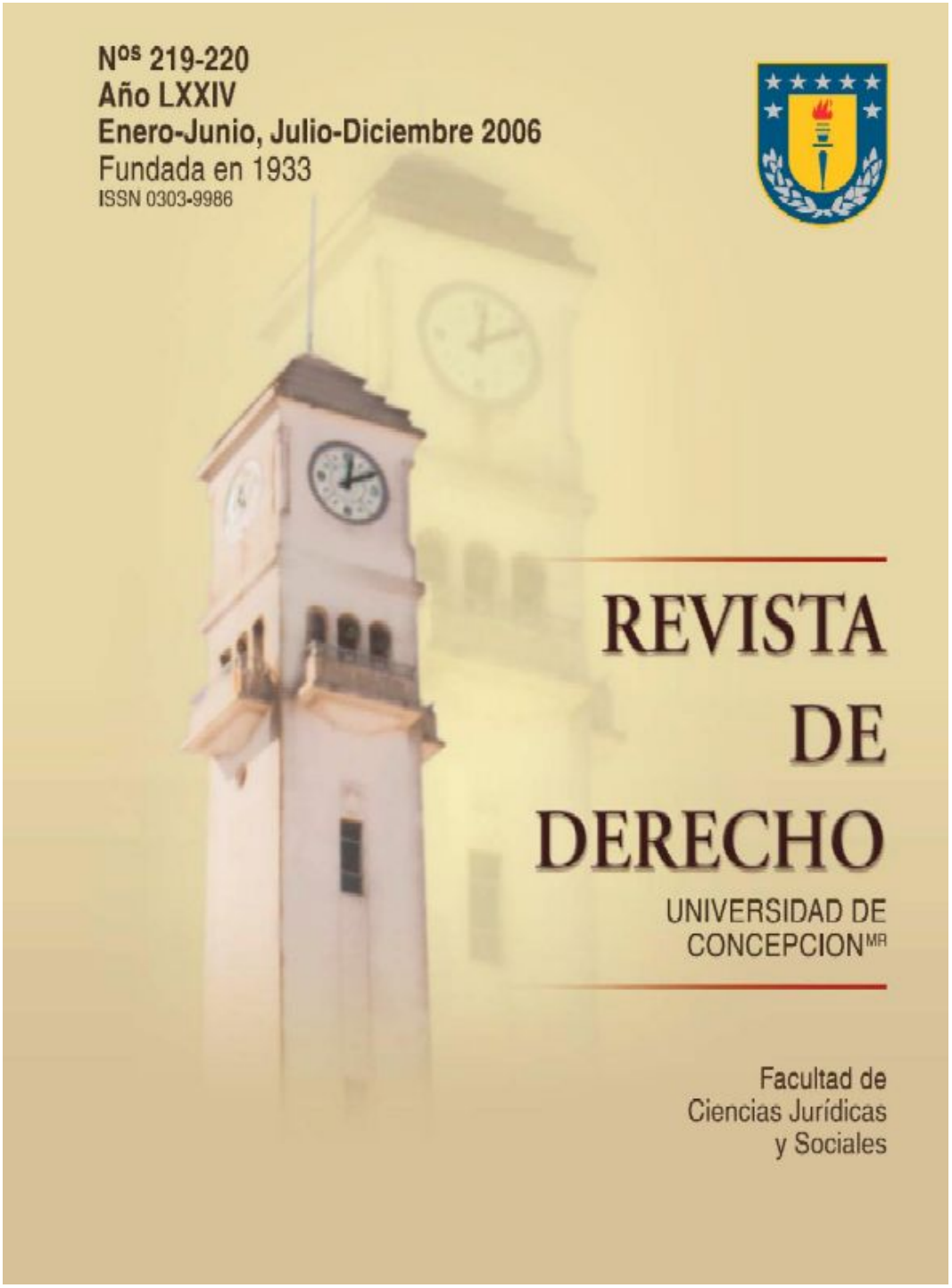
Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

REVISTA DE DERECHO 219-220 (1-2): 101-128, 2006 ISSN 0303-9986

TITULARIDAD REAL Y TITULARIDAD APARENTE

DANIEL PEÑAILILLO AREVALO
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

INTRODUCCION Y PROPOSITO

Ha fallecido una persona; su patrimonio contiene un sitio; y deja, como herederos, tres hijos. Un empresario pretende adquirir el inmueble, para construir un edificio de departamentos. Para el efecto pidió a su asesor legal que examinara los títulos, quien se sometió a los requerimientos profesionales habituales. El predio estaba inscrito a nombre del causante; luego se confirió la posesión efectiva, fue inscrita y se practicó la inscripción especial de herencia, quedando el predio inscrito a nombre de los tres herederos. Los títulos están, pues, ajustados a derecho. El interesado compra y construye. Años más tarde aparece un cuarto hijo. Interpone acción de petición de herencia; además, interpone acción reivindicatoria (de cuota, conforme al art. 892 del C.C.) sobre el predio (tal como se lo permite el art. 1268 del C.C.).

¿Qué debemos resolver?

Por una parte, diremos que el cuarto heredero siempre ha tenido su derecho; que no hay razón para desconocerlo; que debe ser protegido; en fin, escuetamente, que es dueño de su cuota (de su derecho).

¿Y el tercer adquirente? El compró convencido de que adquiría legítimamente; se animó a negociar, a invertir y eventualmente a crear riqueza; ahora reclama el amparo del Derecho, de quien espera seguridad cuando actúa sometiéndose a sus prescripciones y enfrentándose a la realidad que contempla, habiendo emprendido las averiguaciones que impone la ordinaria diligencia.

Estamos asistiendo a uno de los combates más reñidos y trascendentales

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

para la institucionalidad jurídica del Derecho privado; desde Roma hasta hoy ha estado siempre presente; los contendores se disputan palmo a palmo muchos capítulos del Derecho patrimonial y hasta zonas del Derecho de Familia; y es decisiva al tiempo de crear, interpretar y aplicar normas y comprender íntegras instituciones civiles.

Es la lucha entre dos actitudes frente la tarea de organizar la vida social, las que se concretan en la preferencia por la titularidad efectiva o por la titularidad aparente; al fondo, entre el interés individual, en la intimidad de dos que se relacionan, y el interés del grupo, de la comunidad, a la que esas relaciones inevitablemente alcanzan. El conflicto se presenta precisamente ahí: cuando la comunidad es alcanzada por las relaciones jurídicas de algunos de sus miembros.

Cuando las cosas o derechos circulan, cuando se transfieren, una es servida por el adagio "nadie da lo que no tiene"; la segunda, por la llamada seguridad del tráfico, cuyo instrumento es la protección a la apariencia.

El propósito de este estudio es relatar críticamente las alternativas de este combate en algunos de sus episodios en la historia del Derecho privado, hasta las codificaciones más recientes y, particularmente, cómo se libró esta querella en uno de los escenarios de mayor alcurnia de entre las codificaciones occidentales del siglo XIX, que en estos días estamos festejando: el Código Civil chileno.

I. LOS PRINCIPIOS EN PUGNA

1. El primero es fundamentalmente romano. La protección de la titularidad efectiva y, directamente, de la propiedad, aparece, para la circulación, ya en el Digesto[1]; se ha condensado en la citada expresión latina "nadie da lo que no tiene" luego más difundida en "nadie puede transferir más derechos que los que tiene"[2], que por la abreviación de la expresión latina es conocida como ***nemo plus juris***...; negativamente se ha manifestado como "resuelto el derecho del causante resuelto el derecho del causahabiente". Se desenvuelve hasta la conclusión de que el titular efectivo de una cosa o derecho puede perseguirlo de manos de quien detente la cosa o el derecho. Se hace efectiva mediante la gran acción reipersecutoria; siempre se dispondrá de ella, en la fisonomía tipificada de la acción

[1] D. 50, 17, 54.
[2] ***Nemo dat quod non habet***, o también, originariamente referido a la herencia, "nadie puede transferir más derechos que los que tiene" (***nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet***) (así Domingo, Rafael; Ortega, Javier y Rodríguez-Antolín, Beatriz: ***Principios de Derecho global. Aforismos jurídicos comentados.*** Edit. Aranzadi. Pamplona, 2003, pp. 158 y 161).

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

reivindicatoria o en una equivalente, a veces acomodada al objeto de que se trate, según la respectiva legislación, para volver la situación del objeto o derecho al estado en que debe estar (en manos de su dueño).

La afirmación tiene lógica; y por eso no ha sido motivo de grandes explicaciones o fundamentaciones; se explica por sí misma en su enunciado; en definitiva, se explica simplemente por el derecho de propiedad.

2. El segundo es eminentemente germánico[3]. Se desarrolla en la Edad Media, inicialmente resumida en el adagio "la mano guarda la mano" o "la confianza ha de buscarse allí donde fue depositada", con el cual se solucionaba el problema de que si un dueño entregaba una cosa a otro en mera tenencia (arriendo, comodato, usufructo), y más tarde el receptor la enajenaba, el titular no podía perseguirla, sino debía reclamar a ese en quien confió al entregársela.

La seguridad del tráfico es lograda principalmente mediante la protección a la apariencia. Conforme a este postulado, cuando un sujeto adquiere una cosa o un derecho, de buena fe (y a título oneroso, como se propone predominantemente, según se dirá pronto), debe ser protegido cuando más tarde se revela que el enajenante sólo parecía ser dueño o titular y no lo era en realidad. Debe conferirse seguridad a la circulación de bienes y derechos. Pero como viene a importar una corrección al rigor de las consecuencias lógicas de la titularidad efectiva, necesita de más fundamentación y explicaciones.

Desde luego, se trata de seguridad porque los posibles adquirentes no saben (y normalmente no pueden saber) la verdad, en orden a la efectiva titularidad (o dominio) que pueda tener su potencial enajenante; de modo que no pueden sino confiar en lo que, con normales averiguaciones, observan como realidad; cuando después se descubre que lo que creían verdadero era sólo apariencia, deben ser protegidos en su desconcierto. De no ser así, ellos en el futuro ya no se animarán a actuar; otros que conozcan la experiencia asimismo quedarán advertidos de lo que les puede acontecer y probablemente retrocedan; y entonces el tráfico se torna inseguro; se detiene, o disminuye, o se inicia una secuela de subterfugios, cláusulas previsoras y trabas precautorias (retardantes y costosas), para al actuar precaverse de lo que podría ocurrir en el futuro.

