Artículo: Dificultades del efecto personal del contrato
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

REVISTA DE DERECHO

AÑO XLVI — Nº 167

ENERO - DICIEMBRE DE 1979

ESCUELA DE DERECHO

CONCEPCION—CHILE

Artículo: Dificultades del efecto personal del contrato
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

DIFICULTADES DEL EFECTO PERSONAL DEL CONTRATO

DANIEL PEÑAILILLO AREVALO
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Concepción

1.—Planteamiento y Propósito.

El régimen de transferencia de bienes en el Derecho patrimonial chileno descansa, como se sabe, en el postulado del efecto puramente personal del contrato. Del contrato, se dice, sólo nacen derechos y obligaciones para las partes y cuando esa convención tiene por finalidad el traspaso del dominio o de otro derecho real, él solo es insuficiente; para que opere la transferencia es necesario que tenga lugar el subsecuente modo de adquirir, la tradición. Se agrega, para reafirmar la construcción, que son los modos de adquirir las fuentes de los derechos reales; se reitera, en fin, que la transferencia se produce entonces por la concurrencia de la dualidad título-modo. Así, si de la venta se trata, el título traslaticio de dominio es el contrato de compraventa, pero de ella sólo nace la obligación de entregar la cosa vendida y el vendedor viene a hacerla ajena, traspasa el dominio, cuando efectúa la entrega o tradición, de alguna de las maneras que la ley señala.

Tal es el sistema denominado "romano", que adopta el Derecho chileno a través de varias disposiciones del Código civil (arts. 670 y sgts., 588, 1793 y sgts., etc.).

En oposición al sistema precedente, se señala el denominado "sistema consensual" por el cual el dominio se transfiere por el solo contrato, sin que sea necesario que a continuación opere un modo; tiene lugar así el "efecto real del contrato", pues él es bastante para que se transfiera el respectivo derecho real de un contratante al otro. Esta alternativa es también conocida como sistema francés, por haber sido adoptada de manera notable por el Código civil de Francia y de allí difundida a codificaciones posteriores. (1)

El propósito de este trabajo es, aceptando estos planteamientos, llamar la atención sobre algunas prevenciones importantes que deben considerarse al describir o enunciar nuestro sistema, con las que no resulta propio elevar, entre nosotros, el principio del efecto puramente personal del contrato, a la categoría de dogma incontestado.

No podrá, pues, verse aquí ni una alabanza al sistema consensual, de por sí también con apreciables limitaciones, ni mucho menos una negación del sistema mencionado como vigente en nuestro Derecho.

2.—Precedente Histórico y Justificación.

En éste como en muchos otros temas del Derecho civil, la referencia al Derecho romano es obligada. No obstante las varias discrepancias entre los autores sobre las reales características y alcances del sis-

(1) Arts. 1138 y 1583, entre otros, del Código de Napoleón.

Artículo: Dificultades del efecto personal del contrato
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tema en Roma y sus proyecciones posteriores, haremos la consideración con lo más generalmente aceptado.

A la época del Derecho romano clásico estaba configurado el sistema constituido por el título, antecedente jurídico que habilitaba para la transferencia del dominio, y el modo, mediante el cual el dominio efectivamente se traspasaba (traditio y en ciertos casos cuasitraditio).

A lo anterior es preciso agregar dos observaciones particularmente importantes:

Una, que del examen de los textos romanos los autores concluyen que ese efecto puramente personal del contrato era aplicable fundamentalmente al dominio; no se aplicaba en toda su intensidad a otros derechos reales como a la prenda, la hipoteca, algunas servidumbres.

Tal principio se encuentra vinculado con la concepción romana del dominio, siempre unida a la posesión, lo cual llevó, se ha dicho, en el lenguaje corriente de los juristas, a confundir el derecho de dominio con la cosa sobre la que se ejerce (no se expresaba "mi derecho sobre la casa", sino "mi casa"); así pues, esta concepción del dominio aparece como la explicación del sistema de transferencia: mediante la entrega de la cosa, con lo que se operaba un desplazamiento posesorio, con ostentación externa (2); y se concede al contrato un efecto puramente personal. Pero en los tiempos posteriores, las codificaciones que adoptaron el sistema romano, como es el caso del Código civil chileno, quizás olvidando aquella explicación y las limitaciones de los propios romanos que, como Gayo (3), precisaban que las cosas incorporales no admiten tradición, no sólo exigieron título y tradición, sino la extendieron, más allá del dominio, a todos los derechos reales (art. 670, inc. 2º). Claro que luego han tenido que introducir necesariamente excepciones, como es el caso, entre nosotros, de las servidumbres y del derecho real de herencia, a los que se hará referencia más adelante.

La otra, que el propio Derecho romano conoció algún desarrollo de las denominadas formas simbólicas de tradición, como las traditio longa y brevi manu y la constituto posesorio que constituyeron el inicio de un lento pero permanente proceso llamado de espiritualización de la tradición, que culminaría en los últimos tiempos en la configuración del sistema consensual, adoptado, como se ha dicho, por el Derecho francés, y por varias codificaciones posteriores. (4)

---

(2) En este punto, aparte de algunas obras conocidas de Derecho romano, nos ha sido muy útil el estudio del Prof. Aldo Topassio F.: "El efecto real del contrato en el Derecho romano y sus proyecciones en el Derecho obligacional latinoamericano". En Revista de Ciencias Sociales, Nº 7. Valparaíso, 1975. págs. 255 y sgts.

