Artículo: El contrato como modo de adquirir
Revista: Nº41-42, año X (Jul-Dic, 1942)
Autor: Bernardo Gesche Müller

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

REVISTA DE DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
DIRECCION Y ADMINISTRACION: ESC. DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES · CASILLA 49

AÑO X · CONCEPCION (CHILE), JULIO · DICIEMBRE DE 1942 · Nos. 41 Y 42

INDICE

BERNARDO GESCHE MÜLLER	EL CONTRATO COMO MODO DE ADQUIRIR	PAG.	149
ORLANDO TAPIA S.	LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL (CONTINUACION)	„	163
EMILIO RIOSECO E.	NATURALEZA JURIDICA DE LA CESION DE DERECHOS LITIGIOSOS	„	187
	ANTEPROYECTO PRESENTADO POR EL DR. ANGEL OSSORIO Y GALLARDO DE CODIGO CIVIL PARA LA REP. DE BOLIVIA	„	217
	MISCELANEAS JURIDICAS.		
	EXTREMISMOS LEGALES	„	243
	JURISPRUDENCIA:		
	NULIDAD DE CONTRATO Y CANCELACION DE INSCRIPCION	„	255
	ABANDONO DE LA INSTANCIA	„	269
	SOBRE NULIDAD DE CONTRATO Y DE TRADICION	„	283
	NOMBRAMIENTO DE ARBITRO	„	293
	CUMPLIMIENTO DE CONTRATO	„	295
	COBRO DE PESOS	„	299
	EJECUCION	„	303
	CANCELACION DE INSCRIPCION	„	311
	EJECUCION	„	315

Artículo: El contrato como modo de adquirir
Revista: Nº41-42, año X (Jul-Dic, 1942)
Autor: Bernardo Gesche Müller

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

BERNARDO GESCHE MÜLLER

EL CONTRATO COMO MODO DE ADQUIRIR

LA legislación francesa, innovando el derecho tradicional, estableció en su Código Civil como suficiente medio para adquirir el dominio de las cosas el mero contrato. Ha innovado el sistema de adquisición del dominio u otros derechos reales, por cuanto lo comúnmente aceptado y establecido por el Derecho Romano requería para tal adquisición, además del contrato, una convención especial llamada modo de adquirir.

El objeto de este breve estudio es determinar si la doctrina aceptada por el derecho francés es más correcta que la romana, dentro de un sistema de derecho científicamente organizado, o sea dentro de una legislación que pretende establecer normas fundamentales e inmutables que ha de servir de base para la reglamentación particular de cada una de las instituciones jurídicas que determinan nuestra vida social en sus múltiples aspectos.

Para la debida comprensión de la materia daremos en primer término una breve explicación de lo establecido por los romanos en este aspecto del derecho que nos preocupa. Hacemos notar, sin embargo, que nuestras explicaciones tendrán sólo un campo limitadísimo, pues se referirán exclusi-

Artículo: El contrato como modo de adquirir
Revista: Nº41-42, año X (Jul-Dic, 1942)
Autor: Bernardo Gesche Müller

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

vamente, entre los diversos modos de adquirir, a la tradición, modo derivativo para adquirir el dominio de las cosas por acto entre vivos.

Los romanos distinguían dos especies de tradición: la nuda traditio y la tradición propiamente tal (*). Ambas importaban el traspaso de una cosa de poder de una persona al poder de otra; pero se distinguían en cuanto a los efectos jurídicos que dicho traspaso producía.

La nuda traditio implicaba la entrega a un título que nuestro Código Civil denomina de "mera tenencia". El adquirente, si bien ejercía ciertos poderes sobre la cosa, lo hacía siempre bajo la reserva de reconocer sobre ella un derecho de dominio de otra persona. Trátase, entonces de un traspaso que lejos de transferir el dominio, sólo confiere respecto del objeto la mera tenencia en la forma que la define nuestro Código al decir: "Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño" (*).