[3] Los adverbios iniciales (aquí y en el párrafo anterior) se explican porque las proposiciones constituyen nada más que predominios; no han de tomarse, pues, en términos absolutos, según se verá pronto (por ej., al tratar de la abstracción en el sistema de transferencia de bienes; asimismo, también pronto se hará referencia al error común, como punto de partida de uno de los componentes principales de la protección a la apariencia, que tiene –como es bien sabido– origen romano).

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

Se dirá que si de seguridad se trata, también se requiere otorgar seguridad al titular efectivo. Entonces, en la necesidad de ofrecer una explicación a este contrapunto ha surgido una distinción. Se ha llegado a concebir dos categorías de seguridades, la estática y la dinámica (distinción que se vino fraguando desde mucho tiempo y finalmente fue formalmente expuesta y difundida por el Prof. René Demogue[4]). La seguridad estática es la de la fortuna asentada, ya adquirida, que, mientras permanece, debe ser protegida (principalmente contra hurto, robo o defraudación), pero que puede conducir al inmovilismo y por lo mismo frente a la otra resulta socialmente menos útil. La seguridad dinámica es la que se confiere al que se anima a actuar; a negociar, a adquirir cosas poniéndolas en circulación; se trata de proteger al emprendedor (al que salta al vacío, y sólo ahí); es protegido en los efectos del negocio, que genera actividad y desarrollo. Más tarde este último será nuevamente el de la fortuna adquirida; cuando luego otro negocia sobre un objeto o derecho suyo, este otro será ahora el necesitado de protección, y (si se reúnen los supuestos para aplicar la doctrina protectora), la obtendrá[5-6].

3. Debe tenerse presente también que la controversia supera la sola circulación; se inserta incluso en decisiones teóricas bien comprensivas, como en la diferencia entre la voluntad real y la declarada o en los métodos de interpretación de los contratos. Pero aquí nos estamos limitando a su manifestación en la circulación de bienes y derechos.

4. Una constatación metodológica y una querella sustantiva

El método empleado por las legislaciones para poner en ejecución la

[4] Demogue, René: ***Les notions fondamentales du droit privé.*** Essai critique. Librairie nouvelle de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1911, especialmente p. 69 y sgtes., con alcances incluso filosóficos, citando a Comte. V. también Ghestin, Jacques et Goubeaux, Gilles: ***Traité de droit civil.*** Introduction générale. I. 2ª édit. L.G.D.J. Paris, 1983, pp. 695 y sgtes.; Calais-Auloy, Jean: ***Essai sur la notion d'apparence en droit commercial.*** L.G.D.J. Paris, 1959; el autor radica la seguridad estática en el Derecho civil y la dinámica en el Derecho comercial (p. 24), pero esa atribución ha quedado posteriormente superada y el mismo autor lo ha admitido (en comentarios a fallos de tribunales del sur de Francia).

[5] Esa situación de obtener una vez un beneficio y luego quedarse en posición de llegar a ser víctima por el mismo beneficio brindado ahora a otro, no es extraña en el Derecho; así, cuando alguien gana una cosa por prescripción, más tarde a él también pueden ganársela en situación semejante.

[6] Sobre el ***fundamento*** de la protección a la apariencia, primero en la responsabilidad civil y posteriormente en su propio contenido y en el rol que desempeña, y para más antecedentes, v. Peñailillo Arévalo, Daniel: "La protección a la apariencia en el Derecho civil". En ***Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio.*** Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 2002. T. II, pp. 389 y sgtes.; también, del mismo autor: ***"Obligaciones". Teoría general y clasificaciones.*** Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 2003, pp. 54 y sgtes. Una proposición de fundamento en el "riesgo" puede verse en las obras de Demogue (p. 78, especialmente nota 2) y Calais-Auloy (p. 23), recién citadas.

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

mencionada protección en sucesivas épocas es aproximadamente el siguiente:

Por una parte, los códigos no llegan a implantar la protección al tráfico como principio general (con o sin excepciones); esta actitud puede explicarse por el afán de reservarse la solución más especificada en cada tema (pero hay algunos cuerpos legales que no dispersan soluciones, sino son bastante coherentes con una adopción tan generalizada que bien pudieron al comienzo implantar la regla genérica).

Por otra –y aquí surgirá la necesidad de una precisión técnica y sustantiva– cuando la van consagrando, en cada institución, no siempre la enuncian formalmente, en términos de protección (a los terceros, al tráfico o a la seguridad). Directamente se disponen efectos concretos. Y las alternativas que más frecuentemente aparecen son las que podemos llamar de contención a la agresión del verdadero titular o, correlativamente, de defensa del titular aparente agredido.

Formalmente, suele usarse uno de estos caminos: simplemente se niega acción reivindicatoria en contra del adquirente, o se consigna inoponibilidad en su favor. Habitualmente, la vía de negar la reivindicatoria es empleada para cuando lo que circulan son cosas corporales, y la de la inoponibilidad cuando lo transferido son derechos (distintos del dominio). En todo caso, al fondo la motivación es la misma, y el efecto muy semejante, aunque con alguna diferencia procesal para su puesta en práctica.

Pero al dispensarse la protección surge una interrogante que ha sumido a la doctrina en reñida discusión y sobre la cual hay algunos pronunciamientos en textos legales recientes (como veremos). Al conferirse la protección al tercero, ¿cuál es la situación sustantiva resultante? ¿Qué ocurre con la titularidad de la cosa o derecho? ¿El tercero sólo ha logrado una defensa, en orden a proferir que el actor carece de la acción reivindicatoria o, en su caso, que a él la acción le es inoponible? ¿O es que adquirió la titularidad efectiva, el dominio, y por eso es que el actor no tiene la reivindicatoria, porque ahora quien la tiene es él, como actual dueño?

Desde luego, las muchas situaciones específicas de nuestro código en las que se termina protegiendo a la apariencia (que pronto serán mencionadas) reclaman definición a ese respecto y no han conquistado dedicada atención de la doctrina nacional; puede destacarse una que se refiere precisamente a cosas y está, por lo mismo, vinculada a la acción reivindicatoria y que en este sentido quedó manifiestamente inconclusa: la venta de cosa mueble que después fue declarada resuelta, y que en el intertanto pasó a tercero de buena fe; entre nosotros, el texto dispone ***puramente*** que contra ese tercero no hay reivindicación (conforme al art. 1490)[7].

[7] V. nuestro *Obligaciones* cit. pp. 453 y sgtes.

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

Por cierto, la preocupación es antigua. Así, se ha dicho que "para los legistas del ***ius commune*** con estas reglas se trata de limitaciones a la ***rei vindicatio*** en el derecho local o territorial. Sólo en el S. XVIII se desarrolla la idea de que adquiere la propiedad aquél frente al cual no opera la ***rei vindicatio*** del ***dominus***, es decir, la idea de la adquisición de la propiedad en virtud de la buena fe, como ocurre en el derecho alemán actual"[8].

En la actualidad parece predominar la solución de la adquisición del derecho.

Los códigos civiles mayoritariamente no emiten pronunciamiento (el debate se ha planteado especialmente a propósito de la regla de que en materia de muebles la posesión equivale a título, que luego veremos).

Por cierto, si decidimos que no se trata de una mera irreivindicabilidad sino que el tercero adquiere la cosa o el derecho, surge la contundente interrogante ¿de quién lo adquiere? No del titular real, él no lo quería; y no del titular aparente (su inmediato enajenante), él no lo tenía (sólo parecía tenerlo). La respuesta ha sido, asimismo, discutida; compartimos la conclusión de que se trata de una adquisición ***a non domino***, por negocio jurídico dispositivo, con el respaldo del ordenamiento jurídico[9].

[8] Coing, Helmut: ***Derecho Privado europeo.*** Trad. de Antonio Pérez. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 1996. T. I, p. 378; el relato se consigna a propósito de la regla de que en materia de bienes muebles la posesión equivale a título (que se verá a continuación); y el autor añade: "Parece que esta concepción fue formulada por primera vez en el Derecho austríaco en la elaboración del ***Codex Theresianus***".

[9] A este respecto, la interrogante surge con particular nitidez en el cruce de decisiones sustantivas y registrales, especialmente en ordenamientos en los que al mismo tiempo se impone un sistema de transferencia de bienes por el solo título y en el régimen registral se ha impuesto el principio de la fe pública registral, por el que se ampara intensamente al tercero que adquiere de aquel que aparece como titular en el Registro. A vende a B; ahora B es el dueño, aunque no ha inscrito; más tarde A vende nuevamente a C (quien percibe que el titular es A) y C inscribe (respetando el tracto, porque emana de la inscripción anterior (de A). La mutación real se produjo a favor de B (antes y fuera del Registro) y por la fe pública registral ahora es protegido C, que compró a quien ya no era dueño. Por norma especial se mantiene la fe pública registral y definitivamente queda protegido C. Pero, ¿se trata sólo de una irreivindicabilidad, por la cual B carece de la acción real en contra de C, o es que C ha adquirido el dominio? Está discutido. Como se ha advertido en el cuerpo, en la doctrina actual parece prevalecer la conclusión de que adquiere el derecho (en este sentido luego se verá la clara solución dispuesta por el Código Civil paraguayo). Pero todavía más: ¿es una adquisición ***a domino*** o ***a non domino***? Tal como también se advirtió, igualmente está discutido. Compartimos la solución de que es ***a non domino***; no se adquiere del efectivamente dueño (de B) sino del primer titular, del que tenía inscrito el derecho (y que ya no era dueño); y se adquiere por el negocio jurídico dispositivo (el celebrado entre A y C), pero aquí –con alguna diferencia de lo planteado por el autor que a continuación será citado– debe añadirse, con ayuda del ordenamiento jurídico (puesto que, tal como ha quedado dicho, el derecho ya no estaba en el patrimonio del que aparece enajenando, aunque era "aparente dueño") (v. al respecto Cristóbal-Montes, Angel: "La adquisición registral ***a non domino***". En ***Estudios de Derecho civil.*** Univ. Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 1970, pp. 11 y sgtes. El autor ha recopilado y expone prolijamente las

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

5. Respecto a las condiciones para lograr la protección, la buena fe por cierto es la condición de más antigua y más persistente presencia, aunque en ocasiones ni ella ha sido pedida. Sólo en la segunda mitad del S. XIX se comienza a definir la necesidad de ***dos*** requisitos, que ahora veremos: la buena fe y la onerosidad de la adquisición[10].

a) La buena fe

Viene exigida desde los primeros tiempos y no requiere de mayores justificaciones. Sin ella, evidentemente, no se puede aspirar a la protección.