(3) Cfr. Topassio F., Aldo, op. cit. pág. 258.

(4) Es de rigor en la doctrina citar, a propósito de los alcances de las formas fictas de tradición entre los romanos, las investigaciones de Riccobono. En su obra, el Prof. Pescio incluye una interesante síntesis del tema. Pescio, Victorio: "Manual de Derecho Civil". T. IV. Edit. Juríd. de Chile. Santiago, 1958; págs. 311 y sgts. Para la evolución de las formas fictas de tradición y su difundida aplicación en el antiguo Derecho francés, que explican la adopción del sistema consensual por el Código de Napoleón —que más bien confirma lo que ya venía de la época anterior—, podría consultarse cualquier tratado de Derecho francés; en términos muy didácticos, Ripert, Georges y Boulanger, Jean: "Tratado de Derecho Civil", según el tratado de Planiol. T. VI, "Los derechos reales". Trad. de Delia García. La ley, Buenos Aires, 1965, págs. 195 y sgts.; también Mazeaud, Henri, León y Jean: "Lecciones de Derecho Civil". Parte segunda, Vol. IV. Trad. de Luis Alcalá Zamora. Edics. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1960; págs. 323 y sgts. Se sigue

Artículo: Dificultades del efecto personal del contrato
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Si se observan las codificaciones civiles vigentes en los países occidentales, puede apreciarse una falta de orientación definida en uno u otro sentido; adoptado por el Código francés, el sistema del efecto real del contrato, siempre con importantes limitaciones como se ha indicado (4a), ha sido seguido por muchos otros cuerpos legales, tanto de su época como posteriores; el efecto personal, por su parte, también cuenta con su aceptación por otros tantos. (5)

Por la explicación señalada en el propósito, no se procederá aquí a emitir un juicio valorativo de ambos sistemas; más aún, ni estamos en condiciones de hacerlo, ni es posible efectuarlo sin considerar las infinitas particularidades de cada medio en el que tienen vigencia. Pero sí recordamos algunas de las ventajas que se señalan al sistema aplicable entre nosotros. (6) (7)

Fundamentalmente, se puntualizan ventajas de publicidad en favor de terceros y de especificación en las obligaciones de género. Se afirma que la entrega material de la cosa objeto del contrato patentiza ante terceros la mutación del dominio, con lo cual éstos toman conocimiento de que el respectivo objeto ya no forma parte del patrimonio del tradente y, en cambio, pertenece al adquirente, con todas las consecuencias que se derivan de tal circunstancia. Y cuando de obligaciones de género se trata, la tradición permite especificar el objeto, exigencia indispensable para establecer el dominio, de manera que lo genéricamente debido se radicará definitivamente en la especie que el tradente entrega al adquirente. Se ha señalado también que el fundamento del sistema, que trae estas dos ventajas, se encontraría en el carácter erga onmmes del derecho real de dominio; al dotársele de la virtud de poder oponerse a todo el mundo, ser respetado por todos, requiere de esta publicidad y especificación. (8)

Tratándose de contratos que contienen obligaciones de género y que conducen a la transferencia del dominio, la llamada especificación parece sin duda una ventaja importante, que aparece precisamente como un punto de debilidad del sistema consensual, pero no puede dejar de recordarse que la pretendida publicidad que ofrecería la tradición,

---

discutiendo sí el extremo de una posible transferencia por el solo convenio en Roma, como lo afirman algunos. Schulz, Fritz: "Derecho Romano Clásico". Trad. del inglés, de José Santa Cruz Teigeiro. Bosch. Barcelona, 1960. pág. 337.

(4a) La doctrina italiana, cuyo Códice adopta también el efecto real del contrato llega a sostener que es éste sólo un elemento "natural" del contrato, el que, aparte de limitaciones legales, puede ser excluido por los contratantes, como ocurre en la venta con cláusula de reserva de dominio. Cfr. Barassi. Lodovico: "Instituciones de Derecho Civil". Vol. II. Trad. y Notas de Ramón García de Haro con colaboración de M. Falcón y parcialmente de A. Plasencia. Bosch. Barcelona. 1955. pág. 41.

(5) Enumeraciones de países que adoptan uno u otro sistema, pueden encontrarse en Pescio, Victorio, op. cit. T. IV, págs. 310 y 316; Santos Briz, Jaime: "Derecho Civil". Teoría y práctica. T. II. Derecho de cosas. Edit. Rev. de Derecho Privado. Madrid. 1973. págs. 169 y sgts.; Matus Valencia, Juan Guillermo: "La compraventa de cosas muebles en el Derecho comparado americano". En Revista de Ciencias Sociales. Univ. de Chile de Valparaíso; Nº 7, 1975, págs. 149 y sgts.

(6) Su defensa puede leerse, por ejemplo, en un estudio del Prof. Bernardo Gesche: "El contrato como modo de adquirir". En Revista de Derecho de la Universidad de Concepción. Nºs 41-42. Concepción, 1942, págs. 149 y sgts.