La tradición propiamente tal, en cambio, transfería el dominio de la cosa y era entre los modos de adquirir el más común y socorrido. Habilitaba la adquisición de cualquier cosa, sea ella mueble o inmueble.

Esta tradición, para operar como modo de adquirir debía reunir dos requisitos esenciales: la entrega efectiva del corpus, elemento de la posesión, y una justa causa, o sea la intención de transferir el dominio.

Para la realización del primero de los requisitos enunciados, o sea el corpus, encuentran su plena aplicación los principios de la posesión. En ella, si bien la regla general es que la cosa poseída se encuentre materialmente (ad corpus) en poder del deudor, tal circunstancia no es esencial. Bien se puede conservar la posesión aunque no exista un contacto físico entre la cosa y su poseedor. Así, por ejemplo, no se pierde la posesión por el hecho de ignorarse dónde existe actualmente la cosa o por haberse entregado a ésta a otra persona que la tiene como mero tenedor. De lo ex-

(*) Accarias: T. I. N.o 225
(*) C. C. Art. 714

Artículo: El contrato como modo de adquirir
Revista: Nº41-42, año X (Jul-Dic, 1942)
Autor: Bernardo Gesche Müller

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

plicado se desprende que el corpus en la posesión se realiza, no por la relación física entre cosa y persona, sino por una relación de poder jurídico que sobre ella se ejerce. Implica, entonces, la facultad o poder del poseedor de disponer de la cosa según mejor le parezca, sin intervención ni autorización de otra persona e independientemente del hecho relativo al lugar donde ella se encuentra.

Aplicando estos principios a la tradición, los romanos decidieron que para la adquisición del dominio por este modo tampoco es necesaria la entrega material y efectiva de la cosa. El modo de adquirir opera por el sólo hecho de ponerse ella por el tradente a *disposición* del adquirente, dándole los poderes de dueño sobre la misma. Ejemplo típico de este traspaso de poderes sin entrega material es la entrega simbólica. Por ella se entiende transferido el dominio de una cosa por el sólo hecho de entregarse las llaves del almacén, cofre, o lugar cualquiera en que ella se encuentra. Con esta entrega de las llaves el tradente coloca la cosa bajo el poder directo y absoluto del adquirente, aunque éste aun no se haya apoderado materialmente de ella, porque bien puede suceder que el lugar en que se encuentra esté muy distante de aquél en que se verifica la tradición por la entrega de las llaves. Otro tanto puede decirse de la tradición que se verifica por el hecho de encargarse el tradente de colocar la cosa a disposición del adquirente en lugar convenido. Todos estos casos, no obstante la ausencia de una entrega material, son suficientes para constituir al adquirente en el momento mismo de la realización de los hechos indicados, en dueño absoluto de la cosa.

Como segundo requisito los romanos establecieron lo que ellos llamaron justa causa de la tradición. Exigían que el motivo o razón determinante del traspaso de la cosa fuese la intención por parte del tradente de transferir el dominio y por parte del adquirente de adquirirlo. Esta intención se manifiesta siempre en el contrato o convención que precede a la tradición y del cual ésta no es sino el cumplimiento de una de las obligaciones contraídas por las partes. Este contrato es entonces sólo el antecedente o la antesala de la ad-

Artículo: El contrato como modo de adquirir
Revista: Nº41-42, año X (Jul-Dic, 1942)
Autor: Bernardo Gesche Müller

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

quisición del dominio y en ningún caso la adquisición en sí misma. Por su intermedio se generan entre las partes relaciones de carácter personal llamadas obligaciones, que aun quedan muy distantes de una adquisición de dominio que tiene un carácter real en cuanto es oponible y obliga, aunque pasivamente, a todo el mundo.

Hacía excepción a estos principios, si bien aparentemente, la tradición brevis manus y la constitutum possesorium. En estas tradiciones, por las situaciones especiales en que se encuentran colocadas las partes, la entrega del corpus adopta un carácter especial. Son los casos, en que a una persona, que ya es tenedor de la cosa, se le confiere un título traslaticio de dominio, y aquél en que una persona, siendo dueña de la cosa, confiere igual título a otra, pero conservando la cosa en su poder como mero tenedor.