Aquí, como en otras materias, adopta una particular fisonomía. Consiste en una creencia errónea; el tercero ha de estar convencido de que lo que parece es realidad; adopta, pues, la semblanza de convicción de titularidad efectiva; el adquirente (que insta por protección y que es digno de ella) ha de estar convencido de que ha adquirido del efectivo titular de la cosa o del derecho de que se trata.

No es ésta la ocasión de extendernos sobre la estructura, modalidades, prueba y efectos de este universal concepto. Sólo hemos de referirnos a dos situaciones que en diversas materias, pero señaladamente aquí, deben ser

opiniones de diversos autores que han participado en los debates, tanto respecto de si sólo hay irreivindicabilidad o de si se produce la adquisición del derecho, como de la adquisición ***a domino*** o ***a non domino***, agregando su propia posición).

[10] A propósito de las condiciones para conferir la protección, debemos dar cuenta también de la controversia que se presenta al considerar la conducta del titular efectivo, que se verá sacrificado. En una época, al parecer ya superada, se postuló que la protección al titular aparente se confiere, admitiéndose el sacrificio del verdadero titular sólo cuando el titular real había "culpablemente" contribuido a conformar la situación de apariencia (era la época en que el fundamento se vinculaba a la responsabilidad civil; la ilicitud del titular efectivo imponía indemnización, y la reparación consistía en que el que resultaba perjudicado –que se había guiado de buena fe en lo que observaba– era reparado manteniéndosele en el derecho que era sólo aparente; quedaba entonces como titular efectivo). Emancipada la protección a la apariencia de la responsabilidad civil, y descansando en su propio significado y en su rol protector de la seguridad, se fue abandonando esa exigencia. Pero se mantiene una contienda en la situación más aguda, que adopta dramatismo: cuando el titular efectivo no ha contribuido en absoluto (ha sido completamente ajeno) a la situación aparente y, por su parte, el tercero está de buena fe y fue suficientemente diligente en sus indagaciones, permaneciendo no obstante en su error, ahora legítimo. Aunque esté eliminada la exigencia de la culpa, fundando la protección a la apariencia en el riesgo se ha sostenido que es necesario que el titular efectivo haya contribuido a configurar la situación de apariencia, de modo que si es ajeno, si en nada ha contribuido, no podría ser privado de su derecho (v. Calais-Auloy, Jean. Ob. cit. p. 25). En contra, se insiste en que aun en esa alternativa la protección debe conferirse si el tercero está de buena fe y su adquisición es onerosa. Nos parece que jurídicamente (y en abstracto) la discordia es tan reñida que lo prudente es esperar las particularidades del caso, con cuyos elementos habrá de surgir la solución más equitativa (una sentencia belga de casación, de 25 de junio de 2004, en sede de mandato aparente, admite la doctrina protectora, pero exigiendo contribución del titular efectivo a la configuración de la situación de apariencia; con comentario de Vincent Meunier, que cita precedentes; en www.businessandlaw.be v. el 13 de julio de 2004).

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

consideradas porque, cuando se presentan, doctrina y a veces textos legales suelen simplemente calificarlas como de mala fe, en circunstancias de que conceptualmente son distintas, aunque deban ser asimiladas (quedando asimismo negada la protección): la negligencia y la asunción de riesgo.

Desde luego, debe advertirse que pueden ambas asociarse también con la consabida buena fe objetiva (o, como preferimos, con la evaluación objetiva de la fe). Aun así, formulamos las siguientes observaciones porque lo que nos interesa en el resultado de calificación.

– ***En cuanto a la negligencia:***

El Derecho no protege a los negligentes. La verdad debe imponerse cuando es fácil alcanzarla; sólo logra protección el que para negociar se ha preocupado de averiguar si lo que observa es real y con su averiguación no llega a resultado distinto.

Esta conducta nos lleva a constatar que los propios romanos ya sintieron la necesidad de la protección a la seguridad, que se manifestó en la doctrina del error común. El fin inmediato es validar una situación sustancialmente viciada, pero es importante la motivación; se prescinde del vicio porque la situación reviste apariencias de legitimidad.

Pero se imponían rigurosas exigencias para configurarlo. Se exigía la llamada invencibilidad; debía ser invencible, es decir, que el error tuviere tal firmeza, que no haya sido posible vencerlo, salir de él. Puede verse que esa noción es excesiva para el adecuado funcionamiento del tráfico negocial en la actualidad. Así, se fue abriendo camino una menos exigente, bajo la expresión "error legítimo" que atenúa notablemente aquel rigor. La flexibilidad se manifiesta en dos sentidos. Por una parte, ya no se exige que el error lo padezca la generalidad del grupo social; basta que lo padezca quien lo aduce (de error común pasa a ser individual)[11]. Y, por otra, no se exige invencibilidad o que el sujeto haya desplegado intensas averiguaciones para descubrir la verdad y no obstante ello se haya mantenido en

[11] Parece haber sido el Prof. Henri Mazeaud uno de los primeros autores que ha planteado esta flexibilización en las exigencias del error común, proporcionando un impulso a la aplicación práctica del principio de protección a la apariencia. Acudiendo a textos de Pothier propone que podría bastar que una persona padezca de error, si se demuestra que cualquiera otra en circunstancias semejantes habría igualmente incurrido en él (Mazeaud, Henri: "La maxime 'error communis facit jus'". En ***Revue trimestrielle de Droit civil.*** Paris, 1924, pp. 929 y sgtes., especialmente pp. 937 y sgtes., con cita de otros). Esta última observación es importante en cuanto para poder "contabilizar" a muchos incurriendo en el error es necesario que muchos hayan estado en la situación en la que podrían incurrir en él; mientras no queden enfrentados a la situación no se sabrá cuál será su comportamiento, nunca existirá la posibilidad de incluirlos y conformar así un "grupo" (de víctimas del error).

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

el error; basta el despliegue de normales averiguaciones; basta una diligencia normal de modo que, no obstante ella, se haya permanecido en el error. Se entiende que en estas circunstancias a los terceros los incitamos a actuar, y con cierta rapidez, cuidando de que sean ordinariamente diligentes, pero evitándoles búsquedas que son posibles pero complicadas y, por tanto, retardantes[12].

– ***En cuanto a la asunción de riesgo:***

Si el tercero llega a saber que su potencial enajenante carece de la efectiva titularidad (la cosa es ajena o el derecho no le pertenece) y no obstante adquiere, más que asumir un riesgo podemos directamente decir que está de mala fe. Pero la situación es algo diversa cuando se trata de titularidades que eventualmente pueden desaparecer; y esta posibilidad se configura debido fundamentalmente a la retroactividad que suele imponerse a algunas. Las más típicas son la nulidad y la resolución[13].

Si el tercero adquiere luego de examinar el título de adquisición y concluye que está ajustado a Derecho y es firme, y más tarde fue anulado o declarado resuelto, si el vicio o la causal de resolución no eran perceptibles con mediana diligencia, ya se ha dicho que no hay objeción a su conducta (está de buena fe y fue diligente) y ha de ser protegido.

[12] La jurisprudencia (extranjera) ha llegado a recoger la noción de error legítimo, pero sin eliminar la de error común. La coexistencia se explica por los diversos entornos en que puede funcionar la apariencia. Así, por ejemplo, en negocios de transferencia de inmuebles, los cuales habitualmente se efectúan sin premura, parece mantenerse las exigencias del error común, en tanto que en materias como el mandato aparente se adopta el criterio más flexible del error legítimo. V. por ej., sentencias del Tribunal Supremo español de 17 de abril de 1952, 14 de abril de 1958, 5 de diciembre de 1958, 24 de febrero de 1959, 22 de enero de 1969. La de 5 de abril de 1958 es destacable al aplicarla (en la propicia materia de representación) como principio general, admitiendo que no tiene fundamento expreso en ningún precepto del Código Civil (español); resolvió: "Que esta doctrina, clara, acertada y expresamente desarrollada por los más modernos tratadistas, aun cuando no esté expresamente plasmada en ningún precepto de nuestro Código Civil, en el fondo es el substratum de su art. 1738, al establecer que surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado de buena fe con el mandatario lo hecho por éste después de darse cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, entre las que está su revocación, pues la ignorancia de esa causa que menciona no debe limitarse al mandatario, sino extenderla a los terceros contratantes, lo mismo que concurra, o sin concurrir con la de aquél, ya que la relación que este artículo regula es con los terceros de buena fe y los efectos para con éstos".
En fin, es también oportuno consignar las expresiones del Código Civil portugués cuando, al regular la acción de petición de herencia, aclara que es heredero aparente aquel que es reputado heredero debido a error "común o general" (art. 2076 inc. 3°).

[13] Debe recordarse que, aunque generalmente estas situaciones se imponen con retroactividad (a veces sin textos del todo claros, que suelen reforzarse con antecedentes históricos no siempre bien definidos), en doctrina no ha dejado de discutirse esa retroactividad. En este sentido, pronto se verá la actitud del reciente Código brasileño, que parece rehusarla. Y en cuanto la resolución, aparte de ser discutida la retroactividad, es generalizadamente matizada, precisamente por la seguridad del tráfico, como aquí se seguirá viendo.

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

Pero puede acontecer que el potencial adquirente observe que el derecho de su potencial enajenante es eventualmente anulable o es resoluble, y no obstante contrata y adquiere. A quien se encuentra en esas condiciones frecuentemente la doctrina le atribuye el calificativo de sujeto de mala fe. Discrepamos. Más bien ha asumido un riesgo; en rigor podría ser injusto calificarlo como de mala fe. Incluso muchas veces, denunciando con franqueza la debilidad del derecho, propone asumir el riesgo a cambio de una disminución del precio o de otra mejor condición en el negocio. Si luego la nulidad o resolución se produce, como asumió el riesgo por cierto no puede aspirar a la protección; entonces, nosotros lo asimilamos al de mala fe y, sin calificarlo así, le aplicamos la misma regla y no le conferimos protección. Pero conviene retener la distinción; no es lo mismo la asunción de riesgo que la mala fe; son actitudes diferentes; no es lo mismo el asumidor de riesgos que el de mala fe, aunque apliquemos al primero (en esta materia) las mismas reglas que aplicamos al segundo. Al menos para la historia conductual de cada uno conviene distinguirlos.