(7) Y ha sido también menospreciado, calificándosele de "defectuoso y antiguo": Valiente Noailles, Luis (H): "Derechos reales". Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1958, pág. 231.

(8) Cfr. Gesche, Bernardo. Op cit., pág. 157.

Artículo: Dificultades del efecto personal del contrato
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

queda desvirtuada en grado sumo con la aplicación cada vez más frecuente de las tradiciones simbólicas, como se verá.

3.—Dudas de un Efecto Puramente Personal.

a) La Ilusión del Efecto Personal en las Tradiciones Fictas.

Es fácil apreciar cómo la tradición real, efectiva, mano a mano, que ofrece mejor las ventajas posesorias, de publicidad y otras, de la institución de la tradición, tiene una aplicación limitada; no puede utilizarse sino respecto de los objetos cuyas características físicas de peso y volumen permiten su entrega real por una persona a otra. Ello trae, y ha traído siempre, como consecuencia la aplicación frecuente de las formas simbólicas de tradición, a que ya se ha hecho referencia.

Sobre este punto y antes de avanzar en el comentario de este acápite, deben señalarse dos observaciones: en primer lugar, que lo que aquí se diga será con exclusión de los bienes raíces, pues el sistema registral de los inmuebles obliga a un tratamiento separado, al efectuarse la tradición por una forma simbólica tan particular como es la inscripción, cuyas justificaciones escapan a las estrictas de un modo de adquirir; y en segundo, que al hablar de tradiciones fictas o simbólicas (términos que aquí se emplearán como sinónimos, sabiendo que en la doctrina no siempre ha sido así) aparece el inconveniente de determinar qué formas de tradición pueden considerarse tales. Este punto merece una referencia especial: En nuestro Código, las formas de tradición están señaladas en el art. 684; aparte de este precepto existen, como se sabe, otras formas contenidas en normas especiales, (como las señaladas en el Código de Comercio, por ejemplo). Puede observarse que el precepto no menciona precisamente a la entrega real, mano a mano, que más bien se entiende como existente por la definición misma de este modo de adquirir. Una buena parte de la doctrina nacional y extranjera estiman también como tradición real la del Nº 1 y aun la del Nº 2 del precepto citado; todavía más, hay quienes también entienden como forma real la del Nº 3. Entre nosotros, sólo el Prof. Barros Errázuriz ha negado con claridad esta calificación, entendiendo que todas las formas señaladas en el art. 684 son fictas (9); estimamos acertada la afirmación del Prof. Barros Errázuriz, sin olvidar que grandes comentadores del Derecho romano no extienden tanto la calificación de tradición simbólica.

De las formas de tradición ficta que se mencionan en el art. 684 del Código, varias desvirtúan las justificaciones del efecto personal del contrato. El sólo mostrar la cosa de cuya transferencia se trata, o entregarle al adquirente las llaves del lugar donde la cosa se encuentra, no patentizan ante terceros en modo alguno ninguna mutación en el dominio o posesión de la cosa tradida; más evidente resulta lo anterior tratándose del Nº 4 del art. 684 y de la traditio brevi manu y el constituto posesorio del último número del precepto citado. La publicidad del traspaso es aquí completamente inexistente y sólo con concepciones muy refinadas de la posesión hay que aceptar que ella se adquiere en estas situaciones. A lo dicho ha de agregarse las formas de tradición de otros derechos reales, igualmente simbólicas, a que más adelante se aludirá.

---

(9) **Barros Errázuriz, Alfredo:** "Curso de Derecho Civil". Primer Año, 2ª edic. Santiago. 1915, p. 154; don José Clemente Fabres da a entender también lo mismo, "Instituciones de Derecho Civil Chileno". T. I, 2ª edic. Santiago, 1893, p. 112.

Artículo: Dificultades del efecto personal del contrato
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pero si las observaciones precedentes pueden resultar discutibles, el efecto personal del contrato simplemente desaparece, no existe, precisamente en los dos últimos números del art. 684, en los indicados casos de los Nºs 4 y 5; estas formas de tradición fictas, al menos como están establecidas en nuestro texto, están consagrando el efecto real del contrato.

El Nº 4 dispone que la tradición puede tener lugar "encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido". Puede notarse por el texto del precepto, que la tradición queda perfeccionada al "encargarse" uno ...vale decir, queda efectuada al convenirse el "encargo", y no al cumplirse, esto es, al poner efectivamente la cosa en el lugar convenido; se trata de un verdadero mandato conferido por el adquirente al tradente, por el cual éste queda "encargado" de poner la cosa en el lugar convenido (10). Así, se produce una curiosa situación de cumplimiento de un contrato mediante otro: puede tratarse de una venta, en que el cumplimiento de la obligación del vendedor de entregar la cosa queda cumplida, efectuada la tradición, por el mandato en que él se encarga de poner la cosa a disposición del comprador en el lugar convenido; es claro que si luego no la pone efectivamente a su disposición, habrá incumplimiento de ese contrato de mandato y como consecuencia incumplimiento de la venta. Por lo que al tema interesa, es cierto que el solo contrato (el primero, de venta) no produjo el efecto real de transferir por si solo el dominio, pero al permitirse efectuar la tradición mediante el "encargo" referido, resulta que sí produce un efecto real el segundo contrato, el de mandato, que en la técnica del Código no es aquí calificado de contrato sino de forma de efectuar la tradición; más aún, si se piensa que la cláusula de "encargo" puede incluirse como una cláusula del contrato —llamémoslo aquí principal—, resulta que la transferencia del dominio se efectúa mediante puros acuerdos contractuales.

