

Informe de Investigación

TÍTULO: CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS REALES

Rama del Derecho: Derecho Civil	Descriptor: Derechos Reales
Palabras clave: Derechos Reales, Constitución, Adquisición ad non domino, nudo consenso.	
Fuentes: Doctrina y Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 10/06/2011

Índice de contenido de la Investigación

1. RESUMEN.....	1
2. DOCTRINA.....	1
a) Modos de adquisición del dominio en general.....	1
b) Adquisición, transmisión y pérdida de los derechos reales.....	10
3. JURISPRUDENCIA.....	14
a) Sistemas de adquisición.....	14
b) Sistema de nudo consenso.....	15
c) Primacía de los derechos reales.....	16
d) Primacía de anotación de embargo sobre traspaso.....	17

1. RESUMEN

El siguiente informe versa sobre la constitución y los modos de adquisición de los derechos reales a la luz de los presupuestos básicos del Derecho Civil. En este sentido, se incorpora una breve recopilación doctrinal sobre los distintos modos de adquisición, transmisión y pérdida de este tipo de derechos, conjuntamente con una serie de criterios esbozados por medio de distintos extractos jurisprudenciales.

2. DOCTRINA

a) Modos de adquisición del dominio en general

[ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. Y VODANOVIC, A.]¹

"191. a) Teoría que exige un título y un modo para la adquisición del dominio y los demás derechos reales. Por regla general, para adquirir un derecho personal basta el solo contrato o acto constitutivo. Así, por ejemplo, perfeccionado el contrato de compraventa, nace para el comprador el derecho de exigir al vendedor la tradición de la cosa. Pero tratándose de la adquisición y transmisión de los derechos reales, además del contrato o acto constitutivo es necesario, según la teoría tradicional, otro requisito, un modo de adquirir. Para que el comprador llegue a ser dueño de la cosa, no basta la celebración del contrato; es preciso también que el vendedor realice la tradición en favor del comprador.

La teoría tradicional, que tiene sus orígenes en el Derecho romano y que fue ampliada y desarrollada por los intérpretes de la Edad Media, exige para la adquisición y transmisión de los derechos reales un título o causa remota de adquisición y un modo de adquirir o causa próxima de la misma. Y, desde este punto de vista, el título es el hecho que da posibilidad o vocación para adquirir el dominio u otro derecho real; y el modo de adquirir es el hecho idóneo para producir en concreto la adquisición del derecho a favor de una persona. El comprador, por ejemplo, llega a ser dueño de la cosa comprada en virtud del contrato (título) y de la tradición de esa cosa que le hace el vendedor dueño (modo de adquirir); el mero contrato sólo da al comprador la posibilidad para adquirir el dominio, pero esa posibilidad se actualiza merced al modo de adquirir llamado tradición.

192. b) Teorías que rechazan la distinción entre el título y el modo de adquirir. I. Una teoría sostiene que para adquirir los derechos reales basta con el título; el modo es innecesario o, al menos, se le considera implícito en aquél. El Código Civil francés sigue esta tendencia, y establece que la propiedad se transfiere y adquiere por el solo efecto de la convención; en otros términos, las voluntades concordantes de transferir y de adquirir la propiedad son suficientes para hacer propietario al adquirente (arts. 711, 1138, 1583). La tradición pierde su calidad de modo de adquirir; representa sólo la ejecución de la obligación del vendedor de poner la cosa a disposición del comprador.

Como se comprenderá, el sistema francés no protege a los terceros; de ahí que sólo reciba una aplicación plena en cuanto a las partes contratantes, y sufra atenuaciones más o menos intensas respecto de terceros. Así, diversas normas complementarias del Código Civil (ley de 23 de marzo de 1855, decreto ley de 30



de octubre de 1935, decreto de 4 de enero de 1955), imponen un sistema de publicidad relacionado con numerosos actos y que hoy, en principio, consiste en depositar en el Conservador de Hipotecas una copia del acto de que se trate, hecha según fórmulas preestablecidas. Si la publicidad no se realiza, el acto es válido y eficaz entre las partes, pero inoponible a ciertos terceros. Hay otros actos en que la falta de publicidad no envuelve la inoponibilidad, sino una indemnización de daños y perjuicios al tercero perjudicado.

