adquirente.

Sobre el particular, cabe subrayar la importancia de la expresión “SIGNIFICANDO”, que utiliza el citado inciso. En efecto, es un error sostener de buenas a primeras que la tradición de cosa corporal mueble se verifica mediante la entrega de la cosa, porque dicha entrega puede o no hacerse con la intención de transferir el dominio. No existirá tal intención en los contratos que sólo proporcionan la mera tenencia de la cosa; sí existirá dicha intención en los contratos representativos de títulos traslativos de dominio. El problema se presentará cuando una de las partes crea que la entrega se efectúa a título de mera tenencia y la otra a título traslativo, hipótesis que configura error esencial en la convención y por ende permite alegar nulidad. De ahí la importancia de interpretar adecuadamente la voluntad de las partes. La sola entrega, entonces, no es suficiente para deducir que operó tradición.

La mayoría de la doctrina nacional, considera como tradición real la del número uno y aún, para algunos, las de los números 2 y 3 del art. 684. Otros, en cambio (Barros Errázuriz, Peñilillo), estiman que todos los numerales del art. 684 se refieren a casos de tradición ficta, y que la real no está mencionada explícitamente en el precepto.

Los casos contemplados en el art. 684 son los siguientes:

1° **Permitiendo la aprensión material de una cosa presente:** se exige aquí, según la doctrina, la presencia simultánea de tradente y adquirente, la presencia de la cosa a la vista y alcance de ambos y la aprensión de ella por el adquirente, asiéndola físicamente, sin oposición del tradente.

2° **Mostrando la cosa tradida:** supone también la presencia de ambas partes ante la cosa tradida. Es la forma llamada “tradicción de larga mano” o de “longa manu”, por suponerse que el tradente, por una parte, muestra la cosa de la que se desprende (usualmente, se trataba de la finca, que el tradente señalaba desde un paraje elevado) y el adquirente la aprehende ficticiamente extendiendo también sobre ella una larga mano.

3° **Entregando las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que está guardada la cosa:** tiene su origen en la “traditio clavium apud horrea” (entrega de las llaves de la tienda). Mientras que para algunos autores ésta es la forma de tradición simbólica por excelencia, en la cual las llaves constituyen el símbolo de la entrega, otros en cambio, han entendido que también es ésta una forma de tradición real, al permitir la tenencia de las llaves la posibilidad de tomar inmediata posesión por parte del adquirente. La ley no exige en todo caso que el almacén, cofre, etc., esté a la vista de las partes, pero la entrega de las llaves debe ser real.

4° **Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido:** del tenor del precepto, se observa que aquí queda efectuada la tradición al convenirse el encargo; se trata de un verdadero mandato por el que el tradente se encarga de poner la cosa a disposición del adquirente en algún lugar. Como no se exige que se cumpla el encargo para entender verificada la tradición, ésta queda efectuada desde luego, sin esperar a que efectivamente el tradente ponga la cosa tradida en el lugar convenido. De ahí a que se diga que en este caso, hay una especie de tradición por el solo contrato, quedando el tradente como mero tenedor en calidad de mandatario.

5° **Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como mero tenedor:** se trata de la llamada “tradicción por breve mano”: es la que se produce cuando el mero tenedor de una cosa llega a ser adquirente de ella y la retiene con ánimo de dueño. Consiste en suponer que el dueño de la cosa, al venderla, donarla, etc., al que la tenía como mero tenedor, la recibe de éste y se la vuelve a entregar por un rápido cambio de mano. Según algunos autores, la tradición está representada por la entrega que inicialmente se había efectuado por el dueño al mero tenedor (por ejemplo, al darla en usufructo o celebrar un contrato de arrendamiento). Lo que se busca por la ficción, es evitar un rodeo inútil. Desde el instante que se perfecciona la venta, donación u otro título traslativo de dominio, se entiende hecha la tradición. Por ende, en este caso, igual que en el anterior, la tradición se perfecciona con el solo contrato.

6° **Por el mero contrato en que el dueño se constituye mero tenedor:** se trata de la “constituto posesorio”. Este caso, contrario al anterior, se produce cuando en virtud del contrato el dueño de la cosa la retiene, pero ahora reconociendo dominio ajeno. Así, por ejemplo, el dueño vende la cosa, pero conviene con el comprador que la conservará en su poder en calidad de arrendatario. Se evita también una doble entrega, y al igual que en los dos casos anteriores, en la práctica estamos en presencia de una transferencia del dominio por el mero contrato.

- Tradición de bienes muebles por anticipación: art. 685.

Se trata de la tradición real de las cosas mencionadas, que se realiza, con permiso del dueño, por la separación de esas cosas del inmueble en que se encontraban. Inicialmente, la Corte Suprema concluyó que la tradición de estos bienes sólo podía efectuarse en la forma real contemplada en el art. 685, quedando excluida la tradición ficta o simbólica. Sin embargo, con posterioridad admitió que podía efectuarse en alguna de estas últimas formas. Asimismo, el máximo tribunal sostuvo que el art. 685 se refiere a un

“simple permiso del dueño”, caso diverso del art. 571, que alude a los muebles por anticipación, en el que se trata de la constitución de un derecho, no siendo por tanto aplicable a este caso el art. 685 (o sea, para constituir el derecho a favor del tercero, no se requiere, como es lógico, la separación de la cosa). La doctrina sin embargo ha concluido que los artículos citados no pueden estimarse opuestos o en conflicto, porque tratan aspectos diferentes de los muebles por anticipación. Mientras el art. 571 los define y se refiere al momento en que “nace” el mueble por anticipación, el art. 685 establece la forma como se efectúa la tradición de los mismos.

- Taxatividad de las formas enumeradas en el art. 684.

Según Claro Solar, la disposición no excluye otras formas de efectuar la tradición, no siendo taxativa la enumeración. A la misma conclusión han llegado algunas sentencias. Otros autores discrepan de tal opinión, basándose en la afirmación que sostiene que el art. 684, en sus 5 numerales, alude sólo a formas fictas o simbólicas. En tal sentido, Pescio estima “que los medios simbólicos de tradición constituyen una ficción que sólo puede ser creada por un precepto expreso de la ley”. Agrega que “el art. 723 da por adquirida la posesión, exigiendo, aparte de la voluntad, la aprensión material o legal de la cosa, y no podemos comprender una aprensión legal en donde no hay una ley expresa que la consagre”. En síntesis, sostiene que las formas fictas o simbólicas, por ser siempre creaciones de la ley, son excepcionales.

- Valor comparativo de la tradición real y ficta.

Se ha discutido el igual o diferente valor que debe atribuirse a una u otra. La ausencia de desplazamiento físico de la cosa tradida en la tradición ficta o simbólica, da mayor ocasión para el conflicto. Al respecto, puede ocurrir que un tradente efectúe una tradición ficta y luego la real, de la misma cosa, a diferentes personas: por ejemplo, “A” vende a “B” un bien mueble, conviniendo que “A” lo conservará como arrendatario (constituto posesorio); posteriormente, “A” vende dicha cosa a “C” y le efectúa tradición real.

En nuestro Derecho, el art. 1817 resuelve el problema para la compraventa: será preferido el comprador que primero haya entrado en posesión (en el ejemplo, “B”, porque hubo en su favor tradición ficta y “A” reconoció dominio ajeno). Esto implicaría que se asigna a ambas formas de tradición el mismo valor, resolviéndose el problema en términos de cual se efectuó primero.

Algunos autores extranjeros estiman que debe atribuirse mayor valor a la tradición real, en el conflicto planteado, particularmente por un afán de proteger a los terceros: la tradición ficta, al efectuarse sólo por actos simbólicos o representativos, no da noticia a los terceros del cambio de situación de la cosa; esa publicidad sólo aparece en la tradición real. Así, el segundo adquirente, que respecto de la primera tradición (la ficta) era un tercero, no estaba en condiciones de saber que estaba comprando una cosa ajena; protegiéndole, habría que conceder más valor a su tradición real.

En nuestro Derecho, el problema sólo podría discutirse para aquellos contratos distintos de la compraventa y la permuta, atendido el tenor del art. 1817. Tal sería el caso, por ejemplo, de la donación. A nuestro juicio, no habiendo normas que resuelvan el punto, parece razonable aplicar, por analogía, lo dispuesto acerca de la compraventa.

b) Tradición de los derechos reales sobre una cosa corporal inmueble.

- Regla general: inscripción.

Se efectúa por la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces (art. 686), excepto tratándose de la tradición del derecho real de servidumbre, que se realiza en la forma prescrita en el art. 698, vale decir, por escritura pública, en la que el tradente exprese constituirlo, y el adquirente aceptarlo².

En el Derecho Romano y en el español antiguo que regía entre nosotros, bastaba la tradición real o la ficta para operar la transferencia del dominio en los inmuebles, al igual que respecto de los muebles. No era necesaria por tanto, para la validez de dicha tradición, la inscripción en un registro público, lo que usualmente implicaba que los terceros ignoraban las transferencias del dominio.

Para facilitar la circulación del dominio de los bienes inmuebles, evitar los inconvenientes de la clandestinidad y desarrollar el crédito territorial, fue imponiéndose en las legislaciones más avanzadas la PUBLICIDAD de la constitución, transferencia y transmisión de los derechos reales inmuebles. Dicho objetivo se logra mediante los registros de la propiedad raíz o territorial. Pero fuera de la publicidad, el Registro de Bienes Raíces cumple otras funciones, que varían según el régimen de cada país. En muchos, es una garantía de la propiedad inmueble; en otros, sólo de la posesión; en algunos, sólo se exige para oponer el acto inscrito a los terceros.

En el caso chileno, como expresa Marco Antonio Sepúlveda, la idea de someter la propiedad raíz al registro comienza a perfilarse en el Proyecto de Código Civil de 1853. Su art. 822 señalaba que la tradición podía ser real o simbólica. El art. 823 prescribía acto seguido: “La [tradición] real de las cosas corporales muebles se hace pasándolas de mano a mano; la de los inmuebles, entrando en ellas el que la recibe, a presencia del que las entrega; manifestándose en el uno la voluntad de transferir, i en el otro la de adquirirlo”. Y agregaba el art. 826: “Se podrá también efectuar la tradición de las heredades y casas, registrando la escritura pública de enajenación en la competente oficina del Conservador de Bienes Raíces y firmando el Conservador la partida, junto con ambas partes o sus apoderados. Transferido de este modo el dominio, no podrá pasar a tercero sino de la misma manera”. Y el art. 829 consignaba por su parte que “los derechos de herencia, usufructo, uso, habitación; los de servidumbres prediales, i el de censo, admiten la tradición simbólica por instrumento público, registrado según el art. 826”. De esta manera, el registro era, en el Proyecto de 1853, una forma alternativa de tradición de los inmuebles, y no la única, aunque si se recurría a ella, las posteriores transferencias debían hacerse de la misma manera. Destaca el profesor Sepúlveda que será finalmente en el llamado “Proyecto Inédito” (que al decir de Guzmán Brito bien podría denominarse Proyecto de 1854), donde “aparece claramente delineado el sometimiento de la propiedad raíz al Registro. Elimina la tradición real de los bienes raíces, dándole su artículo 826 la redacción al actual artículo 686”.³

- Fines de la inscripción en el derecho chileno.

² Sin embargo, la servidumbre de alcantarillado de predios urbanos, sólo puede adquirirse por medio de escritura pública inscrita en el Conservador de Bienes Raíces (artículo 1° de la Ley número 6.977).

³ Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio, *Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2014, pp. 103-105.

Cinco son las finalidades jurídicas de nuestro Registro Conservatorio de Bienes Raíces:

1º Realización de la tradición de los derechos reales en inmuebles: art. 686.

2º Publicidad de la propiedad raíz: persigue, como dice el Mensaje del CC., ponerla a la vista de todos, en un cuadro que represente instantáneamente sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas, evitándose así los engaños a terceros.

3º Para conservar la historia de la propiedad raíz, de manera que sea posible conocer la secuencia de poseedores inscritos, remontándonos desde el presente a la primera inscripción.

4º Requisito, garantía y prueba de la posesión de los bienes raíces; en efecto:

- sirve de requisito para adquirir la posesión de bienes inmuebles (art. 696: “Los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos se ordena; pero esta disposición no regirá sino respecto de los títulos que se confieran después del término señalado en el reglamento antedicho”; art. 724: “Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio”);
- posibilita probar dicha posesión (art. 924: “La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla”);
- y constituye una garantía de conservar la misma (arts. 728 y 2505. El primero establece que “Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, o por decreto judicial. Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente”; el segundo, dispone que “Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo.”

5º En algunos casos, se afirma que la inscripción es solemnidad de un acto o contrato: en ciertos casos, desempeñaría además el papel de solemnidad de algunos actos jurídicos que recaen en bienes raíces:

- Donaciones irrevocables (art. 1400);
- Constitución de usufructo por acto entre vivos (art. 767);
- Constitución del derecho de uso y habitación (arts. 812 en relación con el art. 767);
- Constitución de fideicomisos, sea que se constituyan por acto entre vivos o por testamento (art. 735);
- Constitución del censo (art. 2027);
- Constitución de la hipoteca (arts. 2409 y 2410).

Cabe precisar que en algunos de estos casos –usufructo o hipoteca, por ejemplo-, se discute la función de la inscripción, señalando algunos que no sólo opera como tradición, sino como solemnidad del propio contrato. Otros, en cambio, afirman que el contrato sería válido con el otorgamiento de la escritura pública, siendo la inscripción la tradición del derecho real de hipoteca.

En verdad, en todos los casos mencionados, en los que la inscripción actuaría, supuestamente, como una solemnidad del acto o contrato, creemos que en verdad nos encontramos ante la tradición del respectivo derecho. Resulta discutible por tanto, ha dicho nuestra doctrina, esta última finalidad.

Cabe señalar que las inscripciones que ordenan los arts. 688 (respecto de la sucesión por causa de muerte) y 689 (respecto de la sentencia que declara la prescripción adquisitiva), responden a la finalidad de **publicidad**, puesto que aquí no hay tradición. Otros modos de adquirir operan.

De lo dicho respecto de los fines de la inscripción, podría desprenderse, en principio, que en nuestro Derecho, la inscripción es prueba del dominio. Ello no es así sin embargo. Si bien la inscripción es la única manera de efectuar la tradición de los derechos reales inmuebles y aunque la tradición constituye un modo de adquirir el dominio, la inscripción no prueba este derecho: sólo prueba la posesión. En nuestra legislación, la forma de probar un dominio indubitado es a través de la prescripción; de ahí la importancia del estudio de los títulos de los inmuebles, por un lapso no inferior a 10 años de posesión inscrita. Por la misma razón, el Mensaje del CC. dice: “No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción competente”.

- Tipos de registros.

Se distinguen en la doctrina y en el Derecho Comparado dos tipos de registro: personal y real.

Registro personal es aquél que se organiza tomando como pauta los nombres de las personas a quienes afecta cada anotación o inscripción.

Registro real es el que se lleva por predios. Cada uno de estos se matricula con un número de orden y le corresponde una hoja especial, que constituye su registro. En dicho registro se van anotando todos los actos jurídicos que afecten el inmueble. El registro real permite conocer efectivamente de un solo golpe de vista todas las mutaciones y gravámenes de una propiedad, revela de inmediato la situación jurídica de un predio.

Por el contrario, el registro personal obliga, para conocer la historia de un predio, encontrar el nombre de los propietarios anteriores y revisar sus inscripciones. Materialmente, las inscripciones se realizan en libros distintos, ordenados cronológicamente.

Otro sistema de inscripción es el del “Acta Torrens”, implantado en Australia. En él, la inscripción también es prueba del dominio. Sir Robert Torrens ideó el sistema que básicamente consiste en lo siguiente: al inscribirse un título, el propietario presenta los antecedentes del mismo y un plano del predio. El Estado los examina y si están conformes, efectúa la inscripción. Se redactan dos certificados idénticos, uno de los cuales se entrega al propietario y el otro se inserta en el Registro. Este es llevado por propiedades (Registro real). Cuando un propietario quiere vender, envía al Conservador el contrato respectivo (usualmente un formulario) y su certificado, el que se deja sin efecto, entregándose al comprador uno nuevo. El certificado contiene un plano de la propiedad y la indicación de las obligaciones que la gravan.

En Chile, opera el Registro personal.

- Inscripciones y transcripciones.

Los títulos o documentos que deben constar en los registros pueden insertarse en ellos de dos formas: a través de la transcripción, que consiste en copiar íntegra y literalmente el documento; o a través de la inscripción, que se reduce a anotar un extracto fundamental del documento. Este último sistema rige en Chile.

En Chile, el esquema de una inscripción de dominio, es el siguiente (artículo 690 del Código Civil y artículo 78 del Reglamento del Registro Conservatorio):

- i) Fecha de la inscripción (En Santiago, a ...del año...).
- ii) Naturaleza y fecha del título (por compraventa de fecha de del año).
- iii) Nombres, apellidos y domicilios de las partes (don vendió a don).
- iv) El nombre y linderos del fundo, es decir, designación de la cosa, según aparezca en el título (el inmueble ubicado en la ciudad de Santiago, calleNº, Comuna de, cuyos deslindes son
- v) Oficina o archivo en que se guarde el original (todo ello según da cuenta la escritura pública de fecha, Repertorio número, otorgada en la Notaría de esta ciudad de don
- vi) Título anterior (El título anterior rola a fojas número Del Registro de Propiedad de este Conservador, correspondiente al año
- vii) Firma del Conservador.

Hoy, los conservadores agregan, al final de la inscripción, el número que corresponde al Rol de avalúo fiscal del inmueble.

● Legalidad registral.

Una característica fundamental de un Registro es la de que tenga o no “legalidad”. En materia registral, se entiende por legalidad el carácter de seguridad absoluta, eventualmente con garantía del Estado, de que los titulares de derechos incorporados al Registro, efectivamente tienen tal calidad. Fundamentalmente, implica garantizar la validez y eficacia de los actos que motivaron la inclusión del inmueble en el Registro a nombre de determinada persona. Aquí, la inscripción es prueba del dominio. El interesado en inscribir debe llevar sus títulos al Registro correspondiente, donde funcionarios especializados los estudian. Si están correctos, conformes a Derecho, se inscriben. En consecuencia, aceptado un inmueble en el Registro como perteneciente a una persona, queda así de modo indiscutible. El derecho alemán recepciona este principio de la legalidad en su sistema registral.

● El sistema registral chileno.

Está conformado por el Registro Conservatorio de Bienes Raíces. Las normas legales fundamentales sobre la materia están contenidas en los arts. 686 y siguientes del CC. y en virtud de lo dispuesto en el art. 695, en el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces (del 24 de junio de 1857⁴). Se ha resuelto por la jurisprudencia que se trata de un DFL dictado por mandato del art. 695, ley delegatoria.

Su organización y funcionamiento están consignados fundamentalmente en el citado Reglamento. Sus características son:

⁴ El Reglamento Conservatorio comenzó a regir el 1º de enero de 1859, y fue redactado por José Alejo Valenzuela, Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago e integrante de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1853.

1° Funciona como una oficina en las comunas o agrupaciones de comunas que constituyan el territorio jurisdiccional de un juez de letras (artículo 447 del Código Orgánico de Tribunales), sin perjuicio que en el territorio jurisdiccional de la Corte de Apelaciones de Santiago, el oficio está a cargo de tres funcionarios (artículo 449 del Código Orgánico de Tribunales). En aquellos territorios en que sólo exista un notario podrá disponerse que también ejerza el cargo de Conservador de Bienes Raíces.

2° Los libros fundamentales que allí se llevan son el Repertorio, el Registro y el Índice General. Pero es el Registro el que constituye el sistema, siendo los otros dos complemento de aquél.

Creado originalmente para los inmuebles, leyes posteriores han entregado al Conservador el mantenimiento de otros registros para ciertos bienes o actos, como el Registro de Comercio y el Registro de Minas.

El REPERTORIO es una especie de libro de ingreso de la oficina (arts. 21 a 30 del Reglamento). Es un libro en que se deben anotar todos los títulos que se le presenten al Conservador, por orden cronológico de ingreso, cualquiera sea su naturaleza (arts. 21 y 27); es de carácter anual (arts. 30 y 38). La anotación en el Repertorio debe contener las enunciaciones indicadas en el art. 24 del Reglamento, a saber: cada página se dividirá en cinco columnas, con las siguientes enunciaciones: 1. El nombre y apellido de la persona que presenta el título. 2. La naturaleza del acto o contrato que contenga la inscripción que trata de hacerse. 3. La clase de inscripción que se pide; por ejemplo, si es de dominio, hipoteca, etc. 4. La hora, día y mes de la presentación. 5. El registro parcial en que debe hacerse la inscripción y el número que en él le corresponde.

El REGISTRO está integrado por tres libros o registros parciales que lleva el Conservador: art. 31:

- Registro de Propiedad;
- Registro de Hipotecas y Gravámenes; y
- Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar.

Todos son anuales (art. 36). Los arts. 32 y 33 establecen las inscripciones que deben hacerse en cada libro. Las características materiales de estos Libros o Registros parciales están señaladas en los arts. 34 y siguientes. Cabe destacar que la jurisprudencia ha determinado que la inscripción practicada en un Registro que no corresponde, adolece de nulidad absoluta.

Cada Libro o Registro parcial contiene un índice por orden alfabético con los nombres de los otorgantes (art. 41); este índice es de especial importancia práctica para la ubicación de los títulos y contribuye a caracterizar el Registro. Además, en un apéndice de éste índice se inventarían los documentos agregados al final del Registro (art. 42).

El INDICE GENERAL permite, junto a los índices de cada Libro o Registro parcial, el funcionamiento del sistema, en cuanto mediante él se ubican las inscripciones y se puede reconstruir la historia de los inmuebles. Se construye por orden alfabético de los otorgantes, y se forma a medida que van haciéndose las inscripciones en los tres Registros parciales. También es anual.

3° El Registro es público, y el Conservador está obligado a dar las copias y certificados que se le soliciten (arts. 49 a 51). Los más usuales son los certificados de dominio vigente y de gravámenes y prohibiciones. Pedir dichos certificados por un lapso mínimo de 10 años, resulta indispensable en todo Informe de Títulos.

4° Respecto a la responsabilidad del Conservador, en su desempeño no tiene atribuciones para examinar la validez y eficacia de los títulos ni la correspondencia entre las declaraciones sobre los predios y sus reales características. Por lo mismo, en Chile el Estado no garantiza ni esta congruencia entre el título y los caracteres materiales del predio ni la calidad de auténtico propietario que puede tener quien aparece como dueño en la inscripción. En otras palabras, nuestro sistema carece de “legalidad” registral.