En los indicados casos, aun entre los romanos, el dominio de la cosa se transfería desde el momento de la celebración de cualquiera de las arriba indicadas convenciones. Podía decirse, entonces, que el dominio se había transferido por el mero contrato. Sin embargo, en el hecho no era así y de esa manera también lo entendieron los jurisconsultos romanos. Explicaron que en estos casos no es necesaria una entrega de la cosa porque, o ya se encontraba en poder del adquirente o el tradente la quería conservar como mero detentador. Exigirla en este caso habría sido inoficioso. Para satisfacer un mero formulismo habría sido necesario hacer un doble traspaso: del tradente al adquirente a título de tradición y de este último al primero a título de mera tenencia. Observaron, sin embargo, que si bien no era necesaria la entrega de la cosa, era indispensable sí que ella se encontrase a *disposición* del adquirente.

Lo dicho demuestra claramente que aun en la tradición brevi manus y en la costitutum possesorium encuentran plena aplicación los principios de la posesión ya explicados como propios de la tradición. Habíamos dicho que el corpus como elemento esencial de la tradición no implica una entrega material sino un simple cambio de poderes. Otro tanto sucede en los casos de tradición que nos preocupan. También se

Artículo: El contrato como modo de adquirir
Revista: Nº41-42, año X (Jul-Dic, 1942)
Autor: Bernardo Gesche Müller

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

excluye una entrega material y el cambio de poderes se verifica en ellos conjuntamente con la celebración de los respectivos contratos.

Pothier, comentando esta parte del Derecho Romano relativa a la tradición brevi manus y la constitutum possesorium, estima que la ficción de una doble entrega es inútil y que más valdría decir que el dominio de la cosa se adquiere por el sólo consentimiento y sin necesidad de tradición cuando la cosa se encuentra en poder del adquirente (*).

Nuestro derecho ha adoptado en su integridad el sistema romanista de la adquisición del dominio por medio de la tradición. Para convencerse de ello basta el examen rápido de algunas de las disposiciones del Código Civil.

El artículo 588, al enumerar los modos de adquirir el dominio, señala expresamente entre ellos a la tradición, emotiendo en cambio el contrato. Esta disposición, es por lo demás una reproducción de lo que sobre este punto establecía la legislación de Justiniano que también hacía esa misma enumeración.

Por otra parte, el Título XXIII del Libro IV, al reglamentar el contrato de compraventa, convención que por su naturaleza pretende la transferencia del dominio, el legislador nos explica que en éste una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero (*). Más adelante, agrega, que la principal obligación del vendedor es la de efectuar la tradición de la cosa vendida (*). En consecuencia, el contrato lejos de transferir el dominio, sólo crea una obligación que impone a una de las partes esta transferencia. Es entonces el antecedente preciso que habilita la adquisición del dominio, pero siempre que se efectúe la tradición.

Por último, al rglamentarse la tradición en el Título VI del Libro II del Código Civil, se reproducen casi en su integridad las reglas sentadas por el Derecho Romano al respecto, salvo las disposiciones contenidas en el párrafo 3.º del mismo título.

(*) Claro Solar: T. VII
(*) Código Civil: Art. 1793
(*) Código Civil: Art. 1817

Artículo: El contrato como modo de adquirir
Revista: Nº41-42, año X (Jul-Dic, 1942)
Autor: Bernardo Gesche Müller

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

El artículo 684, reglamentando la tradición de los derechos reales sobre cosas corporales muebles, reproduce con absoluta fidelidad los principios de la tradición ya explicados como propios del Derecho Romano. Después de señalar en su inciso primero que es requisito esencial de la tradición la intención de transferir el dominio por parte del tradente y la de adquirirlo por parte del adquirente, reglamenta lo que llamábamos el corpus de la tradición y que también se conoce comúnmente como requisito de la entrega.