II. Otra teoría estima necesario cortar el lazo entre el modo de adquirir y el título; hay que independizar, para los efectos de la transferencia de los derechos reales, el modo de adquirir del título. Lo que interesa para la adquisición y transferencia de esos derechos es sólo el modo, que se desdobra en dos momentos: el acuerdo real y la propia tradición o inscripción.

El acuerdo real (Einigung, en alemán) es el acuerdo entre el enajenante y el adquirente para provocar la transmisión del derecho real. Trátase de un acto abstracto porque en todos los casos sólo encierra la voluntad conforme de ambas partes de que se realice la transmisión, y la declaración es independiente del título, causa o contrato en virtud del cual se hace ella. Por consiguiente, si el negocio causal del acuerdo real y abstracto es, por ejemplo, una compraventa nula, tal nulidad del título o negocio causal no afecta al acuerdo real: éste queda a firme si se perfeccionó legalmente.

Para que opere la adquisición y transferencia del derecho real es necesaria, además del acuerdo real, la entrega, si se trata de muebles, y la inscripción en el Registro de Fincas, si se trata de inmuebles.

Como se ha observado, este sistema del Código alemán difiere radicalmente de la teoría tradicional del título y el modo de adquirir, pues, según ésta, la adquisición del derecho real tiene su base en el título o causa obligatoria que la motiva; y de acuerdo con el Código alemán, por el contrario, el título o negocio causal (la compraventa, por ejemplo) carece de trascendencia en la adquisición y pérdida de los derechos reales.

La ventaja del sistema se traduce en una eficaz protección de los terceros. Si el título o negocio causal se declara nulo, no por eso la enajenación deja de surtir efecto; y la parte en cuyo favor se declara la nulidad sólo puede hacer valer la acción de enriquecimiento sin causa.

193. Corriente que tiende a mantener la teoría del título y el modo de adquirir. En muchos países, al igual que en Chile, se mantiene con gran fuerza la teoría del título y el modo de adquirir. En una u otra forma la consagran los Derechos de Austria, Holanda y Suiza. En estos regímenes, tratándose de bienes raíces, el modo es sustituido por la inscripción o, como en el nuestro, se estima realizado por ella. Buena parte de la doctrina contemporánea valora ésta como la solución mejor.

Empero muchos Códigos modernos, como el italiano de 1942, adhieren al sistema de Código Civil francés.

194. Enumeración de los modos de adquirir. El artículo 588 de nuestro Código, que no es una disposición taxativa, enumera los siguientes modos de adquirir:

1) La ocupación, por la cual se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas, o por el Derecho Internacional (art. 606).

2) La accesión, que según la definición legal "es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella" (art. 643).

3) La tradición, modo de adquirir el dominio de las cosas que "consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad o intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo" (art. 670).

4) La sucesión por causa de muerte, que es un modo de adquirir el dominio de los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por una persona (art. 951).

5) La prescripción adquisitiva, que es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas por haberlas poseído durante cierto lapso, y concurriendo los demás requisitos legales (art. 2492).

6) Debe agregarse a la enumeración anterior la ley, que en ciertos casos sirve de modo de adquirir. Así, por ejemplo, el usufructo legal del padre sobre los bienes del hijo, y el del marido sobre los bienes de la mujer, se adquieren por ley. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que una ley de expropiación sirve de título y modo de adquirir el bien expropiado.¹

195. Clasificación de los modos de adquirir. Pueden hacerse varias, según sea el punto de vista que se tome como base. Nosotros nos referiremos a las siguientes:

1) Modos de adquirir originarios y derivativos;

2) A título universal y a título singular;

3) A título gratuito y a título oneroso, y

4) Modos de adquirir por actos entre vivos y por actos de última voluntad.

196. 1) Originarios y derivativos. El modo de adquirir es originario cuando hace adquirir la propiedad independientemente de un derecho anterior de cualquiera otra persona (la ocupación, la accesión y la prescripción). Si bien la cosa, en este último caso, pertenecía anteriormente a otro dueño, éste la perdió por prescripción adquisitiva del tercero, el prescribiente, y automáticamente cesa el dominio antiguo, naciendo el nuevo sin relación con el primero.