Tiene sí responsabilidad el Conservador por la negligencia, dolo y abuso que cometa en el cumplimiento de sus funciones; la responsabilidad civil por daños se rige por las reglas generales de la responsabilidad extracontractual (arts. 2314 y siguientes del CC). La responsabilidad funcionaria se rige por el COT.

- Títulos que deben inscribirse y títulos que pueden inscribirse.

Los títulos que DEBEN inscribirse en el Registro están enumerados en el art. 52 del Reglamento. Son tales:

- 1° Los títulos traslaticios de dominio de los bienes raíces;
- 2° Los títulos de derecho de usufructo, uso, habitación, censo e hipoteca constituidos en inmuebles (pareciera aludir el número 1 del art. 52 al título traslativo de los mencionados derechos; si así se interpretare el numeral, no puede operar respecto de los derechos de uso y habitación, que son personalísimos -art. 819- y por ende no pueden transferirse. Por ende, hay que entender el numeral en el sentido que alude a la constitución de tales derechos personalísimos);
- 3° La sentencia ejecutoriada que declare la prescripción adquisitiva del dominio sobre un inmueble o de cualquiera de los derechos mencionados en el numeral precedente;
- 4° La constitución de los fideicomisos relativos a inmuebles;
- 5° La constitución de usufructos que recaen sobre inmuebles por acto entre vivos;
- 6° La constitución del uso y habitación que recaen sobre inmuebles por acto entre vivos;
- 7° La constitución, división, reducción y redención del censo;
- 8° La constitución de censo vitalicio;
- 9° La constitución de la hipoteca;
- 10° La renuncia de cualquiera de los derechos enumerados anteriormente;
- 11° Los decretos de interdicción provisoria y definitiva;
- 12° Los decretos que rehabilitan al disipador y al demente;
- 13° Los decretos que confieren la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y
- 14° Los decretos que concedan el beneficio de separación de bienes, según el art. 1385 del CC.

A estos casos, deben agregarse otros que establece el CC. y el propio Reglamento, por ejemplo en el art. 688 en relación al art. 55 del Reglamento, respecto a la sucesión por causa de muerte.

Los títulos que PUEDEN inscribirse, están enumerados en el art. 53 del Reglamento. Son tales:

- 1° Toda condición suspensiva o resolutoria del dominio de inmuebles;
- 2° Toda condición suspensiva o resolutoria de otros derechos reales constituidos sobre inmuebles;
- 3° Todo gravamen impuesto sobre un inmueble, diferente de los mencionados en el art. 52, como las servidumbres;
- 4° El arrendamiento en el caso del art. 1962 del CC;

5° Cualquier otro acto o contrato cuya inscripción sea permitida por la ley (al respecto, cabe advertir que con buenas razones, se afirma que no cualquier contrato generador de derechos personales podría inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces. Ello sólo podría ocurrir en los casos “cuya inscripción sea permitida por ley”. Afirma al respecto Marco Antonio Sepúlveda Larroucau: “Basándonos en lo dispuesto en los artículos 32, 33, 52, 53 y 89 inciso 1° del Reglamento y en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, principalmente del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil, y en que la finalidad esencial del Registro es la publicidad de las situaciones jurídicas que afectan a los derechos reales, se puede afirmar que por regla general sólo debe inscribirse aquello que tiene trascendencia jurídico-real. No sólo lo tiene la transferencia, transmisión, constitución y renuncia del dominio y demás derechos reales inmuebles, sino, también, toda condición suspensiva o resolutoria de los mismos, las prohibiciones legales, judiciales y voluntarias que efectivamente limitan la facultad de enajenar del titular registral, las modalidades que pudieren afectar la titularidad del constituyente del derecho real, otros gravámenes, el arrendamiento y demás actos y contratos que el legislador ha ordenado inscribir para que sean oponibles a terceros, y que inciden en algunos o todos los atributos del respectivo derecho real (usar, gozar, disponer y administrar), y las variaciones de una inscripción en virtud de un nuevo título”.⁵ Por lo demás, agregamos nosotros, si fuere efectivo que los conservadores pueden inscribir cualquier contrato generador de derechos personales, ¿por qué tuvo que señalar expresamente que puede inscribirse el arrendamiento? La mención expresa parece reforzar la tesis de que la inscripción de contratos que generan derechos personales es algo excepcional. En consecuencia, compartimos lo expuesto por Marco Antonio Sepúlveda, en cuanto “... excepcionalmente, pueden inscribirse derechos personales; Así lo deja meridianamente claro el artículo 53 n° 2 inciso 2° del Reglamento, que permite inscribir el arrendamiento en el caso del artículo 1962 del Código Civil y cualquier otro acto o contrato ‘cuya inscripción sea permitida por ley’ (por ejemplo, según el artículo 2438 del Código Civil, el contrato de anticresis), es decir, se requiere de texto legal expreso para inscribir derechos personales de fuente voluntaria. En virtud de todo lo anterior es que hemos venido sosteniendo desde hace tiempo que no es legalmente admisible la inscripción de una promesa de compraventa, no obstante que nuestros conservadores frecuentemente le den acceso a sus registros”.⁶

6° Todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar. Son de la segunda clase el embargo, cesión de bienes, secuestro, litigio, etc. En relación a esta hipótesis, inscrita la prohibición convencional de enajenar, se ha discutido la actitud que debe tomar el Conservador cuando el obligado a no enajenar, infringiendo su obligación, enajena y se le pida que inscriba ese título. ¿Debe negarse o debe inscribir?

Se ha sostenido que debe negarse, en base al art. 13 del Reglamento, porque sería un caso en que la inscripción es “legalmente inadmisibles”. Se configuraría un “impedimento de registro”: al existir una prohibición de enajenar vigente e inscrita, la coherencia del Registro conduciría a considerar legalmente inadmisibles un título que contradice aquella inscripción.

⁵ Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio, *Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2014, pp. 250 y 251.

⁶ Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio, *Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2014, p. 251.

Pero también puede estimarse que el Conservador debe inscribir la enajenación; al respecto, debe recordarse que la validez de la estipulación que impone la prohibición de enajenar ha sido discutida. Si se admite, ella generaría, para una parte de la doctrina, una obligación de no hacer, de modo que la enajenación no importa sino una infracción de esa obligación, que el Conservador no es el llamado a controlar o juzgar; a este respecto, se tiene en cuenta que el principio general en Chile es que el Conservador debe inscribir los títulos que se le presenten (siendo auténticos y relativos a inmuebles), salvo limitadas excepciones, que como tales, deben interpretarse restrictivamente. Además, se agrega que el art. 13 se refiere a las inscripciones que por ley son inadmisibles, no por acuerdo de los particulares, de modo que para fundar la negativa debería precisarse el precepto legal que declara inadmisibles las inscripciones. La jurisprudencia se ha inclinado por esta segunda alternativa.

Conviene aclarar que la expresión “títulos que deben inscribirse”, se entiende no como una orden a los involucrados en el título o al funcionario, sino como una exigencia para el efecto de dicho acto jurídico; es decir, los interesados siempre son libres para pedir o no la inscripción; pero si quieren lograr el efecto jurídico fundamental previsto en el título, han de inscribir (por ejemplo, en una compraventa, si se pretende que se verifique la tradición de un predio).

Por su parte, la expresión “títulos que pueden inscribirse”, está referida a títulos cuyo efecto fundamental no está sometido a inscripción, pero respecto de los cuales, en lugar de prohibir la inscripción, se permite, para aprovechar las ventajas del Registro, entre ellas, la oponibilidad a los terceros, derivada de la publicidad que nace al registrarse (por ejemplo, servidumbres, contratos de anticresis y contratos de arrendamiento).

- Anotación en el Repertorio.

Es el asiento o constancia que se deja en este libro, de la presentación y recepción de un título para su inscripción. Estas anotaciones se van efectuando por estricto orden de presentación al Conservador y contienen las menciones indicadas en el art. 24 (arts. 65 y 66). Recordemos que el Repertorio es una especie de libro de ingreso.

Hemos dicho que el Conservador no examina la legalidad de los títulos, pero puede si rehusar inscribir en ciertos casos; pero “en ningún caso” dejará de anotar en el Repertorio el título presentado (arts. 15 y 67); en la práctica, el Conservador anota en el Repertorio pero rechaza las inscripciones cuando hay un vicio manifiesto en los títulos, fundado su rechazo en alguna de las causales de los arts. 13 y 14.

Cuando el título es rechazado, la anotación en el Repertorio es PRESUNTIVA y caduca a los dos meses desde su fecha, si no se convierte en inscripción. Se divisa entonces la importancia que tiene el hecho que el Conservador devuelva el título sin inscribir, para que los interesados subsanen los defectos en él contenidos (arts. 15 y 16). Convertida en inscripción, ésta surte efecto desde la fecha de la anotación, es decir, opera retroactivamente (art. 17).

Se ha dictaminado por los tribunales que esa caducidad no se produce a los dos meses, si la imposibilidad de inscribir se debe a una prohibición judicial, de modo que alzada la misma se puede efectuar la inscripción aunque haya transcurrido un plazo superior al señalado. Se ha fallado también que subsanados los defectos del título, debe requerirse al Conservador nuevamente para que inscriba, no pudiendo éste hacerlo de oficio.

Cabe señalar que no obstante haberse efectuado una anotación presuntiva en el Repertorio, y mientras está pendiente subsanar el defecto del título, pueden efectuarse otras anotaciones, incompatibles con la primera, relativas al mismo inmueble. Se discute en la doctrina la posibilidad de inscribir o no antes que caduque la primera anotación. Lo más aceptable pareciera ser que es posible inscribir, pero dicha inscripción sólo adquiere valor cuando caduque la primera anotación, transcurridos que sean los dos meses. En la práctica, se hace la segunda anotación pero no se inscribe en el Registro respectivo, hasta que hayan transcurrido los dos meses. Por cierto, si la primera anotación se materializa en inscripción (corregido que sea el defecto que afectaba al título), las anotaciones o inscripciones posteriores, incompatibles con aquella, caducarán a su vez (art. 17). También es un punto discutido si la anotación presuntiva, subsanado que sea el reparo dentro de plazo, debe o no prevalecer frente a un embargo o medida precautoria que se hubieren decretado sobre el mismo inmueble e inscrito en el lapso que medió entre la anotación en el Repertorio de la compraventa y el momento en que se subsanó el reparo. Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 5 de abril de 1991, confirmada por la Corte Suprema con fecha 17 de julio del mismo año y otra sentencia, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 16 de mayo de 1985, también confirmada por la Corte Suprema de fecha 17 de septiembre del mismo año, concluyen que debe prevalecer el embargo o la medida precautoria, no siendo posible practicar la inscripción de la compraventa. Otros fallos, por el contrario, concluyen que en la disyuntiva planteada, ha de prevalecer la anotación presuntiva en el Repertorio, de manera que si se subsana el reparo dentro de los 60 días, debe inscribirse la compraventa y quedar sin efecto el embargo o la medida precautoria. En esta línea, sentencias de la Corte Suprema de fecha 14 de octubre de 1993, 21 de agosto de 1991, 20 de noviembre de 1996 y 2 de enero de 2002.⁷

Cualquiera persona podrá solicitar al Conservador un “Certificado de Repertorio”, en el que conste la circunstancia de existir o no anotaciones en el Repertorio, respecto de un determinado inmueble (art. 69). Tiene importancia este certificado, para el efecto retroactivo de las inscripciones a la época de la anotación presuntiva.

- Obligación de inscribir y causales de negativa.