En suma: la primera condición es estar de buena fe; el negligente y el que asume el riesgo quedan sometidos al mismo tratamiento que el sujeto de mala fe y no logran protección (pero parece conveniente diferenciarlos escrupulosamente).

b) La onerosidad de la adquisición

La doctrina actual y la generalidad de los códigos del S. XX deciden conferir la protección sólo cuando la adquisición del tercero de buena fe es a título oneroso. La explicación es bien perceptible. Se trata de ***sacrificar la titularidad efectiva sólo cuando es estrictamente necesario;*** cuando el adquirente ha efectuado un sacrificio al adquirir; si su adquisición ha sido gratuita, si bien también podría aspirar a la protección (porque está de buena fe), estaría triunfando sobre un sacrificio aún mayor, la pérdida del verdadero titular; entonces se aplica otro adagio: "debe preferirse al que reclama para evitar un daño que al que lucha por conquistar un lucro"[14].

[14] Pero se ha discrepado de la restricción a las adquisiciones onerosas; se ha insistido en que la protección debe dispensarse a todo adquirente de buena fe, incluyendo a los que lo han sido a título gratuito (Alterini, Jorge Horacio: "La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito". En Varios autores: *Tratado de la buena fe en el Derecho.* Edit. La Ley. Buenos Aires, 2004. T. I., pp. 153 y sgtes. El autor expresa: "Es cierto que quien adquiere a título gratuito incorpora a su patrimonio un lucro, pero esa característica lucrativa de ningún modo obsta a que de privárselo del bien adquirido se le provoque un daño efectivo y en ocasiones muy gravoso. Piénsese en una persona con hábitos moderados y hasta recelosa para comprometer su patrimonio, que siempre actúa como 'buen padre de familia', que recibe la donación de un inmueble valioso, y que con el respaldo de esa propiedad contrae deudas por la adquisición de otros bienes que se correspondan con su nueva condición económica. A este donatario,

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

6. A lo que hoy podemos llamar mitad del recorrido, desde fines de la Edad Media, la seguridad del tráfico cobró un sorpresivo impulso, por obra de dos notables acontecimientos: una regla y una disciplina.

La regla se verá pronto.

La disciplina es el Derecho mercantil. Aquí la protección al tráfico triunfa casi sin contrapeso, fácilmente explicable considerando la naturaleza y funciones del Derecho comercial. Por cierto, como casi siempre ocurre al producirse un cambio jurídico, éste se produjo, al fondo, por cambios socioeconómicos y políticos de la época de su más avanzada configuración (alrededor del S. XII), y entonces lo que debe mencionarse es el desarrollo del comercio, acelerado y, sobre todo, emprendido por una clase organizada, que llegó a imponer un estatuto jurídico diferenciado[15]. En los siglos posteriores este suceso no hizo más que

que no receló de los dones provenientes de la plausible generosidad y que con elemental lógica pensó en la estabilidad de las adquisiciones, ¿se le podrá decir que la donación se convirtió finalmente en ineficaz por la sola circunstancia de que se supone dogmáticamente que no se le provoca ningún daño y solamente se lo priva de un lucro?" Luego de sus argumentaciones, el autor reclama para el Derecho argentino que, al menos, en su conjunto mantenga coherencia).

Pero advirtamos que aquí se trata de protección a la apariencia, y en este ámbito debe recordarse siempre que se está sacrificando a la titularidad real, efectiva; entonces, ese sacrificio debe reducirse al mínimo indispensable para atender a los fundamentos que explican la opción por lo que parece realidad y no lo es; la onerosidad es exigida (para conferir protección) no por puro menosprecio a la gratuidad, sino para honrar a la titularidad efectiva; el reclamante que adquirió gratuitamente debe ceder ante el titular efectivo porque por su parte no ha incurrido en un sacrificio (y ante el derecho efectivo del real titular lo que se le irroga es una frustración de una posición mejorada que recién ha logrado, y aun –como lo apunta el autor recién citado– por las derivaciones hasta algún perjuicio).

En el sistema registral alemán el efecto de la buena fe registral (por la que se protege al tercero que adquirió sometiéndose a los datos contenidos en el Registro) alcanza a todo tercero de buena fe, incluso a los adquirentes a título lucrativo. Precisamente es ésta una característica que ha sido criticada al tiempo de ser enjuiciado ese sistema; el Código Civil se habría separado de las antiguas tradiciones registrales germánicas locales, contenidas destacadamente en textos de Hamburgo, Mecklemburgo y Sajonia, que dispensaban la protección solamente a los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso (v. a este respecto Cristóbal-Montes, Angel: ***Principales sistemas registrales de publicidad inmobiliaria.*** República de Venezuela. Publicaciones del Ministerio de Justicia. Caracas, 1964, pp. 91 y 106).

[15] Parece que si bien la existencia de una economía de intercambio es necesaria, no basta para tener por existente un Derecho mercantil. Debe observarse una diferenciación, la cual aparecería recién en la Edad Media (más precisamente –según se tiene entendido– en el S. XII, cuando los dedicados a la actividad del intercambio constituyeron una clase política, capaz de ejercer decisiva influencia en la regulación de esa actividad, precisamente cuando la sociedad feudal entraba en crisis, en declinación política, el sistema feudal, y económica, la economía señorial. Debe añadirse que la clase adoptó organización en las llamadas corporaciones, cuya influencia se desenvuelve vinculada al municipio. Preocupada más de la acumulación que de la conservación de la riqueza y de la búsqueda del beneficio más que del goce de los bienes, esta disciplina ya no se centra en la propiedad de cosas, sino, fundamentalmente, en los contratos y las obligaciones de esta fuente. A su vez, el contrato ya no es visto tanto como un medio para adquirir y disponer de la propiedad, sino como un medio para especular (un negocio). En el mismo sentido, la disciplina concibe la riqueza no tanto dirigida al consumo sino a la creación de nueva riqueza. Y aquí desembocamos en la necesidad de proteger al tráfico que se concibe con estos objetivos (que traen

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

acrecentarse, aunque con distintas vicisitudes en su reflejo en el Derecho y en sus relaciones con el Derecho civil. Pero cualquiera sea el curso que fue tomando su diferenciación y su presencia en el Derecho privado (nos referimos particularmente a los procesos de codificación y unificación, destacadamente en el S. XIX), lo que aquí importa es que la confianza y la rapidez son los rasgos decisivos con los que se conecta la necesidad de la protección a los terceros, y se instala destacadamente en los títulos de crédito y, más amplia y naturalmente, en todo el ámbito de las obligaciones y contratos.

II. EL DERECHO COMPARADO. LAS ACTITUDES DE LAS CODIFICACIONES Y EL CODIGO CIVIL CHILENO

En síntesis, hasta aproximadamente la mitad del S. XIX la protección a la seguridad de la circulación en las relaciones civiles era considerada, pero en términos vacilantes, con intensidad variable y con soluciones no siempre coherentes, que la dejaban con fisonomía casi errática; y se iba construyendo con la fórmula de protección a los terceros.

Los códigos civiles reflejaron esa disposición. Pero su influencia pasó a ser franca, notoria y coherente en los códigos del S. XX (y ha contribuido a generar aquella proclama de "mercantilización del Derecho civil"). Además, en los códigos recientes se observa un rasgo distintivo sistemático. La influencia no ha sido caprichosa ni caótica; se ha ido produciendo, organizadamente, por este conducto de la seguridad del tráfico; en términos de que, desde el Código Civil alemán hasta el más reciente, el Código brasileño (de 2002), es perceptible que sus redactores la acogieron al iniciar la confección de la obra y la fueron enfrentando a la titularidad efectiva en cada capítulo en que era pertinente, dirimiendo la discrepancia –con algunas diferencias entre ellos– con un resultado bastante equiparado.

El Código chileno se integra en el entorno de los de su tiempo, sobre todo en la decisión metodológica, pero presenta sin embargo –como veremos– algunas particularidades que lo dejan con un carácter propio, bien identificable. Fundamentalmente, fiel a las concepciones romanas, acogió el ***nemo plus juris...*** con

consigo la rapidez y requieren de la confianza) y que explican la (ya mencionada aquí) seguridad dinámica, a despecho de la seguridad de la fortuna adquirida (v. en este sentido, Galgano, Francesco: "Derecho civil y Derecho mercantil". En ***Atlas de Derecho Privado comparado.*** Francesco Galgano, coordinador. Trad. de Fernández y Verdera. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 2000, pp. 83 y sgtes.

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

numerosas excepciones a favor de la seguridad del tráfico. Pero en unos términos que necesitan ser aclarados. Si se examina el articulado, se verá que las reglas que contiene a favor del tráfico –que no son escasas– son bien específicas; en las grandes instituciones mantuvo en predominio al ***nemo plus juris;*** en suma, una solución de equilibrado reparto, aunque inclinada a la titularidad efectiva.

Veamos a continuación la actitud de estos códigos, confrontándola con las soluciones del Código chileno; por cierto indagaremos sólo en los principales capítulos en los que interviene la discordia (porque son demasiadas las normas específicas en las que se presenta).

1. *En las transferencias por quien no es dueño (*a non domino*). La (persistente) regla "en materia de bienes muebles la posesión equivale a título"*

El primer capítulo que debe ser examinado es el de las transferencias que efectúan quienes no son dueños; de las llamadas ***a non domino*** (como "venta de cosa ajena").

El Derecho germánico formuló una de las más destacadas contribuciones a la seguridad del tráfico en la regla medieval según la cual "en materia de bienes muebles la posesión equivale a título". Esto significa que, tratándose de bienes muebles, la circunstancia de poseer la cosa (en un sentido no del todo coincidente con nuestro significado de posesión, al menos claramente no subjetivo) para los terceros equivale a tener un título legítimo para disponer de ella. Su importancia ha dado lugar a diversos debates sobre su alcance, exigencias y excepciones; destacadamente, si lo que se impone es una privación de la acción reivindicatoria o una formal declaración de dominio para el adquirente. Dejando pendientes muchos extremos (que no pueden ser abordados aquí), son conclusiones firmes: que debe tratarse de un adquirente de buena fe; que en esa situación un pretendido dueño no tiene acción reivindicatoria en su contra; que están exceptuadas las cosas perdidas, hurtadas o robadas. Con esta limitación, se llega al origen de la regla, iniciada en la más restringida situación de que si un sujeto entrega a otro en mera tenencia una cosa (en arriendo, comodato, depósito, usufructo) y éste luego la enajena, el dueño no puede recuperarla; sólo habrá de demandar (por indemnización) a aquel en quien confió (por eso se resume en el viejo adagio "la mano guarda la mano", o "la confianza debe buscarse allí donde fue depositada").