El Nº 5 contempla los tan conocidos traditio brevi manu y constituto posesorio. Los propios términos de este número no dejan duda acerca de su significado para la materia que aquí se trata: a través de estas dos "formas de tradición" se concede en verdad un efecto real al contrato; se dispone que la tradición se entiende efectuada "por la venta" donación u otro título de enajenación..." y luego se agrega que también "por el mero contrato...". Y debe agregarse que aquí, a diferencia del caso anterior, no se requiere de otro pacto contractual además del título matriz, sino más, el solo título es suficiente, de manera que dados los supuestos allí contemplados, el solo contrato transfiere el dominio.

Podrá decirse, como se ha dicho, que en el caso de la traditio brevi manu hubo de hecho una entrega anticipada, pero esa entrega en Derecho no constituyó nunca tradición y con decir que por el posterior título se le da ese carácter es intentar mantener muy forzadamente la construcción técnica. En el constituto posesorio podría insistirse que esa entrega se efectuará en el futuro, pero, aparte de la observación recientemente formulada, debe agregarse que es posible que nunca se efectúe esa en-

(10) Cfr. Pescio, Victorio. Op. cit. T. IV, pág. 341. En el proyecto de 1853 se agregaba a esta disposición "...y cumpliendo el encargo", que en definitiva se eliminó. (Claro Solar, Luis: "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado". T. VII. Imprenta Cervantes, 1932, p. 282. Puede recordarse también aquí el art. 148 del Cód. de Comercio que, en todo caso, no es idéntico al Nº 4 del art. 684 del Código Civil).

Artículo: Dificultades del efecto personal del contrato
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

trega, como cuando el adquirente la transfiere a otro antes de recibirla, disponiendo que el ahora tenedor —primitivo dueño— entregue la cosa al nuevo adquirente.

Con lo dicho puede apreciarse que, examinadas las tradiciones simbólicas en cuanto complementos indispensables del contrato para lograr un efecto real, aparecen ya débiles, ya desvirtuadas. (11)

b) El Efecto Personal y las Servidumbres.

Respecto de la transferencia del derecho real de servidumbre, puede decirse que simplemente el sistema patrio es el del efecto real del contrato. Aquí el título y el modo aparecen igualmente consagrados como para la tradición de otros derechos reales, pero no pasa de ser una enunciación teórica; al observarla, cualquiera se siente tentado a pensar que se mantuvo para guardar la apariencia, en orden a la conservación del sistema.

El art. 698 dispone que "la tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por escritura pública en que el tradente exprese constituirlo, y el adquirente aceptarlo: esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato". Puede verse que se distingue entre el título —el acto o contrato en que la servidumbre se constituye, cuando se constituye de esta forma—, y el modo de adquirir, tradición. Pero se trata, en la teoría y en la práctica, de una tradición que no se diferencia sustantivamente, ni en la forma, del contenido ordinario de un contrato; no es más que una cláusula convenida por las partes en que se formula una declaración de traspaso, aquí llamada tradición, del derecho real de servidumbre; como si ello fuera poco, se agrega por el propio precepto que esa declaración puede incluirse en el mismo acto en que la servidumbre se constituye, con lo que hasta materialmente aparece junto al acto mismo.

Así, en este caso, sin salirse las partes del conjunto de pactos que configuran el título de la servidumbre, sin un acto material ni simbólico, en base a una pura declaración como las demás que componen el acto que celebran, efectúan esta singular tradición; ello equivale o significa, derechamente, reconocer un efecto real al contrato, por el que se efectúa el traspaso efectivo del derecho real; manteniendo aquí, como se mantiene, la distinción entre el título y el modo, según lo hemos dicho. Se trata de perseverar el sistema, mediante separaciones formales y nombres. Por cierto que, dados los textos positivos mencionados, si llegare a faltar en un contrato determinado la cláusula de tradición, en que uno declare constituir y el otro aceptar el derecho real, habría que concluir que perfeccionado el contrato no se adquiriría el derecho real; esta misma con-

(11) A este propósito debe por lo menos mencionarse la dificultad que se origina respecto del valor comparativo de las dos formas de tradición, real y simbólica. La situación puede plantearse en todos aquellos casos en que el tradente, en tradición ficta, mantiene en su poder materialmente la cosa tradida; si posteriormente efectúa una nueva tradición a un tercero, tradición real, vendiendo dos veces el mismo objeto, queda planteado el conflicto. Se recurre para la solución al art. 1817, que ha sido interpretado en el sentido de que al no distinguir ese precepto, cualquiera que haya sido la especie de tradición, la primera prevalece, pues ambas confieren posesión; pero con argumentos de buena fe y de protección a los terceros, esta solución es intensamente discutida. Mayores antecedentes, de doctrina y preceptos legales extranjeros por una y otra alternativa, en Pescio, Victorio. Obra Cit. T. IV, págs. 336 y sgts.