Por falta de espacio para hacer un estudio detallado sobre cada uno de los numerandos del mencionado artículo, nos conformaremos con hacer algunas observaciones de carácter general a su respecto. La simple lectura de ellos nos manifiesta claramente que nuestro derecho tampoco exige el traspaso efectivo y material de la cosa objeto de la tradición, de manos del tradente a manos del adquirente. Basta cualquier acto para colocar la cosa a disposición del adquirente, para que se entienda transferido el dominio. Así, por ejemplo, el número primero nos dice que la tradición se efectúa cuando el tradente *permite* al adquirente la aprehensión material de una cosa presente. La expresión "permite" empleada por el Código manifiesta claramente que no es necesaria la aprehensión actual y material de la cosa para transferir el dominio, sino basta que se haya colocado ella *a disposición* del adquirente. Otro tanto puede decirse de los numerandos 2.º, 3.º y 4.º del ya citado artículo. Ninguna de las situaciones ahí contempladas implica el apoderamiento material de la cosa por parte del adquirente, sino sólo la facultad de disponer de ella a su libre arbitrio.

El número final de la indicada disposición del artículo 684 también contempla la tradición brevi manus y la constitutum possesorium del Derecho Romano, que han dado margen para que Pothier dijera que en estos casos no es necesario hablar de tradición ya que en realidad el mero contrato transfiere el dominio.

Sin embargo, como ya lo hemos indicado en líneas precedentes, la observación de Pothier no es exacta, pues además del contrato es siempre necesaria la existencia del cor-

Artículo: El contrato como modo de adquirir
Revista: Nº41-42, año X (Jul-Dic, 1942)
Autor: Bernardo Gesche Müller

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

pus para que la tradición se efectúe. Si por el contrato no se da al adquirente la facultad de disponer de la cosa colocándola bajo su poder inmediato, el contrato origen de la tradición brevi manus o de la constitutum posessorium no transfiere el dominio. Para demostrarlo claramente basta suponer el siguiente caso: el dueño de una cosa celebra con el detentador de ella un contrato de donación, pero somete dicha donación a una condición suspensiva. Los principios más elementales del derecho nos enseña en este supuesto que nos encontramos en presencia de un contrato traslaticio de dominio plenamente válido y que por lo tanto produce también todos los efectos que le son propios. Si bien existe una condición suspensiva, ella no influye de modo alguno en la existencia misma del contrato, pues sólo suspende la existencia de las obligaciones que de él nazcan. ¿Puede decirse, sin embargo, que este contrato, no obstante su reconocida existencia jurídica, ha transferido el dominio al mero tenedor de la cosa? Nos parece indiscutible que la solución sólo puede ser negativa. El donatario bajo condición suspensiva, que es tenedor de la cosa, adquiere por el respectivo contrato la mera expectativa de constituirse en dueño de la cosa una vez que la condición se cumpla, y mientras ello no ocurra continuará siendo mero detentador de la cosa a pesar de la celebración de un contrato traslaticio de dominio.

Todo lo dicho tiene su explicación lógica en el hecho de que en el caso analizado ha faltado el elemento esencial de la tradición: el corpus. Por la condición suspensiva, el donante, lejos de poner la cosa a entera disposición del donatario, le ha negado precisamente tal disponibilidad mientras la condición no se cumpla.

Examinemos ahora la reglamentación establecida por el derecho francés. El Código de Napoleón manifiesta su doctrina innovadora en dos disposiciones con absoluta claridad. Ellas son los artículos 1138 y 1583. El primero estatuye: "La obligación de entregar se realiza por el sólo consentimiento de las partes contratantes. Ella hace al acreedor propietario y los riesgos de la cosa son de su cuenta desde el instante en que ha debido ser entregada, aunque la tradi-

Artículo: El contrato como modo de adquirir
Revista: Nº41-42, año X (Jul-Dic, 1942)
Autor: Bernardo Gesche Müller

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

ción (entrega) no haya sido hecha" .El segundo de los indicados artículos dispone: "La venta es perfecta entre las partes y la propiedad es adquirida de derecho por el comprador con respecto al vendedor desde que han convenido en la cosa y en el precio, aunque la cosa no haya sido aun entregada, ni el precio pagado".