El modo de adquirir es derivativo cuando hace adquirir una propiedad fundado en un precedente derecho que tenía otra persona. Ejemplos: la tradición y la sucesión por causa de muerte.

Tiene importancia distinguir entre un modo de adquirir y otro porque cuando es originario, para medir el alcance del derecho que se adquiere, hay que atender al titular, y nada más. Si yo adquiere por ocupación, se mira sólo mi acto de ocupación. En el caso de los modos de adquirir derivativos, para determinar el alcance, la fuerza, la perfección del modo, hay que considerar también si el derecho existía realmente en manos del que lo transfiere o transmite y en qué condiciones lo tenía, porque nadie puede transferir o transmitir más derechos que los que tiene. De aquí que en la tradición, si el tradente no es dueño, no transfiere el dominio; y si la cosa está hipotecada, también pasa con la hipoteca; y el difunto no transmite a los herederos sino los derechos que tiene.

197. 2) Modos de adquirir a título universal y a título singular. En cuanto a la individualización de los bienes que se adquieren, los modos de adquirir pueden ser: a título universal y a título singular.

Es a título universal el modo por el cual se adquiere la universalidad de los bienes de una persona o una parte alícuota de ella. Es a título singular el modo por el cual se adquieren bienes determinados.

En otras palabras, el modo de adquirir a título universal hace adquirir a una persona todo el patrimonio de otra o una cuota-parte (representada por una fracción) de este patrimonio; el modo a título singular o particular hace adquirir determinado bien, determinado derecho, o determinados bienes o determinados derechos.

Respecto de esta clasificación, podemos observar lo siguiente:

- a) Hay dos modos que siempre son a título singular: la accesión y la ocupación;
- b) Hay un modo que indistintamente puede ser a título universal o a título singular: la sucesión por causa de muerte;
- c) Hay dos modos que por regla general son a título singular: la tradición y la prescripción, salvo que se trate de la cesión o prescripción de una herencia, casos en que son a título universal.

198. 3) Modos de adquirir a título gratuito y a título oneroso. Según el sacrificio pecuniario que importen, los modos de adquirir son a título gratuito o a título oneroso.

El modo de adquirir es a título gratuito cuando el que adquiere el dominio no hace sacrificio pecuniario alguno. Ejemplo: la ocupación.



Es a título oneroso cuando al adquirente la adquisición del dominio le significa un sacrificio pecuniario. La tradición, por ende, puede ser tanto a título gratuito como a título oneroso. La sucesión por causa de muerte y la prescripción son siempre a título gratuito.

199. 4) Modos de adquirir entre vivos y por causa de muerte. Modo de adquirir por causa de muerte es el que para operar presupone el fallecimiento de la persona de la cual se deriva el derecho. No basta, pues, que un derecho esté subordinado a la muerte de una persona; es necesario, además, que el derecho que se adquiere derive de la persona difunta, que a ella le haya pertenecido. Por eso el derecho del beneficiario de un seguro de vida de cobrar el seguro, la indemnización, a la muerte del asegurado, no es un derecho que se adquiere por sucesión por causa de muerte, ya que ese derecho es del beneficiario mismo; no lo tenía el difunto y mal podía transmitirlo; su muerte dentro de la vigencia del contrato de seguro es sólo la condición para que el beneficiario adquiriera el derecho de cobrar el seguro.

Por la sucesión por causa de muerte una o más personas vivas adquieren el patrimonio dejado por una fallecida, o una cuota del mismo (la mitad, tercio o quinto), o una o más especies o cuerpos ciertos (tal caballo, tal casa), o unas o más especies indeterminadas de cierto género (un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo) que formaban parte del patrimonio dejado por el difunto (C. Civil, arts. 588 y 951).

Modos de adquirir entre vivos son los que para operar la adquisición de un derecho presuponen la existencia de la persona de la cual otra deriva su derecho, o no presuponen ni la existencia ni la muerte de otra persona de la cual se derive el derecho, porque éste se adquiere originariamente, es decir, nace en la persona de su titular. Modos de adquirir entre vivos de carácter derivativo es la tradición, y modos de adquirir entre vivos de carácter originario son la ocupación, la accesión y la prescripción.