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

Excepcionalmente, puede negarse a inscribir, por alguna de las causales contempladas en los arts. 13 y 14.

En caso de negativa, estampará el Conservador el motivo en el título (art. 14), dejando constancia en el Repertorio (art. 25). El perjudicado con la negativa del Conservador podrá reclamar al juez de primera instancia (arts. 18 a 20), y si hay más de dos, al que está de turno.

El juez pedirá informe al Conservador y resolverá por escrito y sin más trámite lo que corresponda (art. 18); si resuelve que debe inscribirse, el Conservador dejará constancia de tal orden en la inscripción (art. 19); si el juez rechaza la solicitud de inscripción, el perjudicado puede apelar en la forma ordinaria.

⁷ Cfr. Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio, “Inscripción conservatoria de una prohibición judicial posterior a la anotación presuntiva de un título: ¿Es impedimento para que el título anotado presuntivamente se inscriba dentro del plazo legal?”, en revista “LEX ET VERITAS”, Santiago de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Internacional SEK, año 2003, pp. 277 a 285.

Las causales de negativa para inscribir están contempladas en los arts. 13 y 14.

El art. 13 sólo contempla una causal genérica, explicitada en diversos ejemplos: “si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles”.

En la doctrina, se señala que ésta fórmula es muy imprecisa, para una materia tan importante.

En primer lugar, puede constatarse que los ejemplos se refieren a defectos formales del título, no a la sustancia del acto jurídico contenido en él. Son los siguientes:

- si no es auténtica o no está en el papel competente la copia que se le presenta;
- si no está situada en la Comuna o agrupación de comunas (en la que tiene competencia el Conservador de Bienes Raíces) la cosa a que se refiere el título;
- si la cosa a que se refiere el título no es inmueble;
- si no se ha dado al público el aviso prescrito en el artículo 58 (se refiere a la primera inscripción de un inmueble);
- si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente; o
- si no contiene las designaciones legales para la inscripción.

Esta observación induce a concluir que la expresión “en algún sentido legalmente inadmisibles” está referida, en general, a ese campo: infracciones legales en la forma de los títulos. Sólo uno de los ejemplos permite dudar sobre la naturaleza formal o sustancial de la causal: “si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente”; el ejemplo es bastante amplio sin embargo, subsistiendo la duda, porque podría entenderse sólo referido a vicios formales del título que provoquen nulidad absoluta. Además, en el Reglamento, el término “título” se emplea principalmente en el sentido de instrumento, vale decir formal, y no como referencia al acto jurídico en él contenido (art. 1901 en ambos sentidos, por ejemplo).

Pero por otra parte, podría estimarse que se refiere a defectos de toda naturaleza, formales o sustanciales del acto, que provoquen nulidad absoluta, ya que la norma no distingue. La jurisprudencia lo ha ido entendiendo en el último sentido.

En todo caso, interpretando el art. 13 en sentido amplio o restringido, el precepto presenta dos limitaciones:

1º Para negarse a inscribir el Conservador, debe tratarse de un defecto que provoque nulidad absoluta;

2º De acuerdo a diversas sentencias que se han pronunciado sobre el sentido de la expresión “visible en el título”, debe tratarse de vicios o defectos que puedan percibirse con el solo examen del título respectivo, sin que sea necesario confrontarlo con otros antecedentes (la causal resulta equivalente en consecuencia a la del art. 1683, cuando el juez puede declarar de oficio la nulidad absoluta, al aparecer de manifiesto en el acto o contrato).

El art. 14 contempla por su parte dos causales, específicas. Se trata de objeciones formales:

1º Cuando inscrito un predio por una compraventa, se presenta una persona solicitando inscripción en su favor, invocando otro título de compraventa, emanado del mismo vendedor;

2º Cuando un fundo es vendido por persona que según el Registro, no es su dueño o actual poseedor

Una apreciación del conjunto de las causales de negativa, permite concluir que las atribuciones de control entregadas al Conservador son limitadas, y circunscritas principalmente a las formas de los títulos, en relación con el orden y funcionamiento del

Registro, y con la eventual excepción apuntada a propósito del art. 13. Por tanto, por regla general, carece de control sobre la sustancia, sobre los defectos de fondo de los actos contenidos en los títulos, labor de control que en definitiva recae en el juez. El sistema existente carece de “legalidad registral” por ende, al no controlar la validez y eficacia de los actos que sirven de antecedente a la inscripción, lo que le resta seguridad, permitiendo frecuentes litigios.

- Plazo para inscribir.

El reglamento no trata expresamente desde cuando y hasta cuando se puede inscribir.

Algunos principios generales pueden enunciarse en esta materia:

1º Como la inscripción es consecuencia del título, es éste el que debe examinarse para concluir desde y hasta cuando procede inscribir.

2º En ese examen, la indagación fundamental tendrá que orientarse a su eficacia en el tiempo en que se pretende inscribir. Por ejemplo, si se trata de una compraventa de inmueble, se podrá inscribir desde que sea exigible la obligación de efectuar la tradición, lo que acontece generalmente desde que se perfecciona el contrato. En cambio, si se pide inscribir un contrato de arrendamiento, pactado por dos años y sin cláusula de renovación automática, y dicho plazo ya está cumplido al pedirse la inscripción, el Conservador de Bienes Raíces debiera rehusarla. Otra razón que podría llevar al Conservador competente a negar la inscripción, podría ser el largo tiempo transcurrido desde la fecha del contrato, habida cuenta que el mandato otorgado en la escritura a persona indeterminada, para que requiera la inscripción, bien puede haberse extinguido por la muerte de alguno de los mandantes (partes del contrato), a menos que expresamente se hubiese advertido que se confería para ser ejecutado incluso después de la muerte de cualquiera de ellos. Dicho mandato a persona indeterminada suele redactarse en los siguientes términos: “Se faculta al portador de copia autorizada de la presente escritura para requerir del Conservador de Bienes Raíces respectivo las inscripciones, subinscripciones y anotaciones que procedan.” Para evitar dificultades, conviene agregar, si quienes celebraron el contrato fueron personas naturales: “Este mandato se confiere para ser ejecutado aún después de la muerte de una o ambas partes contratantes, de conformidad a lo previsto en el artículo 2169 del Código Civil”.

- Inscripción por avisos.

Respecto de los inmuebles que no han sido antes inscritos, se establece un procedimiento especial para incorporarlos al sistema del Registro (art. 693 del CC. y 58 del Reglamento). Se ha discutido la sanción que traería el incumplimiento de las formalidades establecidas para esta inscripción en el art. 58: algunos sostienen que sería la nulidad absoluta (así se concluye en una sentencia de la Corte Suprema de fecha 1 de agosto de 2016, autos Rol N° 5.615-2015, señalándose que la causal de la nulidad absoluta es el objeto ilícito); otros, la inoponibilidad al tercero a quien la inscripción pudiere perjudicar.

Cabe señalar que las formalidades exigidas en la inscripción por avisos se establecen para la transferencia del dominio por acto entre vivos o para la constitución y transferencia de otros derechos reales (como el usufructo, habitación, censo e hipoteca que se refieran a inmuebles no inscritos), pero no para una primera inscripción en base a otros antecedentes, como ocurre al adquirir por prescripción y se quiera inscribir la sentencia que

lo declara así, o para las inscripciones originadas en la adquisición mediante sucesión por causa de muerte. Así lo ha resuelto la jurisprudencia.

Los requisitos son, de acuerdo a las normas del Código Civil y del Reglamento del Registro Conservatorio:

1° Dar noticia a los terceros de la transferencia, mediante tres avisos publicados en un diario de la comuna, o de la capital de provincia si en la anterior no lo hubiere o de la capital de la Región, si en las anteriores no lo hubiere;

2° Fijar un cartel durante 15 días por lo menos, en la oficina del Conservador, con las designaciones de las personas que transfieran y de los linderos y nombre de la propiedad materia del contrato.

Pero además, debe darse cumplimiento a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto Ley N° 1.939, que exige obtener informe favorable del Ministerio de Bienes Nacionales.⁸

El Conservador deberá protocolizar el cartel, y certificará el cumplimiento de los requisitos indicados. La inscripción no podrá efectuarse antes que transcurran 30 días contados desde el otorgamiento del certificado por el Conservador.

- Confección y contenido de las inscripciones.

Regulan lo concerniente a su confección, los arts. 73, 75 a 77.

En lo que se refiere al contenido, la inscripción es fundamentalmente un extracto o resumen del título de que se trata, variando las menciones según la naturaleza del título (art. 690 a 696 del CC. y 78 al 82 del Reglamento).

El Reglamento no contiene una norma clara que obligue al Conservador a efectuar UNA inscripción por cada inmueble. El problema se plantea cuando un solo título se refiere a dos o más inmuebles (por ejemplo, en una escritura se venden dos o más predios). De los arts. 71 y 72 y aún del art. 54, inc. 2°, parece desprenderse que debe practicarse una inscripción por cada predio, aunque en la práctica no siempre se procede de este modo (especialmente cuando una misma persona -usualmente una sociedad inmobiliaria- adquiere dos o más inmuebles contiguos). Distinta es la situación cuando se fusionan dos o más predios, pues en tal caso corresponde hacer una nueva inscripción dando cuenta de la fusión, aún cuando no opere nueva transferencia de dominio (como lo hacen algunos Conservadores de regiones) o al menos anotar al margen de cada inscripción el número de archivo del plano y de la resolución municipal que aprobó la fusión si los inmuebles fueren

⁸ Dispone el art. 10 del Decreto Ley N° 1.939: “No se podrá inscribir el dominio de bienes raíces en conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, sin informe favorable de la Dirección. El Conservador de Bienes Raíces remitirá oportunamente las respectivas solicitudes para este trámite. Este informe deberá emitirse dentro del plazo de 30 días, contado desde la recepción de oficio del Conservador. Si no se evacua la diligencia en dicho plazo, podrá prescindirse de ella. / Cuando no se solicitare informe a la Dirección o éste fuere desfavorable y se procediere a practicar la inscripción, ésta adolecerá de nulidad y deberá ser cancelada por el Conservador respectivo, sin más trámite, bastando para ello el solo requerimiento de la Dirección. / Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, los Conservadores de Bienes Raíces que contravengan esta disposición serán sancionados por la Corte de Apelaciones respectiva en la forma establecida en el artículo 539 del Código Orgánico de Tribunales. / Del informe negativo de la Dirección podrá reclamarse dentro del quinto día ante la Corte de Apelaciones respectiva, la cual fallará en única instancia. La Dirección podrá exigir a los ocupantes de bienes raíces que a su juicio pudieren ser fiscales, que exhiban los títulos que justifiquen su posesión o tenencia. La negativa sin fundamento a ello será considerada como una presunción de que el inmueble efectivamente es de dominio fiscal y, además, el infractor será sancionado por el Servicio con multa de hasta cinco sueldos vitales mensuales de la Región Metropolitana de Santiago. El Reglamento señalará la forma y procedimiento para la aplicación de la mencionada sanción”.

urbanos (como lo hace el Conservador de Santiago, aunque no suele consignar los datos relativos a la resolución municipal, la que en todo caso se agrega al final del Registro, junto al archivo del plano).