De estas disposiciones se deduce claramente que según el derecho francés el mero contrato es modo de adquirir. Basta el consentimiento de las partes que da origen a una obligación de dar, para que de inmediato se entienda transferido el dominio, aunque la entrega no se haya realizado. No exige, pues, además del contrato otra convención llamada tradición qúe tenga por objeto transferir el dominio. Tradición y contrato se confunden en un solo acto que produce los mismos efectos que ambos conjuntamente.

La razón que los franceses han tenido para adoptar este sistema se debe a consideraciones de orden práctico. Según observa Baudry Lacantinerie (*) el sistema del derecho romano que además del contrato exigía una tradición, tenía en el antiguo derecho francés un valor meramente teórico. En esa época se acostumbraba insertar en la mayoría de los contratos una cláusula por la cual se estimaba verificada la tradición por el sólo contrato. El Código de Napoleón no habría hecho, entonces, otra cosa que dar carácter legal a una norma ya establecida por la costumbre.

Debe haber influído también en la redacción del Código Francés la observación de Pothier relativa a la tradición brevi manus y a la constitutum possesorium. Como se ha observado precedentemente este autor estimaba superfluo hablar de tradición en estos casos y que bien podía decirse que el mero contrato transfería el dominio. Los codificadores franceses consideraron, sin duda alguna, factible la aplicación de este sistema a todos los casos de transferencia de dominio, y fué así como establecieron lo observado por Pothier como principio general.

Don Luis Claro Solar (*) observa respecto del sistema

(*) Baudry Lacantinerie: T. XII
(*) Luis Claro Solar: T. VI. N.o 366.

Artículo: El contrato como modo de adquirir
Revista: Nº41-42, año X (Jul-Dic, 1942)
Autor: Bernardo Gesche Müller

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

francés que por su intermedio "se buscó la simplificación de las instituciones jurídicas y se suprimió lo que se estimó superfluo y simple sutileza del derecho romano, pero los hechos no han correspondido a este propósito".

Nada más cierto que esta observación de don Luis Claro Solar. El sistema francés, en vez de simplificar la institución jurídica de adquisición del dominio, sólo la ha complicado, pues desconoce los principios fundamentales que informan la reglamentación del derecho civil en su aspecto patrimonial y que señalan una diferencia clara entre derechos reales y personales en lo relativo a su contextura jurídica. Puede decirse, sin temor a exagerar, que sobre esta distinción descansa en su integridad la reglamentación jurídica que rige nuestras relaciones económicas.

Tanto el derecho personal u obligación como su fuente, el contrato, son relaciones jurídicas de carácter relativo en cuanto sólo obligan a las personas que han intervenido en su creación. Nadie más, que no sean las partes o sus sucesores, queda obligado por el contrato y debe respetar las estipulaciones en él contenidas. El derecho real, en cambio, es una relación jurídica directa entre persona y cosa que por su propia naturaleza obliga a todo el mundo. Todo individuo, aunque no haya intervenido en la creación de dicha relación, está obligado a respetarla. Esta característica del derecho condiciona al mismo tiempo dos requisitos que pueden sintetizarse de la siguiente manera: publicidad en su creación y especificación del objeto sobre que recae.

El requisito de publicidad no es sino el complemento necesario de la obligatoriedad universal que implica el derecho real. Si por su naturaleza obliga a todo el mundo, aunque pasivamente, lógico es que el acto que lo genere esté rodeado de tales formalidades que su creación sea perceptible para todos. Los romanos entendieron, y nuestro Código Civil estima cumplir con esta exigencia de publicidad de la fuente del derecho real, al exigir además del contrato, de carácter privado, un modo de adquirir: la tradición, que por la entrega por medio de la cual se verifica el traspaso del dominio, constituye un hecho perceptible por todo el mundo. El tras-

Artículo: El contrato como modo de adquirir
Revista: Nº41-42, año X (Jul-Dic, 1942)
Autor: Bernardo Gesche Müller

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

paso de la cosa de poder de una persona al poder de otra señala claramente que ella ha cambiado de dueño.