200. Mediante los modos de adquirir se puede adquirir todo clase de derechos y no sólo el de dominio. A pesar de que el artículo 588 está ubicado en el Título correspondiente al derecho de dominio, debe advertirse que los modos de adquirir también sirven para adquirir otros derechos reales, y aun derechos personales.

Hay algunos modos que sirven para adquirir cualquier derecho real o personal, como ser el dominio, el usufructo, servidumbre, créditos, etc.; tales modos son la tradición y la sucesión por causa de muerte.

Dentro de los derechos reales, hay modos que se aplican a todos y otros que se aplican sólo a algunos determinados. Por ejemplo: la accesión y la ocupación son modos que se aplican sólo al dominio. La prescripción sirve para adquirir todos los derechos reales, menos las servidumbres discontinuas e inaparentes.



201. Se puede adquirir un derecho sólo por un modo de adquirir. Se comete una falta de lógica cuando se dice que una persona adquiere un derecho por dos modos de adquirir; porque cuando opera un modo, no opera otro. Así, se adquiere por prescripción o por herencia; pero no por prescripción y herencia a la vez.

Diversas sentencias de la Corte Suprema y de Cortes de Apelaciones han declarado que "si bien se puede poseer una cosa por varios títulos, el dominio se adquiere por uno solo y, en consecuencia, basta un modo de adquirir; no pueden concurrir varios respecto de unos mismos bienes. No puede pretenderse que se reúnan dos títulos, como venta y prescripción, y dos modos de adquirir, tradición y prescripción, relativamente a un mismo bien. Y así, para adquirir las cosas heredadas o legadas, es suficiente la sucesión por causa de muerte; la tradición no es necesaria.²

202. La tradición, para que opere, requiere un título. Para adquirir el dominio cuando opera la tradición, se requiere que haya también un título traslativo de dominio. Desde este punto de vista, puede decirse que el título es la causa que habilita para adquirir el dominio, la causa remota de la adquisición del dominio. Y en este caso se requiere un título, por las siguientes razones:

1) Porque así lo dice expresamente el artículo 675: "Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc."

El título es traslativo de dominio cuando sirve para traspasarlo. Ejemplos: la compraventa, la permuta, la donación, el aporte en propiedad que hace el socio a la sociedad, la transacción cuando recae sobre el objeto no disputado, de acuerdo con el artículo 703 del Código Civil.

2) Porque, según el criterio de nuestro Código, siguiendo al Derecho romano, de los contratos sólo nacen derechos personales y jamás derechos reales; en consecuencia, para adquirir el dominio se requiere la existencia de un modo de adquirir, que en el caso del contrato es la tradición. Por ejemplo, si yo compro una casa a Pedro, por el contrato de compraventa no me hago dueño de la casa; solamente adquiere un derecho personal para exigirle a Pedro que me entregue la casa. Y cuando Pedro me hace entrega de ella, cuando ésta es inscrita en el Conservador de Bienes Raíces, sólo entonces adquiere la casa y me transformo en dueño de ella. Sólo paso a ser dueño a virtud del modo de adquirir. Por eso suele expresarse que en muchos casos los derechos personales no son sino los reales en formación.

De aquí que sea preferible decir: no es la tradición propiamente la que exige un título, sino que éste requiere de la tradición.

Hemos visto en otro lugar los criterios al respecto de las legislaciones francesa y

alemana.

203. ¿Todos los modos de adquirir necesitan de título? Opiniones. Algunos, como Arturo Alessandri Rodríguez, enseñan que, de acuerdo con el sistema chileno, el requisito del título debe aplicarse a todos los modos de adquirir que enumera el artículo 588. Así, se dice que en los casos de la ocupación, accesión y prescripción, el título se confunde con el modo de adquirir. Y tratándose de la sucesión por causa de muerte, el título puede ser: o bien el testamento, en el caso de la sucesión testamentaria, o bien la ley, en el caso de la sucesión abintestato.