Artículo: Dificultades del efecto personal del contrato
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

clusión resulta, para cualquier particular, poco convincente y demostrativa de un formalismo jurídico difícil de justificarle. (12)

Esta declaración, dispuesta por el art. 698, evoca las antiguas cláusulas que se insertaban en los documentos en los últimos tiempos que precedieron al Código de Napoleón, en que ya expiraba la necesidad de la tradición, como la "dessaisine-saisine" o "devest-vest". (13)

En síntesis, tratándose del derecho real de servidumbre en definitiva nuestro Derecho concede al solo contrato un efecto real, pero formalmente, por los términos de los textos, se distingue entre el título y el modo, operando este último por una mera declaración, por lo mismo, de igual naturaleza de las del título.

c) El Efecto Personal en la Tradición del Derecho Real de Herencia.

Demasiado conocido, como es, el problema de la forma como se ha de efectuar en nuestro Derecho la tradición del derecho real de herencia, aquí más bien se trata de tenerlo presente también al discutir el tema que nos viene preocupando; basta el enunciado del acápite para desprender lo que pretendemos señalar. Más todavía, el planteamiento es del todo similar al del párrafo precedente.

Escribiremos tan sólo las puntualizaciones de rigor: el código contempla como uno de los derechos reales, el de herencia (art. 577); se permite transferir por acto entre vivos dicho derecho, exigiéndose escritura pública si de venta se trata (arts. 1909 y sgts., 1801, etc.); no se ha precisado, sin embargo, la forma en que ha de efectuarse la tradición de ese derecho de herencia, por lo que los comentaristas y los Tribunales han debido dar solución al problema; con tal motivo se ha originado la conocida controversia, en la que se han planteado dos posiciones que se han difundido con los nombres de dos de sus más connotados sostenedores: la sustentada entre otros por el Prof. Leopoldo Urrutia, según la cual no pudiendo calificarse el derecho real de herencia ni de bien mueble ni inmueble por ser una universalidad jurídica distinta de los bienes que la componen, y siendo la inscripción conservatoria una forma excepcional de efectuar la tradición, la del derecho de herencia se debe efectuar por cualquier medio que signifique la transferencia con lo prescrito en el art. 684 del Código; y la propuesta por don José Ramón Gutiérrez, por la cual, esta tradición se efectuará por inscripción conservatoria cada vez que haya bienes inmuebles en el patrimonio hereditario y solamente no tendrá lugar esa forma cuando la herencia esté integrada exclusivamente por bienes muebles; se tiene en consideración en tal postura lo dispuesto en el art. 580 del Código. Se sabe también que aparece ya desde tiempo como opinión mayoritaria

(12) El codificador exceptuó de la tradición mediante inscripción conservatoria, a las servidumbres, dando como explicación en el Mensaje el "no haber parecido de bastante importancia". Debe recordarse que, por ley posterior especial, la servidumbre de alcantarillado en predios urbanos se constituye por escritura pública, inscrita en el Conservador de Bienes Raíces (Ley 6.977, de 16 de julio de 1941).

(13) V. supra Nº 2, con nota 4.

Artículo: Dificultades del efecto personal del contrato
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en la doctrina y en las sentencias judiciales, la primera de las indicadas alternativas. (14) (14a)

De esta forma, el consenso es predominante en orden a que la tradición de este derecho real se efectúa suficientemente por cualquier medio con el que se signifique intención de transferirlo, entendiéndose como eficaz una simple declaración escrita de las partes, que ordinariamente se incorpora en el mismo título de traspaso —en la escritura pública de venta de la herencia o cuota hereditaria, por ejemplo— en que se expresa que por ese acto se efectúa la tradición del derecho real de herencia.

Con lo dicho resulta, como se manifestó al comienzo de este párrafo, que la situación aquí es como la de las servidumbres y lo dicho allí tiene también validez en esta materia: sólo de manera formal y en los términos se mantiene la dualidad del título y el modo, pero también tratándose de la tradición del derecho real de herencia, al menos siguiendo la corriente mayoritaria, se viene asignando un efecto real al contrato, el cual, él solo, transfiere el derecho real.

d) El Efecto Personal y el "Dominio" de los Créditos.

Cuando el principio del efecto puramente personal del contrato es contrastado con la técnica adoptada por el Código relativa a las potestades sobre los derechos personales, la colisión es particularmente violenta.

En el desenvolvimiento de la teoría de los derechos subjetivos, sobre todo en la doctrina del Derecho de cosas, el problema de los derechos sobre derechos constituye todo un tema.

El Derecho romano consideró a los derechos como cosas incorporales, pero se excluía allí al dominio, dada, como se ha dicho, la concepción corporal que de él se tenía; según se ha dicho también, establecieron el título y el modo para la transferencia del dominio pero, al menos en el decir de Gayo, no para los demás derechos (15). El Código chileno siguiendo, se dice, al Derecho romano, ha considerado también a los derechos como cosas, ha considerado a los derechos como objetos, a su vez, de derechos; ha adoptado lo que en doctrina se denomina cosificación de los derechos: el art. 565 dispone que "los bienes consisten en cosas corporales o incorporales" y agrega que son "incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas"; luego el art. 576 señala que "las cosas incorporales son derechos reales o personales", para concluir en el art. 583 que "sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo".