Con toda la dureza con que la regla se nos presenta (porque somos muy

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

propietaristas) es impresionante cómo reinó ampliamente en el Derecho consuetudinario europeo (formando parte inamovible del llamado "Derecho común", al que se está acudiendo como base del Derecho privado actual de la Unión Europea); con la notable salvedad de Pothier, que hasta última hora resistió, fiel al precedente romano[16].

Y desde allí, en la época de las codificaciones pasó airosamente a todos los cuerpos legales de la Europa occidental, desde el Código francés (art. 2279); luego en el español (art. 464) y en el italiano antiguo; y ha permanecido generalizadamente en los códigos del S. XX, por cierto desde el alemán (arts. 1006, 1065 y 1227); también el suizo (arts. 714 y 930 y sgtes.), el italiano nuevo (art. 1153), y hasta el muy reciente Código Civil holandés (que la mantiene aunque con nuevas enmiendas, art. 3-86)[17].

Se ve que constituye una sustanciosa preocupación por la seguridad del tráfico (y un vistoso triunfo –en esta ocasión– sobre el principio romano del "***nemo plus juris***...")[18].

Pero aún más notable es la circunstancia de que la regla también ha llegado a códigos civiles latinoamericanos; es consagrada, por ej., en el C.C. argentino (art. 2412); v. también los códigos boliviano (art. 100), peruano (art. 948), paraguayo (art. 2415, con restricciones, siguiendo con bastante fidelidad el principio "la mano guarda la mano"; el texto está relacionado con el art. 2058 que, solucionando la reñida querella en doctrina europea sobre la definitiva titularidad, ya enunciada, declara que lo que acontece es que el poseedor ***adquiere***

[16] Pothier. ***Oeuvres.*** Ed. Plon, Nourrit et Ce. Paris, 1890. T. IX, p. 200.

[17] Siguiendo al Código holandés antiguo (que fue, como se sabe, uno de los modelos del Código chileno). Para el Código griego (de 1946), v. el art. 1036, y la ilustrativa síntesis de Zepos, Panayotis: "Los antecedentes históricos y comparativos del Código Civil griego". En ***Inter-american Law Review.*** Tulane Institute of Comparative Law. Vol. III, N° 2, 1961, pp. 301 y sgtes., especialmente p. 314.

[18] Para más antecedentes (resumidos, porque los estudios publicados en revistas son muchos): en Derecho alemán, Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martin: ***Tratado de Derecho civil.*** Trad. y notas de Pérez y Alguer. Edit. Bosch. Barcelona, 1971. T. III, vol. I°, pp. 124 y sgtes. con extensa nota de los traductores al español; en Derecho francés, Mazeaud, Henri, Léon y Jean: ***Lecciones de Derecho civil.*** Trad. de Alcalá-Zamora y Castillo. Edit. Ejea. Buenos Aires, 1969, Parte II, vol. IV, pp. 231 y sgtes.; también Ripert, Georges y Boulanger, Jean: ***Tratado de Derecho civil,*** según el Tratado de Planiol. Trad. de Delia García. Edit. La Ley. Buenos Aires, 1987, T. VI, pp. 391 y sgtes. con didáctica evolución; en Derecho español, Díez-Picazo, Luis: "Fundamentos de Derecho civil patrimonial". Edit. Civitas. Madrid, 1995, T. III, pp. 664 y sgtes.; en términos más resumidos, Medina de Lemus, Manuel: "Derecho civil de bienes. Derechos reales e inmobiliario registral". Edit. Dykinson. Madrid, 2003, T. I, pp. 193 y sgtes. Para datos históricos, incluyendo antiguos derechos germánicos locales, Coing, Helmut. Ob. cit. T. I, pp. 375 y sgtes. Tal como ya se mencionó al comienzo, el autor consigna interesante información acerca de la interrogante –incidente aquí pero que es de más amplia cobertura, aplicable extendidamente por el principio de protección a la apariencia– de si se trata de una mera irreivindicabilidad o de una adquisición del dominio.

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

el dominio; no se trata, entonces, de una mera irreivindicabilidad)[19] y el C.C. brasileño (art. 1268)[20].

En el ***common law*** inicialmente la regla no penetró, triunfando el principio dominical de que nadie puede transferir más derechos que los que tiene; más aún, se ha preferido la regla que precisamente dispone que ***mere possesion is not conclusive of title*** ("la mera posesión no equivale a título"). En consecuencia, el adquirente de una cosa mueble, aun de buena fe, no logra la propiedad aunque sea poseedor si su enajenante no era dueño[21]. Sin embargo, hay importantes excepciones:

1ª) En el ***proprietary estoppel***: Cuando el propietario ha contribuido a formar indicios de propiedad en el enajenante y en base a ellos actuó el adquirente, posteriormente esa actitud se le puede oponer al propietario reivindicante que alega que esos indicios son falsos[22].

2ª) En el campo mercantil, en dos ámbitos: En los instrumentos negociables (en que el ***common law*** comparte el principio universal que admite la adquisición ***a non domino*** de los títulos de crédito, aunque no sean recibidos de un agente mercantil, de origen eminentemente consuetudinario con fundamento en la buena fe del adquirente); y en la compraventa comercial (aquí conforme a normas de la

[19] El art. 2415 dispone: "No puede reivindicarse del poseedor de buena fe la cosa mueble transferida a título de propiedad o de otro derecho real por aquel a quien el reivindicante o su representante la hubiese confiado sin facultad de disponer de ella, o en virtud de engaño o de un acto ilícito.
Procederá la reivindicación si la transmisión se hizo a título gratuito y la cosa se hallare en poder del donatario".
Y, por otra parte, conforme al art. 2058: "Se adquiere la propiedad de cosas muebles por su posesión de buena fe, no siendo robadas o perdidas. La buena fe debe existir al tiempo de la adquisición.
El adquirente no es de buena fe, cuando sabe que la cosa no pertenece al enajenante, o cuando su ignorancia proviene de una culpa grave.
Esta disposición no se aplicará a las universalidades ni a los bienes que deben registrarse por exigencia de la ley".

[20] Aunque más restringidamente, y regulando la tradición, admite la transferencia sin ser dueño el tradente, excepcionalmente en cosas ofrecidas al público en mercado o establecimiento comercial, en circunstancias tales que el adquirente de buena fe, como cualquier persona, sea inducido a creerlo dueño.

[21] Para lograr efectos semejantes a los de la regla de que en materia de muebles la posesión equivale a título, suele acudirse a algunas construcciones un tanto artificiosas. Tratándose de la doble venta, cuando en la primera el vendedor mantiene la cosa en su poder y luego la vende nuevamente y la entrega al segundo comprador, para decidir el triunfo a favor de este último se entiende que cuando el vendedor mantuvo la cosa en su poder, quedó autorizado por el primer comprador para enajenarla (de modo que el segundo comprador la habría adquirido ***a domino***, del primer comprador, a través del vendedor, ahora apoderado).

[22] Puede verse la sección 21 de la *Sale of Goods Act* inglesa, que contempla la excepción después de consagrar la regla de ***nemo dat quod non habet.***

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

Sale of goods Act inglesa y del ***Uniform commercial code*** norteamericano, en donde se manifiesta la influencia del Derecho mercantil en las reglas del ***common law***). La norma inglesa –siguiendo una antigua regla mercantil– dispone la irreivindicabilidad si se ha adquirido de buena fe una cosa perdida o robada en un ***market overt,*** o, en cualquier caso, si se adquiere de quien "tenga, en el curso normal de sus negocios, el poder de vender o entregar o comprar las cosas o de obtener el dinero dándolas en garantía", salvo que el ladrón haya sido descubierto y condenado (secc. 22). En semejantes términos el ***Uniform commercial code*** norteamericano: "Cualquier entrega de bienes a un comerciante que trata con bienes de ese género le concede el poder de transferir al comprador en el curso normal de sus negocios, todos los derechos de quien se los ha confiado" (párr. 2-403); y aquí no se trata de una mera irreivindicabilidad; más determinadamente, el comerciante "transfiere" la propiedad al comprador; se produce –se ha dicho– una especie de preclusión de la acción reivindicatoria que tenía el dueño, respecto de las cosas que hayan pasado por manos de un comerciante[23].

Por último, en términos al parecer bastante amplios, para la generalidad de las enajenaciones ***a non domino***, más allá de la regla reseñada, es destacable la decisión adoptada por el reciente Código Civil de la Federación rusa (de 1994), definidamente protector de la seguridad en base a la apariencia, con las dos exigencias que la doctrina habitualmente propone[24].

[23] V. Galgano, Francesco: "La adquisición de la propiedad mediante la posesión". En ***Atlas de Derecho Privado comparado,*** cit. pp. 106 y sgtes. El autor concluye (p. 107) con la interesante apreciación de que las diferencias en esta materia entre el ***civil*** (derecho codificado, mejor dicho para este efecto) y el ***common law*** "derivan del modo diverso de producir Derecho: en la codificación, como expresión de una visión política de la sociedad, han adquirido prevalencia los requerimientos de seguridad en la circulación de los bienes, aun a costa de sacrificar los intereses de un propietario no culpable; en el ***common law,*** como Derecho de formación judicial, ligado a consideraciones de equidad antes que a consideraciones de política económica, han sido los intereses de la propiedad los que han predominado, excepción hecha de la permanente herencia de los principios introducidos por el ***ius mercatorum***".