El otro requisito de la especificación del objeto del derecho real es también de la esencia de esta institución jurídica. Siendo una relación de persona a cosa, tal relación sólo puede existir entre personas y cosas determinadas en su individualidad. Tal como es inconcebible una relación obligatoria personal entre personas indeterminadas, también lo es entre persona y cosa que tengan el mismo carácter. En los derechos personales, en cambio, si bien las personas también son determinadas específicamente, puede no serlo el objeto sobre el cual recae indirectamente esta relación. Tal sería el caso de una obligación de género, que es, por lo demás, una institución universalmente reconocida. Por el contrario no se concibe un derecho real de género.

Estos principios han sido infringidos por el derecho francés al establecer como fuente de derechos reales el contrato.

Como hemos visto esta institución jurídica, atendida su naturaleza personal y privada, sólo puede producir efectos relativos. Sin embargo, en el derecho francés, desde que es fuente de derechos reales, produce efectos absolutos. Se comprende fácilmente que este sistema ha debido producir graves inconvenientes ya que despojaba al acto generador de derechos reales de toda publicidad. Ello se hizo sentir con mayor intensidad en los contratos traslaticios de dominio relativos a inmuebles, en los cuales la entrega efectiva del objeto rara vez sucede inmediatamente a la celebración del contrato. Ocurría así que era casi imposible determinar con certeza quién era el actual dueño de un inmueble, ya que los contratos traslaticios que respecto de ellos se celebraban no implicaban ninguna publicidad. Las dificultades fueron tan graves que el legislador francés en el año 1855, claudicando de los principios establecidos en el Código de Napoleón, promulgó una ley por la cual se estableció que, tratándose de bienes raíces, la traslación de su propiedad sólo produce efectos respecto de terceros desde el momento en que se inscribe el respectivo contrato en registro especial que al efecto se

Artículo: El contrato como modo de adquirir
Revista: Nº41-42, año X (Jul-Dic, 1942)
Autor: Bernardo Gesche Müller

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

creó. Resulta así la antinomia que si no se inscribe el contrato traslaticio de dominio, el adquirente es dueño del objeto sólo respecto de su tradente, pero no respecto de terceros. El contrato es entonces fuente del derecho de dominio, pero este derecho no adquiere su carácter real mientras no se le inscriba. Esta transferencia de los derechos reales que según los casos es de carácter absoluto o relativo, es sin duda alguna fuente de múltiples dificultades. Todas ellas quedarían de inmediato subsanadas con un sistema único como el nuestro, que rodeando la fuente del dominio, sea de muebles o inmuebles, de cierta publicidad, garantiza el derecho respectivo desde su nacimiento con igual fuerza tanto respecto de terceros como entre partes.

El sistema del derecho francés contradice también el otro principio fundamental en los derechos reales, cual es la especificación del objeto sobre el cual recae. Resultan inaplicables las disposiciones del Código de Napoleón relativas a la adquisición del dominio por el mero contrato, cuando éste versa sobre objetos determinados sólo en su género. En tal evento el comprador, si se trata de un contrato de compraventa, no puede hacerse dueño de cosa alguna por efecto de la convención, ya que los objetos que han de entrar en su patrimonio aun no se han determinado. Por lo demás los mismos comentadores del Código Francés lo han reconocido y observan que el mismo inconveniente se produce cuando las ventas con alternativas (*). Para salvar la doctrina han debido recurrir a sutilezas que precisamente se pretendían evitar respecto del derecho tradicional. Así Baudry Lacantinerie (*) sostiene que el traspaso de la propiedad es sólo un efecto mediato de la convención, en cuanto tal traspaso se realiza como un resultado de la ejecución de la obligación de entregar. Así la venta produce la obligación de entregar y el cumplimiento de esta obligación constituye en dueño al comprador. Esto es efectivo no sólo cuando la venta es de género, sino también cuando es de especie. En este último caso la ley estima que la obligación de transferir que nace del con-

(*) Baudry Lacantinerie: T. VII
(*) Baudry Lacantinerie: T. XII

Artículo: El contrato como modo de adquirir
Revista: Nº41-42, año X (Jul-Dic, 1942)
Autor: Bernardo Gesche Müller

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

trato se ha ejecutado con la sola celebración del mismo. Esta obligación nace y muere inmediatamente pues se estima cumplida por su nacimiento.