En lo que respecta a la AUSENCIA de menciones en el título, el Reglamento señala la forma de suplirlas: art. 82. Al efecto, cabe formular el siguiente distingo:

a. Si falta en el título alguna de las “designaciones legales”, sólo podrá llenarse por medio de escritura pública. Tales “designaciones legales” son las indicadas en el art. 690. Esta escritura rectificará y complementará aquella que fue objetada, de manera que el “título” estará integrado por ambas.

b. Si falta: ● la designación de los herederos o legatarios a que se refiere el artículo 79, inciso 1º (respecto de la inscripción de un testamento); ● las designaciones necesarias en el caso del inciso 2º del mismo artículo (respecto de la inscripción de una sentencia o decreto); ● la designación de los personeros y representantes legales que exige el número 1 del artículo 81 (respecto de la inscripción de una hipoteca), se salvarán por medio de minutas suscritas por las partes.

c. Si el título tuviere designaciones defectuosas o insuficientes: se enmendarán y suplirán también por minutas.

Dos designaciones merecen un comentario especial: los linderos (que exigen los arts. 78 N° 4 y 81 N° 3) y los datos de la inscripción precedente (que exige el art. 80). Si no aparecen en el título, ¿debe rehusarse la inscripción?

En cuanto a los LINDEROS, su designación constituye un elemento importante de la sustancia del acto de que se trata; es una forma de determinación del objeto. En este caso, procede la negativa del Conservador, por la causal del art. 13 (último ejemplo), en relación al art. 78 número 4. El interesado deberá suplir el defecto, por una escritura pública complementaria, o según el caso, con una minuta (art. 82).

En cuanto a los DATOS DE LA INSCRIPCIÓN PRECEDENTE, su función es menester para el encadenamiento de las inscripciones; en este caso, se concluye que también el Conservador debe negarse a inscribir si falta la designación, debiendo el interesado suplir el defecto como lo indica el art. 82. La negativa del Conservador se fundamentará en el art. 13 (ejemplo final), en relación con el art. 80. En todo caso, nada impide que se celebren simultáneamente dos o más compraventas, por una misma escritura, sobre un mismo predio, hipótesis en la cual el Conservador practicará inscripciones sucesivas. Como puede observarse, algunos serán efímeros poseedores inscritos.

● Subinscripciones.

Los errores, omisiones u otras modificaciones que sea necesario resolver o efectuar una vez practicada la inscripción, se salvan a su margen derecho, mediante las subinscripciones (arts. 88, 89 y 91).

Si la subinscripción se basa en un nuevo título, debe practicarse nueva inscripción, salvo que el antecedente sea una sentencia, porque entonces será siempre subinscripción lo que se practicará (art. 89, inciso final).

● Cancelaciones.

Cancelar una inscripción es dejarla sin efecto. Las cancelaciones se efectúan mediante subinscripciones, es decir, por notas marginales. En esta materia, debemos tener presente el art. 728; en el segundo caso a que se refiere este art. (cancelación por una nueva inscripción en que el poseedor transfiere su derecho a otro), la subinscripción a que se

refiere el art. 91 del Reglamento no es indispensable para la cancelación, la que opera por la sola inscripción posterior; por el art. 91, el Conservador subinscribe al margen de la inscripción anterior (ya cancelada por la nueva) esta mutación, sólo para la claridad del Registro.

- Reinscripciones.

En la práctica, se ha llegado a configurar un mecanismo denominado de “reinscripciones”, consistente en volver a inscribir inmuebles ya inscritos en el Registro, sin cambiar el titular de los mismos. Se ha recurrido a ellas, por ejemplo cuando un heredero ha enajenado un inmueble sin cumplir con las inscripciones prescritas en el art. 688 del CC. y en el art. 55 del Reglamento; el adquirente logra inscribir a su nombre, pero dicha inscripción es ineficaz, conforme al art. 696 del CC, para conferir la posesión sobre el inmueble (además, en el Registro, la inscripción que antecede a la del adquirente será la del causante, en lugar de la inscripción hecha en favor del heredero, que no se ha efectuado, presentándose por ende un corte en la lógica continuidad de la posesión inscrita); posteriormente, para subsanar la situación, el heredero efectúa aquellas inscripciones. Luego, el adquirente solicita se “reinscriba” el inmueble a su nombre, de manera que ahora quede su inscripción debidamente encadenada a la del heredero y las anteriores.

La reinscripción también opera en los casos llamados de “formación de fundos” o de fusión de inmuebles, en que el propietario de dos o más inmuebles contiguos, inscritos cada uno a su nombre, los reinscribe mediante una minuta, fundiendo las inscripciones en una sola inscripción. Debe advertirse, sin embargo, que para todos los efectos legales, la “inscripción vigente” no está conformada sólo por la inscripción que refleja la fusión, sino que por ésta y las inscripciones que se hicieron cuando el actual propietario adquirió los inmuebles.

Otro caso, en que operan reinscripciones, es aquél en el que se crean nuevos conservadores de bienes raíces, siendo necesario realizar el traslado de las inscripciones, al nuevo Conservador. Dicho traslado no es automático y sólo se realizará a petición de parte interesada, solicitando para ello al antiguo Conservador copia autorizada de la inscripción con certificación de vigencia y certificado de gravámenes y prohibiciones, que otorgará refiriéndolo a la fecha en que cesó su competencia. Si en dicho certificado figuran gravámenes y prohibiciones, también deberá pedirse copia de las respectivas inscripciones, para su reinscripción en el nuevo Conservador.

- Tradición de cuotas.

Debemos distinguir si se trata de una cuota en cosa singular o en cosa universal.

1º Cuota en cosa singular: la doctrina y la jurisprudencia entienden que la cuota participa del carácter mueble o inmueble de la cosa indivisa. Se concluye entonces, que si se trata de la tradición de una cuota sobre cosa mueble, ella se efectuará por cualquiera de las formas establecidas para éstos bienes (art. 684); y si se trata de la tradición de una cuota en una cosa inmueble, ha de efectuarse por inscripción (art. 686). Cobra aplicación aquí el art. 580.

2º Cuota en cosa universal: hay controversia en la doctrina.

Un sector de la doctrina concibe perfectamente la comunidad sobre una universalidad jurídica y, negando la comunicación de la cuota y la naturaleza de los bienes de que se compone dicha universalidad, entiende que la tradición de la cuota ha de efectuarse por cualquiera forma simbólica indicada en el art. 684 y no requiere de inscripción conservatoria, aunque esté integrada por inmuebles. Se está en presencia de una

abstracción, que escapa a la clasificación de bienes en muebles e inmuebles; y por tanto, para su tradición, ha de seguirse la regla general en materia de formas de tradición, que son las del art. 684, toda vez que la inscripción es una forma excepcional de tradición.

Pero el planteamiento anterior ha sido rechazado por otro sector de la doctrina. Desde ya, se ha objetado que pueda haber comunidad en universalidades jurídicas, puesto que éstas tienen activo y pasivo comunes, situación que no acontece en la comunidad hereditaria, ejemplo clásico de universalidad jurídica, pues en ella las deudas están siempre divididas entre los herederos, por disposición de la ley, a prorrata de su participación en la herencia. Habría comunidad entonces sólo sobre las universalidades de hecho. Además, la naturaleza de los bienes que integran la universalidad se comunicaría a la cuota que sobre dicha universalidad se tenga. Se concluye entonces que la tradición de una cuota de cosa universal se efectúa siguiendo la naturaleza de los bienes de que se compone; por el art. 684 para los muebles y por la inscripción para los inmuebles, si los hay en la universalidad.

- Inscripciones a que da lugar la sucesión por causa de muerte.

La inscripción, además de su objetivo primordial de servir de tradición de los derechos reales inmuebles, tiene otras finalidades, como la de **dar publicidad a la propiedad raíz**. Tal ocurre con las inscripciones que se requieren a propósito de la sucesión por causa de muerte y la prescripción adquisitiva. Tal es el **fin general** buscado por las inscripciones exigidas por el artículo 688 del Código Civil.

La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir (art. 588); produce el traspaso de los bienes del causante al heredero por el ministerio de la ley, en el momento mismo de fallecer la persona de cuya sucesión se trata (arts. 955 y 956); y desde este momento también se adquiere la posesión de la herencia, aunque el heredero lo ignore (art. 722); cada asignatario se reputa haber sucedido inmediata y exclusivamente al causante (art. 1344). De todas estas disposiciones armónicas se desprende que el heredero adquiere el dominio y la posesión legal de los bienes hereditarios por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte y que esta adquisición se produce en el momento mismo de la muerte del causante. Por tanto, el heredero no necesita de tradición, ya que las cosas no pueden adquirirse por dos modos.

En el momento de deferirse la herencia, de operar la delación de la misma, la posesión de ella se confiere al heredero por el ministerio de la ley; pero esta posesión LEGAL (según el actual tenor del artículo 688, inciso 1º, fijado por la Ley N° 19.903 publicada en el Diario Oficial de fecha 10 de octubre de 2003, la posesión efectiva y la posesión legal se identificarían, lo que a nuestro juicio constituye un error garrafal, pues la primera debe **otorgarse por una resolución**, sea por un tribunal, cuando la herencia fuere testada, sea por el Director Regional del Registro Civil, cuando la herencia fuere intestada, mientras que la segunda se confiere por el solo ministerio de la ley) no habilita al heredero para disponer de manera alguna de un inmueble hereditario. En efecto, para que pueda ocurrir lo último, es necesario realizar las inscripciones previstas tanto en la Ley 19.903 como en el artículo 688 del Código Civil. Tal sería entonces el **fin específico** de estas inscripciones. Así las cosas, los herederos no podrán disponer de los inmuebles hereditarios, mientras no proceda:

1º **El decreto judicial o la resolución administrativa que da la posesión EFECTIVA de la herencia** (artículo 688 N° 1). El decreto judicial se inscribirá en el Registro de Propiedad del Conservador de la Comuna o agrupación de comunas, en que se encuentre el tribunal que lo dictó; la resolución administrativa se inscribirá en el Registro Nacional de

Posesiones Efectivas, que depende del Servicio de Registro Civil e Identificación, según lo dispone el artículo 8° de la Ley N° 19.903; asimismo, el Director Regional del Registro Civil correspondiente, emitirá un certificado, dando cuenta de haberse otorgado la posesión efectiva de la herencia intestada, certificado que debe acompañarse al Conservador de Bienes Raíces del último domicilio del causante, para inscribir también la resolución administrativa, en el Registro de Propiedad. El decreto judicial también se inscribirá en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas. Para la inserción en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas de las resoluciones judiciales que confieren las mismas, tratándose de las sucesiones testadas, deberá darse cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 882, inciso 3°, del Código de Procedimiento Civil, que reza: “Hechas las publicaciones a que se refieren los incisos anteriores y previa agregación de una copia autorizada del inventario, el tribunal ordenará la inscripción de la posesión efectiva y oficiará al Servicio de Registro Civil e Identificación dando conocimiento de este hecho.”

Conforme a lo expuesto, nos queda en claro que tras la vigencia de la Ley 19.903, toda posesión efectiva tendrá siempre **dos inscripciones**, una en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas, a cargo del Registro Civil e Identificación, y otra en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente.

El procedimiento para solicitar, obtener e inscribir la posesión efectiva y las diligencias para el pago del impuesto a las herencias o para dictar la resolución que declare exenta de dicho pago a la herencia, está señalado en la Ley N° 19.903, en el CPC (artículos 866 y siguientes) y en la Ley N° 16.271, sobre impuesto a las herencias y donaciones.

2° Si la sucesión es testamentaria, se inscribirá también el testamento, en el Registro de Propiedad del mismo Conservador de Bienes Raíces en que se hubiere inscrito el auto de posesión efectiva.⁹

En virtud de la inscripción del decreto que concede la posesión efectiva y del testamento, los herederos pueden disponer de los bienes muebles.