---

(14) En cualquier manual actualizado sobre el Derecho de los Bienes o Sucesorio puede leerse la indicación de numerosas sentencias sobre el tema: por ej. Alessandri, Arturo y Somarriva, Manuel: "Curso de Derecho Civil". Los Bienes. Redactado, ampliado y puesto al día por Antonio Vodanovic; 3ª edic. Edit. Nascimento. Santiago. 1974. pág. 436.

(14a) Debe tenerse en cuenta sí una tercera opinión, basada en la distinción entre el derecho real de herencia y el de dominio, y en la comunicabilidad de la cuota con los bienes específicos. V. Silva Segura, Enrique: "Acciones, actos y contratos sobre cuota". Ed. Samver. Concepción 1970. (Varios Capítulos, especialmente págs. 16, 76, 144, 240, 312; fallo en pág. 150).

(15) V. supra Nº 2.

Artículo: Dificultades del efecto personal del contrato
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Buena parte de la doctrina moderna discrepa abiertamente de una tal postura; el desarrollo de la teoría de los derechos subjetivos ha llevado a algunos autores a rechazar la posibilidad de que los derechos sean objeto de derechos. (16)

En lo que aquí interesa, la posición adoptada por el Código resulta incongruente con el principio del efecto personal del contrato: perfeccionado un contrato cualquiera, nacen para las partes determinados derechos, que serían derechos personales, y si estos derechos se refieren a la transferencia del dominio o a la constitución de otro derecho real —se asegura—, ese efecto real se configurará con el subsecuente modo de adquirir (tradición); pero lo cierto es que con los textos legales citados, por el solo contrato las partes han adquirido el dominio, derecho real, sobre los derechos personales que serían, por decirlo así, los efectos naturales del contrato; con el solo contrato se incorporaron a su patrimonio esos derechos, de los cuales el contratante es dueño. Tómese el ejemplo del vendedor en una compraventa; perfeccionada la venta nace para el vendedor el derecho personal de exigir del comprador el pago del precio, he ahí el efecto personal para él; pero en verdad con la sola venta, el vendedor tiene el dominio de su derecho o crédito por el precio; y tan es así, que él puede negociarlo, transferirlo a cualquier título por acto entre vivos y transmitirlo por causa de muerte; del solo contrato emanó, pues, su derecho real de dominio sobre el crédito; tiene así el contrato un efecto real.

En tiempos recientes la jurisprudencia ha utilizado estos conceptos, no abordando, ciertamente, el tema que aquí se está tratando, sino a propósito de la inaplicabilidad de leyes con efecto retroactivo en el ámbito contractual; asilándose en aquellos preceptos, ha sostenido que los derechos que adquiere una parte en un contrato son una forma que reviste el derecho de propiedad y por lo tanto, al privar una ley de un derecho de esa naturaleza, está privando a un particular de una parte de su dominio, de modo que si esa privación se ha efectuado sin cumplir con las demás exigencias que la Constitución requiere, se está en presencia de un atentado al derecho de propiedad que la carta protege, y la ley es inaplicable por inconstitucional. (17) (18)

---

(16) Así, Vallet de Goytisolo, Juan: "Panorama del Derecho Civil". Edit. Bosch, Barcelona, 1963, pág. 131. Pero se mantiene la polémica. Biondi, entre otros, no se sorprende de una decisión que establezca la cosificación de derechos, recordando que en ello es fundamental la concepción que se tenga del derecho subjetivo. Biondi, Biondo: "Los bienes". Trad. de la 2ª edic. ital. re. y ampl. por Martínez Radío. Edit. Bosch. Barcelona, 1961, págs. 51 y sgts. V. también Reinach, Adolfo: "Los fundamentos apriorísticos del Derecho Civil". Trad. José Luis Alvarez. Bosch. Barcelona, 1934, págs. 112 y sgts.; Pescio, Victorio. Op. cit. T. III, pág. 295. También se indica bibliografía en las págs. 52 y 54 de la obra de Biondi citada.

Debe agregarse que muchos de quienes niegan la posibilidad, reservan la expresión bienes incorporales para aquellos objetos inmateriales, intelectuales, que pueden ser objeto de propiedad u otros derechos reales, como esos bienes que nuestro Código denomina "producciones del ingenio o del talento". (art. 584).

(17) Como lo hemos insinuado en otra oportunidad ("Nueva legislación sobre arrendamientos". Universidad de Concepción, 1975, pág. 243), semejante criterio de la Corte Suprema puede llegar a alterar todo el sistema de retroactividad en materia de contratos, fundado principalmente en la ley de efecto retroactivo de las leyes. En ese cuerpo legal se regula, como se sabe, los conflictos de leyes sobre contratos, en su vigencia en el tiempo, que, por lo mismo, no obliga al legislador; pero llevados los efectos del contrato al ámbito de la propiedad, por el camino del dominio de los derechos que de él emanan, son así elevados a una protección constitucional. Ejemplos de fallos en este sentido pueden verse en el estudio del arrendamiento de predios rústicos, incluido en la obra recién citada, págs.