"Es verdad -afirma el profesor Alessandri- que no hay en todo el Código Civil ninguna disposición que tal cosa diga; pero no era necesario que lo dijera expresamente, porque de muchas de sus disposiciones y de la combinación de ellas resulta la doctrina aquí expuesta. Así se desprende de los artículos 588, 675, 702, 703 y 704. El artículo 588 se limita a enumerar los modos de adquirir la propiedad; el artículo 675, contenido en el título de la tradición, dice que para que ésta valga se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc. Los artículos 702, 703 y 704, contenidos en el Título "De la posesión", hablan de justo título, clasifican los títulos y terminan diciendo cuáles títulos son justos y cuáles no lo son".

Los profesores Guillermo Correa Fuenzalida, Manuel Somarriva y otros piensan que sólo hay necesidad de título en la tradición, y que la opinión contraria ha querido generalizar, ampliando lo que sólo se aplica a un modo de adquirir, la tradición. Los argumentos de estos últimos se reducen a los que en seguida se reseñan:

1) El artículo 588 sólo habla de modos de adquirir el dominio y para nada de títulos. De esto se deduce que basta con la existencia del modo de adquirir. En la tradición el artículo 675 exige título traslativo de dominio en forma excepcional; y ya observábamos que más propio es decir que al título traslativo de dominio debe seguir la tradición, que a la tradición debe preceder un título traslativo de dominio: porque el contrato por sí solo no tiene la virtud de transferir el dominio y, por esto, viene en su auxilio la tradición, que es un modo de adquirir. En cambio, si examinamos el Libro III, que habla de la sucesión por causa de muerte, veremos que en parte alguna se exige el título. Y si estudiamos la parte referente a la ocupación, accesión y prescripción, observaremos lo mismo. Por lo tanto, la opinión que no exige título en los otros modos de adquirir que no sean la tradición, estaría de acuerdo con la legislación.

2) Cada vez que en ciencia jurídica se imponen tales o cuales requisitos o condiciones para que valga un acto jurídico, para que produzca sus efectos, es porque el legislador, la jurisprudencia o los tratadistas se ponen en el caso de que puedan faltar los mencionados requisitos. Así, por ejemplo, para que la

compraventa sea válida, se requiere que haya cosa y precio, y cuando se trata de bienes raíces, se requiere además escritura pública. De lo dicho se desprende que en el ejemplo propuesto, en un momento dado, puede faltar la escritura pública, el precio o la cosa vendida. Ahora bien, con respecto al título, tenemos que en los casos de la ocupación, accesión, prescripción y sucesión por causa de muerte, jamás puede no haber título, ya que, según la afirmación de la opinión contraria, en los tres primeros casos se confunde con el modo de adquirir y, respecto de la sucesión por causa de muerte, se argumenta por esta tendencia que el título puede ser el testamento o la ley, según que la sucesión sea testamentaria o abintestato.

Pero a esta argumentación se le pueden hacer las siguientes observaciones: a) en ninguna parte así lo dice el legislador, siendo esto una mera creación de los tratadistas; b) cuando se exige un requisito para la validez de un acto, como decíamos, se está indicando con ello que el legislador lo exige, porque puede faltar o no; y si falta, el acto no produce efectos. Pues bien, en el caso del seudotítulo de la sucesión por causa de muerte, jamás puede faltar el título, porque, o se sucede por testamento o por la ley; de lo contrario, no se sucede.

3) Tratándose de la sucesión por causa de muerte, se puede suceder a una persona parte abintestato y parte testamentariamente. Luego, si se aceptara la opinión combatida, tendríamos el absurdo de que una persona sucedería a dos títulos, lo cual es errado, porque no pueden concurrir dos títulos en la adquisición del dominio respecto de una misma cosa.

4) La doctrina que exige como requisito general el título es incompleta; nada dice del modo de adquirir denominado ley, y ni siquiera se pronuncia acerca de cuál sería el título en este caso.

5) Si bien es efectivo que el artículo 703 dice que el justo título puede ser constitutivo o traslativo de dominio, y agrega que son constitutivos la ocupación, la accesión y la prescripción, esa disposición se refiere al justo título que se necesita en la posesión regular.

"El artículo 703 se refiere al justo título, y éste es necesario para ser poseedor regular de la cosa. Para adquirir el dominio por tradición se requieren un título y un modo de adquirir, sin que se pueda entrar a estudiar si el título es justo o no. El título debe ser válido, dice el artículo 675; no emplea la expresión justo, que está dedicada exclusivamente a la posesión.