[24] El Código fue aprobado en tres partes; la primera, que regula la transmisión de la propiedad, fue aprobada por la Duma el 21 de octubre de 1994. Allí se contiene un precepto que por acoger plenamente las proposiciones doctrinarias que antes hemos mencionado (sólo que adoptando la técnica de una irreivindicabilidad) merece ser transcrito (en trad. del estudio que al final será citado); tratando de la reivindicación, el art. 302 dispone: "Si un bien fue adquirido a título oneroso por una persona que no tenía derecho a enajenarlo, cosa que el adquirente no sabía ni podía saber (adquirente de buena fe), entonces el propietario tiene derecho a reivindicar este bien del adquirente sólo si el bien hubiera sido perdido por el propietario o por la persona a la que el propietario había entregado su posesión, o hubiera sido sustraído de uno u otro, o, de cualquier forma hubiera salido de su posesión en contra de su voluntad. Si el bien fue adquirido a título gratuito de una persona que no tenía derecho a enajenarlo, el propietario puede reclamarlo en todo caso". Cfr. Pérez Simeón, Maurici: "La transmisión de la propiedad en el nuevo Código Civil de la Federación rusa". En ***Anuario de Derecho civil,*** T. 53. Madrid, 2000, pp. 981 y sgtes.

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

EL CODIGO CHILENO: Confirió a todo dueño la acción reivindicatoria (art. 890), excluyendo la aplicación de la regla de que en materia de cosas muebles la posesión equivale a título.

Ante ella se mantuvo fiel al principio romano, y hasta ahora se mantiene incólume el ***nemo plus juris...*** Al ser regulada la acción reivindicatoria no se contempló excepción para los bienes muebles; todo objeto es reivindicable por su dueño. Ni siquiera hay excepción en la cosa cuyo propietario la haya comprado en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase; el dueño puede siempre reivindicarla, sólo que debe abonar previamente el valor que el reivindicado haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla (art. 890 incs. 2° y 3°). Es tan sólo, pues, una atenuación al principio.

Pero hubo un momento decisivo; la regla de que en materia de bienes muebles la posesión equivale a título estuvo muy próxima a ser establecida; en el Proyecto del 53 llegó a negarse la reivindicación para los muebles "fácilmente reemplazables", norma que luego fue abandonada. Desde que el Prof. Claro Solar manifestó que la regla no está acogida entre nosotros[25] (y no podía concluir de otro modo), la doctrina nacional no se ocupó más del asunto y entre nosotros su conocimiento y difusión se ha ido perdiendo.

En este punto ***creo que debemos mantenernos firmes en nuestra opción,*** que parece estar bien afincada en nuestra idiosincrasia (por lo demás, podría proponerse obstáculo constitucional con el art. 19 N° 24).

Esta generalizada concesión de la acción reivindicatoria del art. 890 queda trabada, armoniosamente pero asimismo con todo el rigor de la titularidad efectiva y menosprecio a la seguridad del tráfico, con otros dos textos: el 1815, por el cual la venta de cosa ajena vale "sin perjuicio de los derechos del dueño"[26]; y el art. 682, conforme al cual si el tradente no es el verdadero dueño, por la tradición no se transfieren más derechos que los transmisibles que el tradente tuviere. Es la consagración gloriosa del secular ***nemo plus juris...***[27].

[25] Claro Solar, Luis: ***Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado.*** Edic. facsimilar. Edit. Jurídica de Chile. Santiago, 1979; T. IV, Nº 1724, pp. 388 y sgtes.

[26] Que, como es bien perceptible, a lo que tiende es a acelerar el camino al dominio mediante la usucapión (ordinaria): deja al comprador con título válido y, por tanto, excluido de una de las categorías de los títulos injustos (los nulos) que imponen posesión irregular y en consecuencia prescripción adquisitiva extraordinaria.

[27] Nótese que conforme al art. 730 para la posesión de dispuso que "si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa...; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior"; pero no así para el dominio.

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

Pero, como ya se dijo, a este respecto estamos rodeados; ante los convenios internacionales que se celebran por doquier y ante tanto código vecino que contiene aquella regla inclinada al tráfico, el peligro está latente.

2. En las enajenaciones del falso heredero

En este punto también la generalidad de los códigos del S. XX niegan la acción reivindicatoria respecto de los terceros que hayan adquirido del falso heredero, si estaban de buena fe y adquirieron a título oneroso. Así los códigos alemán (arts. 2365 y 2366), italiano (art. 534), portugués (art. 2076), peruano (art. 665), boliviano (art. 1457[28]); con textos no concluyentes así se ha entendido también en el C.C. paraguayo[29].

EL CODIGO CHILENO: Coherente con la solución anterior, junto con la acción de petición de herencia al verdadero heredero, le confirió acción reivindicatoria para perseguir contra terceros las especies que el falso heredero hubiere enajenado (art. 1268), a despecho de los terceros adquirentes, que deben restituir cualquiera sea su fe y el título de su adquisición.

Aquí ya preferimos la solución de los códigos del S. XX, por el beneficio a la seguridad del tráfico.

3. En la nulidad. La nulidad y su retroactividad aun respecto de terceros

Aquí llegamos a uno de los momentos decisivos del combate. Desde que se originó la teoría de las nulidades de actos y contratos, en coherencia jurídica con su significado, se impuso la retroactividad; una vez declarada produce efectos retroactivos; se entiende que el acto nulo nunca se ha celebrado y, por tanto, las partes deben ser restituidas al estado anterior a su celebración; y esto con prescindencia de la circulación de las cosas y derechos, los cuales deben volver a tener la situación existente a ese tiempo. Es la actitud más frecuente en los códigos del S. XIX.

[28] Conforme a lo dicho, a nuestro parecer apropiadamente, en su inc. 2° el texto distingue la mala fe de la negligencia o la asunción de riesgo, aunque le aplique las mismas reglas. Protege al de buena fe y (sin calificarlo como de mala fe) simplemente no confiere protección al que adquirió cuando ya había constancia en el Registro de que era otro el verdadero heredero (tratándose de inmuebles o de muebles sometidos a registro).

[29] Así, Pangrazio, Miguel: ***Código Civil paraguayo comentado.*** Intercontinental Editora. Asunción, 1990, p. 1152, comentarios al art. 2514.

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

En los códigos del S. XX la situación ha cambiado ostensiblemente. Se ha ido adoptando la mejor alternativa de transacción, la que, a nuestro juicio, es la solución final de esta lucha: que la titularidad efectiva se mantiene mientras estén involucrados solamente las partes del negocio, pero en cuanto los efectos del contrato circulan, entonces surge la protección a la apariencia en función de la seguridad del tráfico, y los terceros no son afectados, con los dos requisitos que siempre se imponen. Entonces, la regla es que la nulidad judicialmente declarada no da acción reivindicatoria contra terceros poseedores de buena fe que hayan adquirido a título oneroso.

Nótese que se está obedeciendo a la titularidad efectiva lo más posible; cuando la cosa objeto del contrato se mantiene entre las partes del negocio nulo, se vuelve al estado anterior; también cuando ha pasado a terceros de mala fe (o que sabían que el contrato era anulable); a los terceros que debían saberlo (esto es, a los negligentes, que si bien pueden estar de buena fe, por no averiguar mínimamente la calidad del título de su antecesor, se les aplican las mismas reglas aplicables a los de mala fe); y a los que, aun estando de buena fe, adquirieron a título gratuito.

Así, en normas casi idénticas, los códigos italiano (art. 1445), portugués (art. 291), boliviano (art. 559), peruano (art. 1372[30]) paraguayo (art. 363).

Conforme ha sido entendido por la doctrina, el C.C. brasileño (de 2002) adopta una solución más radical, con la que los terceros quedan íntegramente protegidos, cualquiera sea su fe y el título de su adquisición, lo que puede considerarse excesivo; se estima que el Código simplemente mantiene los actos celebrados entre la celebración del acto anulado y la declaración de la nulidad (art. 177)[31].

EL CODIGO CHILENO: Como se sabe, aquí el Código impuso la retroactividad, en términos que las cosas han de volver al estado anterior, entre las partes (art. 1687, con algunas excepciones) y aun respecto de terceros (art. 1689, con algunas excepciones). La restitución entre las partes fue complementada con la acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin contemplaciones para adquirentes de buena fe y sin importar el título de su adquisición.

Consignado el efecto retroactivo de la nulidad, ha triunfado también la

[30] Este texto protege al tercer adquirente con la sola exigencia de la buena fe.
[31] El texto no es del todo claro al respecto, porque puramente ordena que la nulidad no tiene efectos antes de ser declarada por sentencia, pero ése es el significado que se le atribuye a la regla (Nery Junior, Nelson y De Andrade Nery, Rosa María: *Novo Código Civil e legislaçao extravagante anotados.* Editora Revista dos Tribunais. Sao Paulo, 2002, p. 87, notas al art. 177).

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

titularidad efectiva. Los terceros no quedan protegidos[32]. Debe recordarse sí que en ciertas materias específicas se introdujo excepción, manteniéndose la adquisición: en la lesión enorme (arts. 1893 y 1895), en la acción de indignidad (art. 976), en la muerte presunta (art. 94 N° 4) y en la donación entre vivos (art. 1432).

Aquí también preferimos la solución de las codificaciones actuales.

4. En la resolución por incumplimiento (y por condición expresa)

El C.C. francés (con la influencia de Pothier) en su art. 1179 dispuso: "La condición cumplida tiene efecto retroactivo al día en que se haya contraído la obligación". Le siguieron otros códigos de su época como el español (art. 1120[33]) y el argentino (art. 543).

Concebido el incumplimiento como una condición, cuando el contrato se resuelve por haberse incumplido, lo hace con retroactividad y todo tendría que restituirse, aun respecto de terceros. Pero con ayuda de la doctrina, los códigos contemplan excepciones precisamente para proteger el tráfico. Los códigos del siglo XX adoptan una actitud definidamente favorable a la protección de la titularidad aparente y la seguridad del tráfico. La resolución no confiere reivindicación contra terceros de buena fe a título oneroso. Así, por ej., los códigos italiano (art. 1458), portugués (art. 435[34]), boliviano (art. 574), peruano (art. 1372[35]) y paraguayo (art. 729[36]); también en el Proyecto argentino de Código de Derecho privado unificado (de 1998, arts. 340, 1043 y 1062); y, con alguna diferencia, en los Principios de Derecho europeo de los contratos, de la Comisión Lando (art. 9:305).