Artículo: Dificultades del efecto personal del contrato
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Resta por agregar solamente que podría sostenerse que en último análisis no estaríamos aquí en presencia precisamente de un efecto real del contrato, entendiendo el principio del efecto como aplicable a la transferencia de bienes, ya que en la situación planteada el dominio de estos derechos personales no es transferido por el contrato sino nacen, originariamente, con él; pero una tal explicación tan sólo puede atenuar la crítica que involucra el planteamiento, sin llegar efectivamente a desvirtuarlo. Si se quiere expresar en otros términos, con lo dicho el acreedor obtiene, ingresa a su patrimonio un derecho real, el de dominio, sobre su crédito —en este caso originariamente—, pero de todas formas ello es contrario al denominado efecto personal del contrato, tal como se le ha entendido ordinariamente; por último, ya no es el modo de adquirir la única fuente de los derechos reales, como lo postula el principio. (19) (20)

4.—Otros Inconvenientes.

a) El Efecto Personal y la Teoría del Riesgo.

Es sobradamente conocida en el Derecho de las obligaciones la crítica que se formula a nuestro Código cuando al tratar la denominada teoría del riesgo se hace referencia al precepto del art. 1550. No es necesario hacer aquí ni siquiera una síntesis del cuadro doctrinario en el que se inserta la disposición aludida; tan sólo mencionaremos el punto concreto en que incide, y que ocasiona la grave incongruencia lógica y de equidad, frente al efecto personal del contrato.

El conflicto se centra fundamentalmente en la obligación de dar una especie o cuerpo cierto, en los contratos bilaterales. El principio rector, en lo que se puede tener como la buena doctrina, es el de que el riesgo de una cosa, cuando perece por caso fortuito, debe soportarlo quien es a la sazón su propietario: "Las cosas perecen para su dueño" (res perit domine). Nuestro art. 1550 prescribe que "el riesgo de cuerpo

---

242 y 243. Allí mismo, sin embargo, hicimos presente que posteriormente la misma Corte ha limitado la aplicación de este razonamiento.

(18) La incomodidad que origina la propiedad de los derechos personales es aún más intensa si se piensa que lo dicho se aplica asimismo a los derechos reales, como el usufructo, la herencia, etc., en que se produce una suerte de superposición de derecho real sobre derecho real: el de dominio sobre el de usufructo.

(19) V. supra Nº 1.

(20) A propósito del dominio de los derechos personales, y aunque bien podría constituir un párrafo especial, puede mencionarse también el verdadero efecto real que origina el contrato por el que se transfiere un derecho personal o crédito. El art. 699 (y el 1901) dispone una especial manera de efectuar la tradición de los créditos: por la entrega del título del cedente al cesionario. Pareciera adecuado entender, como norma especial, que esa entrega debe ser física, material, mano a mano; pero la jurisprudencia ha estimado que procede también la entrega simbólica del título, en cuyo caso ya se llegaría a lo que antes se ha anotado respecto de las tradiciones fictas. Pero ha habido fallos en que se ha tenido por efectuada la entrega por la sola circunstancia de que en la escritura en que se acuerda transferir el crédito se describa dicho crédito y se indique en qué escritura se encuentra; ello ya implica verdaderamente conceder un efecto real al contrato. (Gaceta de los Tribunales, año 1922, sent. 167, p. 653). Pero es más concluyente la situación en que el crédito que se pretende ceder no consta por escrito. La jurisprudencia (Gaceta, 1892, T. 2º, sent, 1.531, p. 5) y la doctrina (Silva Bascuñán, Alejandro: "De la cesión de derechos", Memoria, Santiago, 1933, p. 125; allí se citan otros comentaristas) estiman que la cesión de tales créditos es perfectamente posible, agregando que en tales ocasiones no es posible cumplir con la exigencia de la entrega del título, por no existir, y entonces, la tradición de ese crédito no documentado tendría que efectuarse sólo por una declaración en tal sentido, o, como se ha dicho, "por el solo convenio entre cedente y cesionario" (Silva Bascuñán, Ob. cit., pág. 129), lo que significa, evidentemente, conferir un efecto real al contrato por el que el crédito se cede.

Artículo: Dificultades del efecto personal del contrato
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor...". Ahora bien, cuando de deudas de transferir el dominio se trata, el acreedor lo es desde que el título está perfeccionado, por lo que desde entonces está soportando el riesgo de la cosa cuya entrega le deben; y como, según el efecto personal del contrato, para que el dominio efectivamente se transfiera debe esperarse a que opere el modo de adquirir, resulta que el acreedor está sufriendo el riesgo sin ser todavía dueño. Se tiene entre nosotros por establecida como explicación de esa anomalía, la circunstancia de haber tomado el codificador el precepto del Código francés, en donde resulta plenamente adecuado por la vigencia allí del principio del efecto personal, con el que el acreedor, desde la celebración del contrato traslaticio de dominio, es ya propietario. (21)

Sea como fuere, lo cierto es que el cuadro lógico del efecto solamente personal del contrato en nuestro Derecho está en franco conflicto con el precepto que regula, en calidad de norma general, el problema del riesgo de las especies o cuerpos ciertos.