Estos títulos constitutivos de dominio juegan ese rol solamente en la posesión (art. 703), pues tratándose del dominio no son títulos sino modos de adquirirlo. De manera que si se pretende confundir esa doble función, diversa en el dominio y en la posesión, tendríamos que el poseedor regular sería siempre dueño, cuando los invocara como antecedente de su posesión.

Si los modos de adquirir el dominio, considerados en ese carácter, fueran justos títulos para poseer, el legislador habría señalado entre los justos títulos la tradición, lo que no es exacto, pues la tradición debe agregarse al justo título si éste es traslativo de dominio (art. 702).

En conclusión, dicen los partidarios de la opinión de que el título sólo es necesario en la tradición, los títulos constitutivos de dominio tienen este carácter en la posesión. No se les considera como modos de adquirir el dominio sino como antecedente que justifica, regulariza la posesión, pues si el poseedor alega y prueba como causa de su posesión la ocupación o la accesión y prueba que se han producido los hechos constitutivos de estos modos de adquirir, el legislador entiende, lógicamente, que tal vez se ha generado el dominio a favor del poseedor, y aunque es posible que esto no haya ocurrido, todas las probabilidades están en favor de aquél. Si efectivamente se generó el dominio, estos títulos no es que habiliten para poseer, sino que son los modos por los cuales se ha adquirido el dominio de la cosa. Y si el que la adquirió por ocupación o por accesión la posee, es porque es dueño y lo es porque la adquirió por alguno de esos modos."

b) Adquisición, transmisión y pérdida de los derechos reales

[PAPAÑO, R. J., et al.]²

"En la breve parte general dedicada a los derechos reales (Libro III, Tít. IV), traía el Código una única disposición referida a este tema. Se trataba de la primitiva redacción del art. 2505, que disponía: "Los derechos reales se adquieren y se pierden, según las disposiciones de este Código, relativas a los hechos o a los actos, por medio de los cuales se hace la adquisición, o se causa la pérdida de ellos".

A diferencia de su principal modelo -Freitas-, el codificador desiste de establecer causas generales de adquisición y pérdida de los derechos reales, y la razón de esto debe hallársela en la nota al artículo transcrito, donde siguiendo a Maynz dice que tal empeño resultaría inútil y que "mejor será que al tratar de cada uno de los derechos reales, se disponga sobre el modo de adquirirlos, y las causas por que se pierden".

Sin embargo, inaugurando el Capítulo VI del Título X ("De la extinción del usufructo y de sus efectos") se halla el art. 2918, que luego de referirse a la revocación del acto constitutivo y a la resolución de los derechos del constituyente, dispone que el usufructo también se extingue "por las causas generales de extinción de los derechos reales". Esta referencia, inspirada en el Esbozo, desentona en el Código y cae en el vacío, atento a lo que preceptuaba el texto original del art. 2505 y los motivos expuestos en su nota.

a) Transmisión por actos entre vivos y por causa de muerte. No obstante la trascendencia metodológica que implicaba la postura asumida por Vélez Sársfield al no legislar causas generales de adquisición y pérdida de los derechos reales, es innegable que en el Código hay normas de carácter general que tienen importante y especial relación con el tema.

Así, en el Libro II, Sección I, Título VII, Capítulo I ("De las obligaciones de dar cosas ciertas"), el art. 577 dice: "Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real". En la nota, transcribiendo un párrafo de Frey-tas que la inspiró en su totalidad, se dice que "el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que esos signos deben ser tan visibles y tan públicos cuanto sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce"⁵⁴.

Este fundamental artículo tiene correlatos en otras partes del Código. El art. 2601 (Libro III, Tít. V, Cap. IV, "De la tradición traslativa de dominio") exige capacidad para enajenar en el tradens y de adquirir en el accipiens. A su vez, el art. 3265 (Libro IV, Título preliminar, "De la transmisión de los derechos en general") dispone que "todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición, con excepción de lo que se dispone respecto a las sucesiones".