De lo dicho se desprende claramente que los comentadores del Código de Napoleón han recurrido a sutilezas para salvar los inconvenientes de sus sistemas, que hacen decir al legislador cosas que nunca ha dicho. Ya hemos visto, al copiar el artículo 1538 del citado cuerpo legal, que en él el contrato de compraventa transfiere el dominio "desde que se ha convenido en la cosa y en el precio, aunque la cosa no haya sido entregada ni el precio pagado". Con ello el Código Francés dice precisamente lo contrario de lo que dice Baudry Lacantinerie, pues sin distinguir entre ventas de especie o género, estatuye la transferencia del dominio sin el cumplimiento previo de la obligación de entregar contraída.

Por último el mismo Código traiciona sus principios en el artículo 1141. En él se reglamenta el caso de una especie que hubiere sido vendida a dos o más personas por contratos separados. Conforme al principio de que el contrato es también modo de adquirir, debió dar preferencia, en la situación que nos preocupa, a aquél cuyo título fuese más antiguo. Sin embargo, establece el mismo precepto consignado en el artículo 1817 de nuestro Código Civil al señalar que será preferido aquél a quien primero se hubiere entregado la cosa, independientemente de la fecha de los respectivos contratos.

De lo expuesto se deduce que el Derecho Francés con su innovación, lejos de simplificar las normas jurídicas tradicionales, sólo ha conseguido lo contrario. Su sistema, al hacer caso omiso de los principios fundamentales del derecho patrimonial, ha dado margen a múltiples dificultades que sólo han podido ser salvadas, y ello en forma parcial, gracias a la labor amplia y liberal por parte de los comentadores.

Nuestro derecho, en cambio, adoptando el sistema tradicional ha establecido un régimen sencillo y único. Establece como requisito de adquisición de la propiedad o cualquier otro derecho real, la existencia de un modo de adquirir. Este por su naturaleza reune los requisitos que pueden dar al

Artículo: El contrato como modo de adquirir
Revista: Nº41-42, año X (Jul-Dic, 1942)
Autor: Bernardo Gesche Müller

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

derecho real desde su nacimiento sus características propias de universalidad y especificación.

Sólo en una disposición aislada nuestro Código Civil se ha apartado de la doctrina tradicional. Ella es la del artículo 1550 que dice: "El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre a cargo del acreedor". La simple lectura de esta disposición recuerda vivamente el artículo 1138 del Código de Napoleón arriba transcrito. En él también se dice que los riesgos del objeto debido son de cargo del acreedor.

Esta disposición se justifica ampliamente en el derecho francés, ya que el acreedor, a virtud del contrato, es al mismo tiempo propietario del objeto. Se aplica así en toda su amplitud el principio que los riesgos son siempre de cargo del propietario de la cosa. En nuestro derecho en cambio, tal disposición es absurda, ya que el acreedor no es propietario de la cosa, por lo cual tampoco deben corresponderle los riesgos de ella, mientras no se efectúe la respectiva tradición.

Es indudable que este precepto ha quedado en la forma que lo hemos transcrito debido a un olvido del redactor del Código. Al apartarse del Código francés en lo relativo a la tradición, omitió hacerlo también en la reglamentación de los riesgos. Por lo demás en la reglamentación particular de los contratos, salvo el de compraventa, el legislador ha adoptado en toda su amplitud el principio que los riesgos sólo corresponden al propietario de la cosa y no a su acreedor.