Puede sí replicarse en este punto que la colisión no la ocasiona el efecto personal del contrato sino el contenido del art. 1550, que constituye, según se tiene por muy claro, un manifiesto error de nuestro legislador civil, que olvidó aquí adoptar una regla congruente con el principio que alteró el sistema de su modelo; y, además, que bastaría una modificación legal del precepto citado para salvar el inconveniente. De todas formas, hasta ahora el conflicto se mantiene y es uno más según seguiremos viendo. (21a)

b) **La Dualidad Título y Modo en el Contrato Real.**

El sistema de la dualidad del título y el modo de adquirir se quiebra también cuando de la aplicación de ciertos contratos reales se trata. Como se sabe, por nuestro art. 1443, "el contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere". Se sabe igualmente que la expresión "tradición" no es aquí del todo apropiada, porque en ciertos contratos reales, como el comodato, no tiene lugar la transferencia del dominio de la cosa dada en comodato, por lo que más adecuadamente debe emplearse la expresión "entrega". Pero hay algunos contratos reales, como el mutuo —para mayor claridad piénsese en el mutuo de cosas fungibles que no sean dinero—, en que la entrega sí constituye propiamente tradición, hay transferencia del dominio de la especie mutuada (arts. 2196, 2197).

Ahora bien, como según el precepto citado el contrato real queda sólo perfecto con la entrega, antes de dicha entrega no hay contrato; y efectuada que ella sea queda el contrato plenamente configurado. Limitándose a los contratos reales en que esa entrega es tradición, como

---

(21) Se dice también que, por fortuna, la aplicación efectiva del texto referido no es tan amplia, por las varias situaciones excepcionales que el propio código contempla. (Dichas excepciones, como una síntesis de todo el problema del riesgo, pueden verse en el curso de Obligaciones, de René Abeliuk M. Edit. López-Vivancos, Santiago. 1971: págs. 782 y sgts.). Sin embargo, quizás la fortuna no es tan apreciable, porque si bien numéricamente aquellas excepciones son varias, son al mismo tiempo de ocurrencia no tan frecuente, al menos en relación con la diaria aplicación de la venta pura y simple, en que el principio del 1550 (corroborado aquí en el art. 1820) tiene plena vigencia.

(21a) Es sugerente que por donde el llamado error del art. 1550 aparece más naturalmente atenuado es en su confrontación con las tradiciones fictas. El punto merece un análisis especial, que no corresponde en esta ocasión.

Artículo: Dificultades del efecto personal del contrato
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el mutuo, el llamado depósito irregular, resulta que el sistema de la dualidad se rompe, porque en tales casos aparece una tradición sin título precedente.

Se ha descrito siempre el sistema como conformado por un título que habilita para el traspaso del dominio, seguido de la tradición con la cual el traspaso del dominio tiene lugar efectivamente; o, lo que es lo mismo, que el traspaso del dominio se efectúa por el modo, la tradición, que requiere de un antecedente jurídico, o causa como también se le ha denominado, que es el título que le antecede y la justifica (art. 675). Pero he aquí una tradición que no exhibe título precedente, porque, como se ha dicho y lo dispone el precepto del art. 1443, antes de la tradición no hay contrato.

Podrá intentarse suavisar la observación replicándose, con un recurso bien conocido, que aquí se está, o ante una excepción al principio, o ante una situación muy particular en que el título también existe, pero se confunde con el modo. Ciertamente, ambas alternativas de explicación son igualmente insatisfactorias y más vale aceptar, resignadamente, que con la técnica del contrato real, el sistema de la dualidad del título y el modo de adquirir no funciona con la debida armonía. (22)

(22) Debe, sin embargo, reconocerse que el desajuste teórico planteado puede ser motivado más bien por la noción de contrato real. La construcción del contrato real ha sido desde tiempo criticada y la crítica bastante difundida como para insistir en ella. Habiendo representado en épocas pasadas un avance frente al antiguo formulismo, la doctrina moderna lo estima superado; supeditando el nacimiento del contrato a la entrega de la cosa, se deja al posible beneficiado en la imposibilidad de exigirla, no obstante los sacrificios que pudiere haber desplegado para tratar de celebrarlo; si quedaren como contratos consensuales o solemnes, como se propone, desaparecería la dificultad; para sortear el obstáculo se puede recurrir a la promesa de contrato real, que origina, por su parte, los inconvenientes propios del contrato de promesa, al menos en nuestro Derecho. Se ha justificado su técnica para explicar la obligación del deudor de restituir la cosa entregada, de modo que al supeditar la existencia del contrato a la entrega, queda segura la fundamentación de la obligación de restituir, sin que pueda producirse la situación de que el acreedor exija la restitución de lo que no entregó; pero, como se ha insistido, dicha inconveniencia puede ser evitada por varios otros principios, como la excepción del contrato no cumplido, etc. Modernas codificaciones, aunque no todas, tienden a su supresión; el Código civil alemán mantiene como reales solamente los contratos de mutuo y de prenda; los códigos suizo, turco y polaco, sólo la prenda. V. por todos, Osuna Gómez, F. José: "Del contrato real y de la promesa de contrato real". Edit. Nascimento. Santiago. 1947.