3° La inscripción especial de herencia (artículo 688 N° 2): se practica con el mérito de la primera inscripción o de las dos primeras inscripciones. Consiste en inscribir los inmuebles de la sucesión a nombre de todos los herederos, en el Registro de Propiedad del Conservador de la Comuna o agrupación de comunas en que está situado el inmueble; si abarca el territorio de dos o más Conservadores, la inscripción debe efectuarse en el Registro de todos ellos. En virtud de esta inscripción, los herederos pueden disponer de consuno de los inmuebles hereditarios.

En el mismo Conservador, volverán a inscribirse el decreto de posesión efectiva y el testamento, si lo hubiere.

Cabe señalar que de conformidad al artículo 30 de la Ley N° 16.271 de Impuestos a las herencias, asignaciones y donaciones, si la sociedad conyugal terminare por el fallecimiento de uno de los cónyuges, los bienes raíces de aquélla deberán inscribirse en el Conservador respectivo, a nombre del cónyuge sobreviviente y de los herederos del difunto.

4° La inscripción especial del acto de partición (artículo 688 N° 3), por el cual se adjudica a un heredero el todo o parte de un inmueble; la inscripción se efectúa en el o en los mismos Registros en los cuales se verificó o verificaron las inscripciones especiales de

⁹ Hoy día, entonces, el testamento se inscribirá en dos oportunidades: la primera, después de otorgado, se inscribirá en el Registro Nacional de Testamentos a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación; y la segunda, tras el fallecimiento del testador, se inscribirá el testamento en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente.

herencia. Sin esta inscripción, no podrá el heredero adjudicatario disponer por sí solo de los inmuebles hereditarios que en la partición le hayan cabido.

Cabe indicar que de conformidad al CPC, todo acuerdo de las partes o resolución del partidor que contenga adjudicación de bienes raíces, debe reducirse a escritura pública, y sin esta solemnidad no puede efectuarse su inscripción en el Conservador (recordemos que al Conservador sólo pueden presentarse títulos auténticos para su inscripción).

A diferencia de las anteriores, ésta inscripción puede obviarse. En efecto, puede ocurrir que los herederos resuelvan enajenar de consuno los inmuebles hereditarios. En tal caso, no habrá partición ni adjudicaciones subsecuentes (si se enajena, operará en favor del tercero adquirente un título traslativo de dominio; si se adjudica el inmueble a uno de los comuneros hereditarios, operará un título declarativo de dominio, y no habrá enajenación).

Con las tres (si no hubo testamento) o cuatro (si hubo testamento) inscripciones anteriores y la del causante que las precedió, se puede entonces seguir en el Registro la historia de un inmueble que antes perteneció al causante, luego a sus herederos y por último se radicó en el patrimonio de uno solo de ellos o de un tercero.

Como indicábamos, la adjudicación de un inmueble hereditario a uno de los herederos no es un acto de disposición. Inicialmente, la Corte Suprema llegó a la conclusión contraria, al declarar nula la adjudicación de un bien raíz sin que previamente se hubieren practicado las inscripciones señaladas en el art. 688 del CC. Este error jurídico se enmendó sin embargo, y la jurisprudencia posterior reconoció que la adjudicación a un heredero no importa disposición, o sea enajenación, sino simplemente una singularización o individualización del dominio que pertenecía al adjudicatario en la comunidad, la radicación de los derechos cuotativos en bienes determinados. Por tanto, la falta de posesión efectiva de la herencia y de la inscripción especial de la misma a nombre de todos los herederos, no anula la adjudicación que opera en favor de uno de ellos.

+ Alcance y sanción del art. 688.

En conformidad a este precepto, la posesión legal de la herencia no habilita al heredero para disponer de manera alguna de un inmueble, mientras no se verifiquen las inscripciones que señala el artículo. Se plantea entonces el problema de determinar cuál es la sanción a la contravención del art. 688, es decir, cuando a pesar de no haberse practicado estas inscripciones, un heredero dispone de un inmueble. La Corte Suprema ha llegado a soluciones diversas a lo largo de los años:

1° En un principio, la Corte resolvió que la sanción recaía sobre el contrato o título traslativo de dominio otorgado por el heredero al tercero y que esta sanción era la nulidad absoluta, porque se infringían las normas de organización del Registro Conservatorio, que son de orden público. Y agregó más tarde la Corte Suprema que la prohibición de disponer del art. 688 era general y absoluta, comprendiendo no sólo las enajenaciones voluntarias, sino también las ventas forzadas que se efectúan en juicio ejecutivo, pues la ley no había hecho distinción (se trataba de un inmueble hipotecado por el causante; con posterioridad a su muerte, venció el plazo para pagar la obligación caucionada, y como los herederos no pagaron, el acreedor hipotecario entabló juicio ejecutivo y sacó a remate la propiedad. El remate fue anulado por la Corte Suprema, en atención a que los herederos no habían practicado las inscripciones del art. 688).

2° En una segunda interpretación, la Corte Suprema modificó la conclusión anotada respecto a las enajenaciones forzadas, señalando que la prohibición del art. 688 sólo se refiere a los actos voluntarios celebrados por los herederos o sus causahabientes y no a las enajenaciones forzadas, puesto que el artículo expresa con claridad que “los herederos” son

los que no pueden disponer, limitación que no puede hacerse extensiva a la justicia; se observó que de haberse mantenido el primer criterio, los herederos del deudor, con negarse a inscribir, paralizarían toda ejecución en su contra y se librarían de cumplir las obligaciones que les transmitió el causante. Ello resulta jurídicamente inadmisibile.

3° En una tercera interpretación, la Corte Suprema declaró que la palabra “disponer” está tomada en el art. 688 en su sentido natural y obvio de enajenar, esto es, transferir el dominio de una persona a otra; en otras palabras, enajenación en su sentido restringido; la venta no importa acto de transferencia del dominio, sino un simple contrato. En consecuencia, el contrato celebrado por el heredero sin haberse cumplido previamente con las inscripciones del art. 688, es válido. Lo que es nulo sería la tradición subsecuente, si se efectúa. Se podría argumentar en contra de este fallo, que el art. 1810 prohíbe la venta de las cosas cuya enajenación a su vez está prohibida por la ley, pero en respuesta a lo anterior y en abono al fallo, podría contra-argumentarse que el art. 688 no es una norma prohibitiva, sino imperativa de requisito.

4° Una nueva sentencia vino a completar y dar mayor fuerza a la doctrina asentada por la Corte Suprema. Estableció que el art. 688 se refiere a la tradición del dominio de los bienes raíces, por estar comprendido en el párrafo que de ella trata, y que no puede atribuírsele un sentido diverso, extraño al de dicho párrafo. Por tanto, la prohibición de disponer impuesta a los herederos antes de la realización de las inscripciones, no puede aplicarse al título, como la compraventa, sino al modo de adquirir, a la tradición.

5° Una quinta interpretación llega a una solución más aceptable para la doctrina. La Corte Suprema había concebido el art. 688 como norma prohibitiva, cuando en realidad es imperativa de requisitos. La sanción, por tanto, no es la nulidad absoluta, sino que otra diferente: la establecida en el art. 696. Este artículo, refiriéndose a los que lo preceden, entre los que se cuenta el art. 688, dispone que los títulos cuya inscripción en dichos artículos se prescribe no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe. Esto implica que si se omiten las inscripciones ordenadas en el art. 688, la inscripción que obtenga quien adquirió del heredero, adolecerá de una TRANSITORIA INEFICACIA. No conferirá a dicho adquirente la posesión sobre su derecho, mientras no se efectúen las inscripciones omitidas. Esta transitoria ineficacia de la inscripción del adquirente, demuestra que en ningún caso la sanción podría ser la nulidad absoluta, porque ésta excluye la ratificación, figura que opera en definitiva, al menos tácitamente, al verificarse las inscripciones que ponen fin a la ineficacia transitoria de la inscripción hecha en favor del adquirente.

Pero la discusión en la doctrina ha continuado. Se señalan dos objeciones a la última solución de la jurisprudencia:

1° Que el art. 696, al negar la transferencia del respectivo derecho al tercero mientras la inscripción no se efectúa, no se refiere al art. 688, pues se está refiriendo sólo a las inscripciones que transfieren el dominio, a las que son tradición, objetivo que no persiguen las inscripciones del art. 688.

2° Que la solución de la jurisprudencia asegura que mientras las inscripciones no se efectúen queda en suspenso la transferencia del derecho; en otras palabras, que al comprar el inmueble el tercero sin que previamente el heredero hubiere practicado las inscripciones, el título y la inscripción que dicho tercero obtenga a su nombre serían válidos pero completamente ineficaces, con lo que el tercero no adquiriría el dominio ni la posesión. Se trataría entonces de un MERO TENEDOR. La solución conduciría entonces a la inestabilidad de los derechos. El resultado práctico del criterio jurisprudencial se traduce en

la necesidad en que queda colocado el tercero que adquirió del heredero, de REINSCRIBIR el título traslativo, una vez que el heredero haya obtenido la posesión efectiva y practicado las inscripciones del caso. Y este procedimiento de reinscripción, se agrega, carece de base legal y puede dar origen a una cadena paralela de inscripciones.

Sin embargo, se sostiene que desde el momento que el art. 696 alude a “la posesión efectiva del respectivo derecho”, es decir del **derecho de dominio**, que no se adquiere mientras no se verifiquen las inscripciones, no se excluye la posibilidad de que se adquiera **la posesión** de la cosa, de manera que la inscripción en favor del tercero hecha sin haberse efectuado previamente las inscripciones del art. 688, no es del todo ineficaz, pues conferiría la posesión del inmueble, con lo que podría adquirirse por prescripción si pasa el tiempo y los herederos no practican las inscripciones del art. 688.

Otra solución que se desprendería de los principios generales, sería que la enajenación del heredero en favor del adquirente estaría viciada de nulidad relativa, porque se habrían omitido ciertos requisitos (las inscripciones del art. 688) prescritos por la ley en consideración a la CALIDAD de heredero de quien enajena. Esta nulidad se sanearía con la confirmación o ratificación del heredero, de la tradición efectuada, mediante el cumplimiento de las inscripciones del art. 688. Para el orden del registro, bastaría una simple anotación marginal que aluda a la ratificación, hecha en la inscripción confirmada. Con esta solución, no sería necesaria la reinscripción.

Pero la tesis de la nulidad relativa como sanción a la infracción del art. 688 ha sido impugnada, ya que dicha nulidad se sana a los 4 años, mientras que del tenor del art. 688 se desprende que la falta de inscripciones hereditarias **jamás se sana**, pues el precepto señala que el heredero no puede disponer en manera alguna de los inmuebles hereditarios, MIENTRAS no procedan las inscripciones hereditarias.

En la práctica, cuando se detecta que los herederos han enajenado un inmueble sin haber cumplido con las normas preceptuadas en el artículo 688, no queda otra vía que proceder a resciliar el contrato, y celebrar uno nuevo, pero sólo después de haber practicado las inscripciones hereditarias.

- La inscripción en la prescripción.

Fuera de la sucesión por causa de muerte, hay otro modo de adquirir que también da lugar a la inscripción conservatoria. Diversas disposiciones exigen que la sentencia que declara la prescripción adquisitiva de un bien raíz sea inscrita en el Registro del Conservador: arts. 689 y 2513 del CC. y 52 del Reglamento Conservatorio.