[32] En el estudio de Alessandri Besa, Arturo: ***La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno.*** Edit. jurídica Conosur. Santiago, s.f., 2ª. edic. T. II, pp. 1110 y sgtes. sólo se expone la regla del art. 1689 por la cual la nulidad judicialmente declarada confiere acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin juicio crítico alguno sobre la bondad de la norma o la conveniencia de proteger al tráfico con fundamento en la apariencia, negando la reivindicatoria contra terceros poseedores de buena fe que hayan adquirido a título oneroso; la ausencia de crítica induce a entender conformidad.
Por otra parte, en el examen de la jurisprudencia (consignada en el ***Repertorio,*** edic. de 1997, T. VI, art. 1689) no se observan intentos de restringir los efectos de la regla frente a terceros adquirentes con aquellas mismas condiciones por el mismo fundamento (falta explicable, en todo caso, considerando las expresiones del texto).
[33] Referida especialmente a las obligaciones de dar.
[34] El precepto simplemente protege a los terceros, sin mayores exigencias.
[35] Protege al tercer adquirente con la sola exigencia de la buena fe.
[36] En este texto el favor al tráfico ha sido dispuesto en términos muy simples con un resultado intenso, tal vez excesivo: "La resolución por incumplimiento tendrá efecto retroactivo sólo entre las partes" (1ª parte del art. 729).

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

EL CODIGO CHILENO: De los grandes capítulos intervinientes en la circulación, sólo en la resolución adoptó una actitud de protección al tráfico, incluso excesiva.

Como es sabido, para los efectos entre las partes el Código adopta una decisión que en teoría es de retroactividad, pero impone varias excepciones, de modo que puede concluirse que adopta una actitud intermedia, o de retroactividad atenuada.

Aquí nos importan los efectos respecto de terceros. Y la solución fue proclive al tráfico pero a nuestro juicio excesiva. Como se sabe, conforme a los arts. 1490 y 1491, si el tercer adquirente no sabía (ni podía saber) de la resolubilidad del derecho (estaba de buena fe) no hay reivindicatoria (no se resuelve su derecho), aunque su adquisición haya sido gratuita[37].

5. En cuanto a la resciliación

Como es sabido, aparte de la escueta alusión formulada por el art. 1567, la resciliación entre nosotros carece de regulación. En estas circunstancias, en su funcionamiento práctico parece propicio aplicarle los postulados descritos, resolviendo que entre las partes podrá dejarse sin efecto el contrato, pero respetándose lo adquirido por terceros de buena fe a título oneroso[38].

6. El causalismo y la abstracción causal en la tradición

Este es un capítulo que en la confrontación presenta rasgos singulares.

Ciertamente, la causa informa la decisión y el contenido del negocio y,

[37] Sobre la aplicación de la retroactividad puede verse *RDJ.* T. 80, secc. 2ª, p. 126.
Si en este tema de la resolución se quiere compulsar con nuestros textos aquella discordia (ya mencionada) sobre si el tercero adquirente que queda protegido sólo conquista una defensa (irreivindicabilidad) o ha logrado efectivamente el derecho pese a la resolución del derecho de su antecesor, debe repararse en que el art. 1490 (al menos literalmente) dispone una negación de la acción reivindicatoria, en tanto el art. 1491 declara que "no podrá resolverse" la enajenación o gravamen.
Como es sabido, el texto ha motivado prolongadas discusiones en diversos sentidos, que no importan para los presentes fines; pueden consultarse en cualquier texto de Obligaciones.

[38] Se ha planteado que la resciliación es aplicable a los contratos ya cumplidos; y que le son aplicables los efectos de la nulidad, y con retroactividad (entre las partes); pero se concluye que no ha de afectar a los derechos de terceros (acudiéndose al efecto relativo de los contratos); no es mencionada la doctrina protectora de la apariencia, y así el mantenimiento de la titularidad en el tercero se postula indiscriminadamente, sin distinción por la fe ni por la naturaleza del título de adquisición (Naudón, María José: "La resciliación de los contratos cumplidos". En *Rev. Chilena de Derecho.* Pontificia Univ. Católica de Chile. Vol. 25 N° 4. Tesis de Grado. Santiago, 1998, pp. 897 y sgtes., especialmente p. 906).

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

por lo mismo, debe ser considerada en la real evaluación de su eficacia ante los requerimientos de la equidad. Pero, más allá de los celebrantes, en la comunidad, en los terceros, es un elemento de difícil o imposible percepción, sobre todo teniendo en cuenta que los juristas se mantienen sumidos en hondas divergencias acerca de lo que es y, más aún, cuando prosperan las concepciones finalistas o subjetivas.

Pues bien, ha sido la seguridad del tráfico la que ha impulsado a la doctrina a concebir la abstracción causal. Como se sabe, consiste en la separación o desplazamiento de la causa del acto, de modo que se prescinde de la causa para determinar la validez y eficacia del negocio. Por cierto, luego de precedentes romanos, su penetración en el Derecho privado se desató en el Derecho comercial, a través de los títulos de crédito, precisamente cuando el crédito circula. En el Derecho civil es empleada en determinados actos y contratos por particulares fundamentos, pero tras los cuales siempre está la seguridad.

Para efectos de la circulación de bienes una destacada aplicación de la abstracción se presenta en la tradición.

Siendo una entrega con intención de trasladar el dominio, naturalmente es concebida con un título o negocio en el cual se promete esa entrega, con alguna contraprestación o sin ella. Pues bien, en relación con ese título (y aquí se entenderá por causa de la tradición al negocio que normalmente le precede y sustantivamente justifica), teóricamente la tradición puede ser concebida como causada o abstracta[39]. Imponerla como ***causada*** significa establecer que su validez y, en general, su eficacia traslativa, dependen de la eficacia del título. El título es vinculado funcionalmente a ella y es formalmente impuesto como un requisito de la tradición; por lo mismo, ***las vicisitudes que acaezcan al título han de influir en ella*** (y los albures principales son nulidad, resolución, revocación, resciliación). Genéricamente, "ineficaz el título, ineficaz la tradición". En cambio, imponerla como ***abstracta*** significa establecer que para calificar su validez y, en general, su eficacia, se prescinde del título; que las vicisitudes que acaezcan al título no han de influir en la validez y eficacia traslativa de la tradición; el título es desplazado de la tradición; la tradición se abstrae del título; en la realidad el

[39] Hemos formulado nuestro significado para este estudio porque se han propuesto diversos significados para comprender cuál es la causa de la tradición, hasta llegar a una desvalorización de la noción de causa cuando se estima que la causa podría ser la común voluntad de transferir y adquirir (con lo cual todos los sistemas de transferencia serían causales, aun el que es conocido como típico sistema abstracto; v. a este respecto, Alvarez Suárez, Ursicino: ***El problema de la causa en la tradición*** (Tres conferencias). Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1944, pp. 17 y sgtes.

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

título existe y es su justificación, su causa, pero para el traslado del dominio jurídicamente se prescinde de él.

Puede apreciarse que en la opción inciden, directamente, las preocupaciones por el titular del dominio y por la seguridad del tráfico (que implica la protección a los terceros adquirentes). Por cierto, en la materia debe ser mencionado el gran exponente del sistema de transferencia abstracta, el Código Civil alemán (principalmente en sus arts. 873, 925 y 929, con matices jurisprudenciales y los arts. 138 y 139; deben tenerse en cuenta también las normas reguladoras del Registro inmobiliario). Pero habiéndose implantado allí con notorio impacto (en 1900), no ha sido seguido en legislaciones posteriores (aun de raigambre germánica, como el Código Civil suizo[40]). Tal vez porque la eliminación del título justificante de la transferencia anula un elemento fundamental en la evaluación de las negociaciones, es que puede conducir a soluciones insatisfactorias ante la equidad. Pero la objeción ha surgido sobre todo porque se ha ido comprobando que la abstracción –al menos con sus caracteres extremos– no resulta indispensable para la protección al tráfico, desde que, precisamente, ese beneficio puede obtenerse con una directa protección a los terceros de buena fe (actitud que, respecto de los inmuebles es afortunadamente facilitada mediante la fe pública registral)[41].

EL CODIGO CHILENO: Ostenta como ***texto básico el art. 675*** (al que puede agregarse el 677). ***Su examen conduce a*** la conclusión de que ***en cuanto modo de adquirir el dominio*** ha sido concebida ***como un acto causado. Dispone que para que la tradición valga, debe estar precedida de un título traslaticio, y que éste debe ser válido. De modo que si no lo hay o es nulo, la tradición es nula*** (esto sin perjuicio de su eficacia posesoria[42]).

[40] Efectivamente, este Código desdeñó la abstracción y acogió el sistema del título y el modo. Pero conviene advertir que, siendo claro en su decisión para los inmuebles (imponiendo –como nosotros– la tradición mediante inscripción), no lo fue tanto para los muebles (en su art. 714); sin embargo pronto la doctrina entendió y la jurisprudencia resolvió la misma solución causal (en una difundida sentencia del Tribunal Federal de 1929).

[41] Históricamente, la adopción de cualquier sistema de transferencia de bienes siempre ha generado discrepancias, pero ante la alternativa abstracta la discordia parece intensificarse. Así se observó desde antes de su implantación en el BGB y se ha mantenido después de implantada en él (por cierto, en la propia doctrina alemana). Se ha desaprobado la autonomía del negocio dispositivo (imputándosele una sobrevaloración de la autonomía de la voluntad) y se ha denunciado que la protección al tráfico se logra suficientemente con reglas que, manteniendo el causalismo, dispongan inoponibilidad a terceros. La literatura es abundante; aquí tan sólo destacaremos el estudio del Prof. Alvarez Suárez, Ursicino, citado. Luego de algunas puntualizaciones sobre el concepto de causa, allí se encontrará un examen histórico y las soluciones en distintos ordenamientos contemporáneos.

[42] En cuanto la tradición, aun desmoronado el título, ha dejado al adquirente en posesión y, por tanto, en aptitud para ganar el dominio por la usucapión. Así, por lo menos, se ha entendido siempre entre

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

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

Con lo dicho, en Chile, en cuanto mecanismo que traslada el dominio, la tradición es un acto causado, requiere de un título justificante, conectado a ella ***y,*** por lo mismo, ***su*** eficacia traslativa ***depende de la validez de éste***[43].