La inscripción no sirve para que el prescribiente adquiera el dominio, puesto que ya lo adquirió por prescripción. La inscripción se exige por una triple finalidad:

- 1° Para colocar el inmueble bajo el régimen de la propiedad inscrita;
- 2° Para mantener la historia de la propiedad raíz; y
- 3° Para que la sentencia produzca efectos contra terceros.

c) La tradición del derecho real de herencia.

- Momento a partir del cual es posible realizarla.

Una vez fallecido el causante, el heredero puede disponer, enajenar su derecho de herencia. Es imposible la enajenación antes de la muerte del causante, pues en nuestro Derecho, están proscritos los pactos sobre sucesión futura, adoleciendo de objeto ilícito y por ende de nulidad absoluta (arts. 1463, 1466, 1204 y 1682). Una vez que el heredero

puede enajenar su derecho de herencia, se plantea el problema acerca de la forma como debe hacerse la tradición.

- Forma de efectuar la tradición del derecho de herencia: doctrinas.

El CC., en los arts. 1909 y 1910, dentro del título “De la cesión de derechos”, se refiere a la cesión del derecho de herencia. El Código emplea el término equívoco de “cesión”, que por el contenido de los artículos citados, debe entenderse equivalente a tradición. Se señalan en los dos artículos sólo algunos efectos de la cesión, pero no se indica la forma como ha de efectuarse la tradición.

En lo que respecta al título que la precede, el más frecuente será la compraventa, que debe hacerse por escritura pública (art. 1801, inc. 2º). A continuación procede la tradición, sin que el Código establezca expresamente la forma como ha de efectuarse. De esta forma, de las tres fases que aquí operan (título, forma de efectuar la tradición y efectos de la tradición) están resueltas en la ley la primera y la tercera, pero no la segunda.

Antes de entrar al análisis de las doctrinas formuladas al efecto, debemos precisar que la situación que estudiaremos se refiere a la venta o cesión de los derechos hereditarios en la UNIVERSALIDAD de la sucesión o en una CUOTA de ella, y no a la venta de los derechos hereditarios que al heredero vendedor o cedente corresponden en un bien DETERMINADO de la sucesión, porque en este último caso la inscripción es la única forma de hacer la tradición (y siempre y cuando se practiquen previamente las inscripciones del art. 688, si se trata de un inmueble).

Dos doctrinas proponen solución al problema de cómo debe efectuarse la tradición del derecho real de herencia:

1º Doctrina según la cual la tradición de la herencia no exige inscripción conservatoria, aún cuando aquella comprenda bienes raíces.

Leopoldo Urrutia fue el primero que sostuvo esta doctrina. Se plantea que siendo la herencia una universalidad jurídica que no comprende bienes determinados sino un conjunto de bienes indeterminados o una cuota de ese conjunto, no puede calificarse de bien mueble o inmueble. No corresponde por ende aplicarle el artículo 580 del Código Civil, que califica a los derechos reales como muebles o inmuebles, según la naturaleza de la cosa sobre la cual se ejercen. Por tanto, aunque la herencia comprenda bienes inmuebles, no es necesaria la inscripción a que se refiere el art. 686 para la tradición de ella, pues esta disposición alude a la manera de efectuar la tradición del dominio de los bienes raíces y los derechos reales constituidos sobre ellos y que indica el artículo, y ya se ha dicho que aunque la herencia comprenda éstos bienes no adquiere carácter inmueble, sino que mantiene su calidad de bien abstracto o sui generis. Aún más, agregan los que siguen a Urrutia, el art. 686 es inaplicable porque se refiere a la tradición del dominio y otros derechos reales que menciona, entre los cuales no se cuenta la herencia, y ésta, aunque en doctrina pueda mirarse como una forma de dominio, en nuestro derecho positivo no puede seguirse tal criterio, porque se considera la herencia en forma autónoma o independiente del derecho de dominio (arts. 577 y 1268). Es un derecho real distinto del dominio.¹⁰

¹⁰ Otro argumento que podría agregarse, en abono de la tesis de Urrutia, dice relación con la historia fidedigna del establecimiento de la ley. En efecto, según vimos, el art. 829 del Proyecto de Código Civil del año 1853, señalaba al derecho de herencia entre los derechos que admitían registro (inscripción) en la oficina del competente Conservador de Bienes Raíces. Lo anterior no se mantuvo en el proyecto definitivo de 1855.

Ahora bien, como no hay reglas particulares para la tradición del derecho de herencia, corresponde aplicar las generales del Título de la Tradición. En conformidad a éstas, la tradición del derecho de herencia puede verificarse por cualquier medio que revele la intención del tradente de transferir su derecho de herencia y la del adquirente de adquirirlo. Se aplican las reglas generales de los arts. 670, incisos 1° y 2° y 684, y en especial, la expresión “significando”, utilizada en el último.

En consecuencia, siendo la inscripción una manera excepcional de efectuar la tradición, establecida tan sólo para los inmuebles, y la regla general las formas del art. 684, la tradición del derecho de herencia no requiere de inscripción, y basta para efectuarla, cualquier manifestación de voluntades en la que conste la intención de transferir el dominio: por ejemplo, expresándolo en una escritura pública de cesión, o permitiendo al cesionario o comprador entrar en posesión de los derechos cedidos por el vendedor, y en cumplimiento de las estipulaciones del contrato, ejercitar dicho cesionario, por sí y como dueño de estos derechos, las gestiones pertinentes en un juicio en que se discute la nulidad del testamento del causante.

Un efecto práctico de esta doctrina, es la imposibilidad de alegar lesión enorme en la cesión del derecho real de herencia, aunque la misma comprenda inmuebles, pues no estaríamos ante una compraventa que tenga por objeto esa clase de bienes, sino una universalidad que no puede calificarse de mueble o inmueble.

2° Doctrina según la cual la tradición de la herencia exige la inscripción conservatoria, cuando aquella comprende bienes raíces.

José Ramón Gutiérrez fue quien postuló esta doctrina, que sostiene que el derecho real de herencia es mueble o inmueble, según lo sean las cosas singulares en que ha de ejercerse; la herencia, por tanto, es una cosa cuyo carácter depende de los bienes que la componen. En consecuencia:

- + Si sólo se compone de bienes muebles, la herencia será cosa mueble y su tradición deberá efectuarse por una de las formas previstas en el art. 684, tanto en la hipótesis general del inciso primero, como en las contenidas en sus numerales, cuando corresponda.
- + Si la herencia se compone únicamente de bienes inmuebles, será cosa inmueble, y la tradición deberá efectuarse conforme al art. 686.
- + Si la herencia comprende bienes muebles e inmuebles, tiene carácter mixto, y su tradición también deberá efectuarse conforme al art. 686.

En lo que a la jurisprudencia respecta, la casi totalidad de las sentencias se inclina por la primera doctrina. Así, hay fallos que estiman efectuada la cesión o tradición del derecho real de herencia, por el hecho de que los demás copartícipes reconozcan al cesionario como tal; o por la circunstancia de que éste intervenga en la administración o en la liquidación de los bienes hereditarios; o por el hecho de aparecer de manifiesto en la escritura de cesión las voluntades del cedente y del cesionario de transferir y adquirir, respectivamente, el derecho de herencia, etc.

- El art. 688 y la cesión del derecho de herencia.

La citada disposición no se aplica. Si el heredero cede sus derechos en la herencia, no es necesario que previamente cumpla con las inscripciones del art. 688, porque este precepto impide la disposición de un inmueble sin las inscripciones previas, pero no la de una herencia o de una cuota de ella, herencia o cuota en la misma que es una universalidad jurídica que no tiene carácter de inmueble, aunque comprenda esta clase de bienes, según la doctrina mayoritaria. Así lo ha resuelto también de modo casi uniforme la jurisprudencia.

Sólo una sentencia de la Corte de Valparaíso, ha declarado “que cuando existe un solo heredero y el patrimonio comprende bienes raíces debe aplicarse el art. 688 del CC. y mientras no se verifiquen las inscripciones que allí se determinan, no puede el heredero disponer de manera alguna de un inmueble, siendo en el hecho una forma de disposición el enajenar la totalidad de su patrimonio hereditario que comprende esos inmuebles de su exclusiva propiedad”.

Esta sentencia ha sido criticada, porque el art. 688 exige las inscripciones que señala para la disposición de inmuebles determinados, cosas singulares, pero no para disponer de una universalidad jurídica como es la herencia, cuya naturaleza no se altera por el hecho de existir un solo heredero. Además, el art. 688 establece formalidades para disponer DEL DOMINIO sobre las cosas inmuebles que integran el patrimonio transmitido y no para disponer DEL DERECHO DE HERENCIA, derecho diferente del dominio. Además, las normas excepcionales del art. 688 no pueden extenderse a la enajenación del derecho real de herencia, a pretexto de que “en el hecho” la enajenación de ésta envuelva la de los bienes comprendidos en la masa hereditaria; y esto, porque las reglas de excepción no admiten interpretación extensiva.

- Inscripción del legado de un inmueble.

Los legados pueden ser de especie o cuerpo cierto y de género. El legatario DE ESPECIE adquiere el dominio de la cosa legada directamente del causante, por el modo sucesión por causa de muerte y sin necesidad de inscripción, en el momento del fallecimiento del testador, salvo si su asignación fuere condicional (arts. 588, 951, 956 y 1338, inc. 1º). El legatario DE GENERO, por el contrario, sólo obtiene un crédito contra él o los herederos obligados a pagarle su legado. No adquiere el dominio de la cosa por sucesión por causa de muerte, sino en virtud de la tradición que le hace el heredero o los herederos. Cabe indicar que incluso es posible un legado de género sobre inmueble (por ejemplo, el testador ordena dar uno cualquiera de los 50 lotes que componen una subdivisión de un predio de mayor extensión; o uno cualquiera de los 30 departamentos de un edificio determinado, que pertenece en su integridad al causante).

El legatario de género puede disponer de su crédito (de su “derecho al legado”, siguiendo las expresiones del art. 1909), sin esperar a que se efectúe inscripción alguna, aunque lo legado sea un inmueble indeterminado y de acuerdo al art. 580 sea un crédito inmueble. Ello, porque las inscripciones del art. 688 sólo se exigen A LOS HEREDEROS.

Cuando esté determinado quienes son los herederos y exigible que sea el crédito (según las cláusulas del testamento y las reglas del pago de los legados), el legatario o el adquirente de su derecho, si el legatario se lo hubiere cedido, podrá exigir a todos los herederos (o al que fue gravado con la carga de pagar el legado) que lo cumplan, es decir, que se le entregue, en tradición, una cosa del género respectivo. Si es un inmueble, será necesario, para los herederos, obtener la posesión efectiva, inscribirla y practicar la inscripción especial de herencia. Ello, porque son los herederos los dueños del inmueble, sin perjuicio que se encuentran obligados a transferirlo al legatario. Como esa entrega constituye tradición, debe efectuarse inscripción. En cuanto al título traslativo de dominio que ha de servir como antecedente al legatario, en principio podría estimarse que es el testamento, pero en él no se señaló un inmueble determinado. Entonces, el antecedente inmediato será el acuerdo entre herederos y legatario por el cual aquellos, en cumplimiento de la obligación de entregar un inmueble, que asumieron al aceptar la herencia, proponen al legatario la entrega de un inmueble determinado y éste acepta. Tal acuerdo, dado que

conduce a la transferencia de un inmueble, a una tradición que debe efectuarse por inscripción, deberá constar por escritura pública.