Evaluando la opción, nos plegamos a la decisión del Código, de la tradición causada. Y para el propósito de reforzar prudentemente la seguridad del tráfico ***no se necesita provocar un vuelco a este respecto; se puede mantener la tradición causada, sólo que reformándose el efecto respecto de terceros.*** Más aún, la intervención al Código para lograr este propósito tiene alternativas. Una es ésta, la tradición; la otra (que preferimos) es el estatuto regulador de cada una de las instituciones que devastan al título (nulidad, resolución, revocación, etc.), como ya se ha propuesto. Sea en la tradición, sea en esos estatutos, la regla (a nuestro juicio conveniente de adoptar) es la misma: no hay reivindicatoria respecto de terceros de buena fe que han adquirido a título oneroso. Así queda armada una protección al tráfico en la circulación de los bienes. ***Estimo que el sistema debe mantenerse con la tradición y un negocio causal, que se manifiesta para los miembros de esa relación fundamental*** (y ahí, "ineficaz el título ineficaz la tradición"), ***pero si la cosa circuló, entonces no hay reivindicatoria en contra del adquirente de buena fe a título oneroso*** (en decisión semejante a la de los títulos de crédito). Por cierto, deben tomarse las medidas necesarias en la estructura del Registro inmobiliario (imponiéndose –por cierto no aisladamente sino en un

nosotros (sin llevar a este extremo el efecto destructor de la nulidad ni el art. 675; por lo demás, conforme al art. 704 los títulos nulos, inoponibles, putativos y falsificados, aunque injustos, son títulos). Esto sin olvidar el planteamiento de que sin título no es posible entrar a poseer, que se manifiesta, por ej., en la situación de error en el título en aquella variedad de que uno entiende entregar a título de mera tenencia y el otro recibir a título traslaticio de dominio (uno creyó entregar en arriendo y el otro recibir en donación) (al menos así conforme al planteamiento del Prof. Vial. Vial del Río, Víctor: *La tradición y la prescripción adquisitiva como modo (sic) de adquirir el dominio.* Edics. Univ. Católica de Chile. Santiago, 1999).

[43] ***Pero en todo caso, con independencia de él, deja al adquirente en posesión. La jurisprudencia no ha sido explícita en el tema pero parece entenderlo en el mismo sentido.*** V. por ej. ***RDJ.*** T. 11, p. 431; T. 29, p. 273; T. 45, p. 263.

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

cuadro general de reformas– la denominada "fe pública registral").

A este respecto, como ejemplo muy demostrativo de la consagración de estas soluciones en el ámbito registral, puede ser mencionado el Código Civil peruano, en su art. 2014 (dentro de su libro IX, sobre Registros Públicos)[44].

Finalmente –como ya lo insinuamos–, son muchas las situaciones específicas en que el Código chileno acoge la protección a la apariencia, fundada en la seguridad del tráfico.

Entre ellas, en las siguientes.

–El pago efectuado de buena fe al tercero que estaba entonces (al tiempo del pago) en posesión del crédito, que era sólo aparente titular y que, no obstante, resulta liberatorio para el deudor aunque después se demuestre que el crédito no le pertenecía (art. 1576 inc. 2°).

–El mandato aparente, en que el mandante queda obligado ante el tercero de buena fe no obstante estar ya extinguido el mandato (art. 2173).

–Los efectos de las contraescrituras que, por falta de publicidad (en los términos exigidos en el texto), resultan inoponibles a los terceros (art. 1707).

–La inoponibilidad a los terceros de buena fe, de la nulidad de una sociedad si existió de hecho (art. 2058).

–La subsistencia de las enajenaciones y demás derechos reales constituidos antes de rescindirse el decreto de posesión definitiva de los bienes del presuntivamente muerto (art. 94 N° 4).

–La eficacia de los actos del curador aparente (arts. 426 y 512).

–La acción de indignidad para suceder, que no pasa contra terceros de buena fe (art. 976).

–La resolución, rescisión y revocación de la donación, que no afectan a terceros que no hayan estado en posibilidad de saber de la respectiva eventualidad (art. 1432).

[44] El texto dispone: "El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos.
La buena fe del tercero se presume mientras no se prueba que conocía la inexactitud del Registro".
El comentarista de la edición del C.C. peruano de Editorial Científica SRL. Magistr. Guzmán Ferrer, observa que se trata de la consagración de la fe pública registral, dirigida a mantener el derecho del tercero adquirente aunque el del antecesor haya sido rescindido, anulado o resuelto; y añade jurisprudencia emitida en base a la regla (art. 2014, p. 612). V. comentarios a este texto en Aliaga Huaripata, Luis: "Los efectos sustantivos de la inscripción y el rol del Registro en la protección del tráfico jurídico inmobiliario". En *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario* N° 677. Madrid, 2003, pp. 1795 y sgtes., especialmente pp. 1803 y sgtes.

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

–La rescisión por lesión enorme, que no procede si la cosa fue enajenada (art. 1893).

–La acción pauliana, que no procede si el tercer adquirente a título oneroso está de buena fe (art. 2468).

–El pago de lo no debido, en que el que pagó no puede perseguir la especie poseída por un tercero de buena fe a título oneroso (art. 2303).

–La enajenación de bienes muebles efectuada por un cónyuge casado en sociedad conyugal, en la que el tercero que recibió en tradición queda a salvo de toda reclamación fundada en que el bien era social o del otro cónyuge, si estaba de buena fe y adquirió a título oneroso (art. 1739, inc. 4° según reforma al texto original[45], dejando de presumirse la buena fe tratándose de muebles sometidos a registro si el mueble aparecía inscrito a nombre del otro cónyuge).

Puede verse que en algunas de ellas, como en el pago de lo no debido y en la enajenación de bienes muebles efectuada por un cónyuge en sociedad conyugal, los requisitos para proteger al tercero son ***exactamente*** los propuestos por el Derecho contemporáneo según lo hemos relatado.

Pero examinado el conjunto se observa –como también lo adelantamos– una ***falta de coherencia*** en cuanto a las exigencias para conferir la protección a los terceros, con diferencias que no siempre aparecen justificadas.

CONCLUSION

1. Estimamos que, tal como generalmente ha acontecido en la historia de las instituciones privadas, debe mantenerse un apropiado equilibrio en la coexistencia entre la titularidad efectiva y la titularidad aparente, teniendo en cuenta los intereses de los titulares y de los terceros que actúan fiándose de lo que aparece como realidad.

2. En la lucha se ha observado siempre una actitud que recién ha venido cambiando y todavía no entre nosotros; y que consiste en tener por lo natural a la protección a la titularidad efectiva y el dominio, de modo que es la protección al tráfico la que aparece como intrusa o advenediza. Las transformaciones de la vida social y económica, que va dependiendo cada vez más de la velocidad de los negocios, y que requiere de una protección a la confianza y lo ostensible, debe conducir a los juristas a resolver que la protección al que de buena fe se guía por

[45] Introducida por el art. 1°, N° 71 de la Ley 18.802, *D. O.* de 9 de junio de 1989.

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

los antecedentes normalmente accesibles, con mediana diligencia, es una necesidad del tráfico moderno, y que, por tanto, tiene un lugar ya irreemplazable entre las ideas que han de inspirar la creación, la interpretación y la integración normativa.

3) Siguiendo –pero no absolutamente– a la predominante civilística contemporánea y a la generalidad de los códigos civiles del S. XX, nos permitimos formular las siguientes proposiciones.

a) Si la cosa fue perdida, hurtada o robada, nos complace la situación existente, confiriendo siempre al dueño la reivindicación (es así incluso en las legislaciones en que impera la regla de que "en materia de cosas la posesión equivale a título.....").

b) Si la cosa fue transferida en mera tenencia a otro y éste la enajena (es la sede natural de la venta de cosa ajena), estimo que debe mantenerse nuestro estado jurídico, que confiere acción reivindicatoria al dueño; es decir, estoy por defender nuestra tradición, declarada por el señor Bello y proveniente de Roma, rechazando para nosotros aquella regla tradicional en Europa y que invade Latinoamérica, de que "en materia de cosas muebles la posesión equivale a título"; en los inmuebles, la defensa está en el Registro, que aquí bien se ve cuán importante es perfeccionarlo.

c) Si la cosa fue transferida a otro en virtud de un título traslaticio de dominio, luego el adquirente la transfiere, y más tarde el primer contrato fue declarado ***nulo,*** estimo que aquí el Código debe ser ***corregido;*** tal como se decide en la generalidad de los códigos del S. XX, en aras de la seguridad del tráfico, ***no debe conferirse acción reivindicatoria*** contra el tercero adquirente de buena fe que adquirió a título oneroso.

d) Si la cosa fue transferida a otro por el falso heredero, con posesión efectiva inscrita, estimo que el Código también debe aquí ser ***corregido;*** no debe conferirse acción reivindicatoria al heredero triunfante, si el tercero adquirió de buena fe a título oneroso.

e) Si la cosa fue transferida a otro en virtud de un título traslaticio de dominio, luego el adquirente transfirió y más tarde el primer contrato fue declarado ***resuelto,*** estimo que aquí el Código debe ser (no exactamente corregido) ***perfeccionado;*** en aras de la seguridad del tráfico, y tal como lo dispone la generalidad de los códigos del S. XX, debe protegerse la titularidad real cuando no se daña a los terceros: si la cosa es mueble, ***no debe conferirse acción reivindicatoria*** si el tercer adquirente está de buena fe (como ahora) pero siempre que haya adquirido a título oneroso; si la cosa es un inmueble, tal como ahora, hemos

Artículo: Titularidad real y titularidad aparente
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

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

de atenernos a la constancia en el Registro. Entonces, los dos preceptos (los arts. 1490 y 1491 de nuestro Código Civil) pueden ser refundidos y simplificados; sin distinguir entre muebles e inmuebles, sino entre bienes sometidos o no a Registro; en una fórmula simple: la resolución no confiere acción reivindicatoria contra terceros adquirentes de buena fe a título oneroso; en los objetos sometidos a Registro, si la resolubilidad del derecho transferido constaba en el Registro, procede la reivindicación.

f) Regla semejante debe imponerse para otras situaciones de ineficacia del título traslaticio (como en la resciliación, hasta ahora entre nosotros sólo mencionada en el art. 1567 pero sin mayor regulación), en la revocación por fraude, etc.).

En fin, estimamos que con las enmiendas propuestas a favor de la seguridad del tráfico (precisamente de los terceros de buena fe en adquisiciones onerosas): en la nulidad, en la resolución y en la acción de petición de herencia, como lo aconseja el examen de las codificaciones más recientes y la civilística contemporánea (más las correcciones en los mismos términos en aquellas varias otras materias específicas que se han enumerado), en este capítulo la obra del señor Bello tendría para mucho tiempo.