En cuanto al legatario DE ESPECIE, y si tal especie es un inmueble, debemos distinguir para tratar el tema con relación al art. 688, entre la inscripción a nombre del legatario y la disposición que éste efectúe después a favor de un tercero:

1º Para ADQUIRIR el dominio, el legatario de especie no requiere inscripción, sin perjuicio de la conveniencia de la misma. ¿Cómo proceder a esta inscripción? La doctrina está dividida.

+ Doctrina que sostiene que basta con exhibir el testamento judicialmente reconocido, para requerir la inscripción del inmueble legado.

Una opinión, estima que el legatario puede requerir la inscripción comprobando el fallecimiento del testador y acreditando el pago del impuesto que grava su asignación y exhibiendo copia del testamento judicialmente reconocido. Esta última exigencia se explica, según esta posición, porque ese reconocimiento confiere verosimilitud a las pretensiones del legatario, teniendo presente que está actuando con prescindencia de los herederos. Afirman quienes siguen esta posición, que la inscripción del legado a nombre del legatario podría realizarse aunque el testamento no estuviere previamente inscrito; pero agregan que está más conforme con el espíritu del Registro Conservatorio que primero se haga la inscripción del testamento y después la del inmueble legado a nombre del legatario. Finalmente, sostienen que si bien la Ley de Impuesto a las Herencias establece que los herederos o el albacea no pueden proceder a la entrega de legados sin deducir o exigir previamente la suma que se deba por concepto del referido impuesto, en ninguna parte impone que la entrega deba hacerse por escritura pública.

+ Doctrina que sostiene que es necesario otorgar una escritura pública de entrega del legado.

A juicio de esta doctrina, los legatarios de bienes raíces no pueden inscribir a su favor el inmueble legado con la sola presentación del testamento judicialmente reconocido. Aducen las siguientes razones:

- Por lo general, el testador señala el inmueble legado con designaciones insuficientes para inscribir el dominio exhibiendo sólo el testamento (por ejemplo, suele omitir los linderos del predio).

- El testamento no es un título indiscutible del derecho del legatario de un inmueble, porque el legado está sujeto a contingencias: arts. 1119 (variaciones experimentadas en el inmueble) y 1362 (responsabilidad subsidiaria de los legatarios ante los acreedores del causante).

- Los arts. 1374 (las asignaciones hereditarias se pagan antes que los legados) y 959 (deducción de las bajas generales de la herencia, antes de pagar las asignaciones hereditarias y testamentarias) vienen a confirmar que el legado no es inmediatamente exigible.

- Los arts. 1290 y 1292, en el mismo sentido, se refieren al "pago" de los legados, como un acto que debe efectuar el albacea.

- Finalmente, la Ley de Impuesto a las Herencias (art. 54), dispone que los Conservadores no podrán inscribir adjudicaciones de bienes raíces hereditarios sin que se hubiere pagado el impuesto o asegurado el pago.

Procederá entonces otorgar escritura pública por los herederos o el albacea, que acredite que el derecho del legatario es definitivo. Agregan los partidarios de esta doctrina que la exigencia que la entrega se realice mediante escritura pública se justifica, en razón de

que el Conservador sólo puede inscribir títulos auténticos. Si se sigue esta tesis, a la que se ha inclinado la jurisprudencia, para otorgar la escritura pública bastará inscribir el auto de posesión efectiva (que declara quienes son los herederos), sin que se justifique practicar la especial de herencia, porque el bien legado como especie o cuerpo cierto no pertenece a los herederos, a diferencia de lo que acontece con el legado de género. Por lo mismo, no están “*disponiendo*” de él, puesto que sólo son meros tenedores.

2º En cuanto a DISPONER por el legatario del inmueble legado, también han surgido discrepancias:

+ Doctrina que sostiene que es requisito previo inscribir el inmueble legado, a nombre del legatario.

Se ha sostenido que el título del legado es el testamento y que la obligación de inscribir el legado, es un requisito previo para disponer de la especie, obligación que estaría implícita en la siguiente relación de disposiciones: según los arts. 688 del CC. y 55 del Reglamento, deben inscribirse la posesión efectiva y el testamento, si la sucesión fuere testada; y conforme a los arts. 691 del CC. y 79 del Reglamento, la inscripción del testamento debe incluir la fecha del otorgamiento, la individualización del testador y de los herederos o legatarios que solicitaren la inscripción, expresando sus cuotas o los respectivos legados.

+ Doctrina que sostiene que el legatario puede disponer del inmueble legado, sin necesidad de inscribir previamente el inmueble a su nombre.

Los que sostienen esta doctrina, estiman que no es necesaria la inscripción; no la exige el art. 688 (que se refiere sólo al heredero) ni ningún otro precepto. Además, el art. 691 sólo dispone qué menciones tendrá la inscripción testamentaria, pero no exige que el legatario tenga que inscribir para disponer de la cosa legada. Por lo demás, la inscripción del testamento sólo se practica, de interpretar restringidamente el art. 688 número 1, en el Registro donde se inscribe el auto de posesión efectiva, con lo cual la inscripción del inmueble legado, como hipotético requisito previo para disponer de él, ni siquiera serviría para mantener la historia del predio legado, cuando está situado en lugar distinto del domicilio del testador, en el que se inscribieron la posesión efectiva y el testamento (este argumento se ha debilitado, pues la mayoría de los Conservadores, antes de efectuar la inscripción especial de herencia, inscriben también nuevamente el auto de posesión efectiva y el testamento).

En la práctica, sin embargo, cuando el legatario de la especie inmueble quiera enajenarla, tendrá que efectuar la tradición, esto es, tendrá que inscribir el inmueble previamente a su nombre, porque el Conservador podrá negarse a inscribir a nombre del que adquirió del legatario, amparándose en su negativa en el art. 14 del Reglamento (puesto que se trataría de inscribir un título que no emana de quien aparece -según el Registro- como dueño o actual poseedor). Vemos entonces que si bien el legatario es dueño (pues adquirió por sucesión por causa de muerte), registralmente no aparece como tal. Como concluye la doctrina, la inscripción previa no se justifica en el Derecho, pero sí en el aspecto formal de la organización del Registro.

d) La tradición de los derechos personales.

Su transferencia requiere de un título y la subsecuente tradición. El título podrá consistir en una venta, donación, permuta, etc. En cuanto a la tradición, se verifica por la

entrega del título, hecha por el cedente al cesionario (art. 699).¹¹ En este precepto, se entiende por título el instrumento en el que consta el crédito, vale decir, el documento en el que se encuentra escriturado (sin perjuicio de la interpretación más amplia dada por la jurisprudencia, según veremos). En el art. 1901, por su parte, se utiliza la expresión “título” tanto como antecedente jurídico cuanto como materialidad.

La tradición de los derechos personales es también un acto solemne, según se desprende del artículo 1903 del Código Civil: debe anotarse en el título el traspaso del derecho, designar al cesionario (o sea, al nuevo acreedor) y debe llevar la firma del cedente.

Los arts. 1901 y siguientes indican los efectos de la cesión. La expresión “cesión” no alude a la idea de título o contrato, sino a la de tradición del crédito. Por ende, el título debe anteceder a la cesión, y servir de fundamento a la misma.

Por la entrega del título, la tradición produce sus efectos entre el cedente o tradente y el cesionario o adquirente (arts. 699 y 1901). Pero la cesión no produce efecto contra el deudor ni contra los terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste (art. 1902).

Cabe señalar que la jurisprudencia ha concluido que el art. 699 no se refiere sólo a la entrega MATERIAL del título, pues lo que se transfiere no es la cosa corporal, el documento en que consta el crédito, sino éste último, que es un derecho y por tanto una cosa incorporal, que existe con independencia del título que lo contiene. Una conclusión contraria, significaría la imposibilidad de ceder créditos que no constan por escrito, pues faltaría el documento para hacer la entrega material.

En consecuencia, la tradición no sólo puede efectuarse por la entrega física del título, sino que también de una manera simbólica, como sería permitiendo o autorizando al cesionario para tener el crédito por suyo. Así sucede cuando por medio de una escritura, se traspa el crédito que consta en otra escritura pública de mutuo, expresando el dueño del crédito su voluntad de transferirlo y el cesionario la suya de aceptarlo, verificándose la entrega por ese instrumento de cesión y no por la entrega de copia de la escritura de mutuo (en la práctica sin embargo, se entrega copia de la misma, dejando constancia de ello en la escritura de cesión, para despejar cualquier riesgo).

La tradición de un crédito no escriturado conlleva sin embargo un evidente riesgo para el cesionario: la dificultad que puede tener para acreditar la existencia del crédito y obligación correlativa, cuando cobre al deudor, considerando que el Código Civil le impide valerse de la prueba de testigos (artículos 1707 y siguientes del Código Civil). Por ello, en lo posible, el cesionario debe exigir que concurra al contrato el deudor, reconociendo su calidad de tal y la respectiva obligación.

- Tradición de los derechos litigiosos.

La cesión está regulada en los arts. 1911 a 1914. En estas reglas, igual como acontece respecto de la cesión del derecho real de herencia, se señalan los efectos de la tradición, pero no se precisa la forma como esta ha de efectuarse.

¹¹ El Código Civil sólo regula la cesión o tradición de los créditos nominativos, y no los créditos a la orden o al portador, como advierte el artículo 1908. La cesión de éstos últimos se encuentra regulada en la Ley número 18.092, sobre letras de cambio y pagaré. Los créditos a la orden, se transfieren mediante endoso (firma del titular, puesto al dorso del documento), mientras que los créditos al portador se ceden por la simple entrega de los mismos. El estudio de estos dos últimos créditos corresponde al Derecho Comercial.

El art. 1911 define qué se entiende por derecho litigioso. Como se desprende del art. 1912, también se requiere un título y un modo. Se discute en la doctrina la forma como debe verificarse la tradición.

Para algunos (Emilio Rioseco, entre ellos), la circunstancia de ser litigioso el derecho, no impide calificarlo de derecho real o personal. Si es real, se aplicarán las reglas de la tradición: por ende, si es un derecho mueble, operará el art. 684, y si es inmueble, será necesaria la inscripción conservatoria. Si el derecho litigioso es personal, se aplicarán las normas contenidas en los arts. 1901 a 1903. Como estos preceptos exigen entrega del título, se admite, siguiendo a la jurisprudencia, que la actuación en el litigio por parte del cesionario, en reemplazo del cedente, con su consentimiento expreso o tácito, podría constituir tradición del derecho litigioso, equivalente a las formas simbólicas del art. 684.

Otros autores (Alejandro Silva Bascuñan, entre ellos), objetan el planteamiento anterior. Se observa que en el caso de los derechos reales, la tradición sería difícil de efectuar cuando el cedente no tiene la cosa mueble en su poder o no tiene inscrito a su nombre el inmueble. Se postula que aun cuando en forma mediata lo cedido pudiere ser un derecho real o personal, en términos inmediatos lo cedido es siempre “el evento incierto de la Litis” (art. 1911), de manera que la tradición ha de ser siempre una sola. Como la ley no señala su forma, tendrá que consistir en una manifestación de voluntad que exteriorice el ánimo de tradición, concretamente, una actuación realizada en el litigio por el cesionario, con consentimiento expreso o tácito del cedente y conocimiento de las demás partes del juicio, por la cual el cesionario sustituya al cedente en la posición que éste tenía en la controversia.