La tradición es constitutiva del derecho real. Este requisito de raigambre romanista constituye un principio con muy pocas excepciones en el Código Civil: la traditio brevi manu (art. 2387) y el constituto possessorio (art. 2462, inc. 3o).

En cuanto a los derechos reales que no se ejercen por la posesión -servidumbres activas e hipoteca-, tal requisito no es exigible por razones obvias. Sin embargo, respecto de las servidumbres, el art. 2977 dice que "el uso que el propietario de la heredad a quien la servidumbre es concedida haga de ese derecho, tiene lugar de tradición".

En lo que se refiere a la transmisión por causa de muerte, como vimos, la parte final del art. 3265 excluye la necesidad de la tradición.

Coincidentemente, el art. 2373 (Libro III, Tít. II, Cap. I, "De la adquisición de la posesión"), luego de establecer: "La posesión se adquiere por la aprehensión de la cosa con la intención de tenerla como suya", finaliza expresando: "salvo lo dispuesto sobre la adquisición de las cosas por sucesión".

El sistema transmisivo por causa de muerte no requiere de la "toma de posesión" concreta y material por parte del adquirente. Aquí se deja a un lado el criterio tradicionalista y se adhiere al derecho francés (ver notas a los arts. 3417 y 3418). Las normas básicas al respecto son el art. 3282: "La sucesión o el derecho

hereditario, se abre tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias, desde de la muerte del autor de la sucesión, o por la presunción de muerte en los casos prescriptos por la ley"] y el art. 3418: "El heredero sucede no sólo en la propiedad sino también en la posesión del difunto. La posesión que éste tenía se le transfiere con todas sus ventajas y sus vicios. El heredero puede ejercer las acciones posesorias del difunto, aun antes de haber tomado de hecho posesión de los objetos hereditarios, sin estar obligado a dar otras pruebas que las que se podrían exigir al difunto".

Cuando el Código en los arts. 3410, 3412, 3414, 3415 y 3417 (Libro IV, Secc. I, Título IV, Cap. I, "Derechos del heredero") hace permanente referencia a la "posesión de la herencia", no se está refiriendo a la posesión en el sentido que nos interesa, esto es, al concepto del art. 2351, sino a la investidura del carácter de heredero (saisine del derecho francés). Esta investidura la obtienen los herederos mencionados en el art. 3410 (ascendientes, descendientes y cónyuge) "desde el día de la muerte del autor de la sucesión sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignorase la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia".

Los restantes herederos (arts. 3412 y 3413) deben pedirla a los jueces y la obtienen mediante el dictado de la declaratoria o el auto aprobatorio del testamento, según sea el caso de sucesiones intestadas o testamentarias.

b) La concepción del título y del modo. Cuando diferenciamos los derechos reales de los personales, dijimos que el objeto de estos últimos es una prestación, la conducta del deudor, en definitiva, es un hecho.

Ahora nos vamos a referir a los hechos desde otro ángulo, no ya como objeto de un derecho personal sino como fuente o causa de los derechos en general (Libro II, Secc. II). La tradición, acto jurídico real, implica la materialidad de la entrega de la cosa, el desplazamiento de ésta desde el tradens hacia el accipiens. Si bien es necesaria para la transmisión del derecho real, como antes dijimos, no es suficiente para ocasionarla.

Consecuentemente, el art. 577, por su ubicación en el Código, está presuponiendo la existencia de una obligación de dar cosas ciertas, y esta obligación reconocerá como fuente un acto jurídico previo del cual derive. El art. 2602 dice: "La tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio", y el art. 3265 establece: "Todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición".

Sin perjuicio del desarrollo que se hará de este tema al examinar la tradición traslativa de dominio entre los modos de adquirir dicho derecho real, dejamos



expuesto el siguiente concepto de título suficiente, que unido al modo (la tradición) producirá la adquisición derivada del derecho real.

Título suficiente es un acto jurídico (art. 944, son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos) cuya finalidad consiste en la transmisión de un derecho real propio del disponente capaz y legitimado al efecto (art. 3270, nadie puede transmitir más derechos que los propios; arts. 2603 y 2601, capacidad para enajenar) al adquirente también capaz (art. 2601, capacidad de adquirir), formalizado conforme a los requerimientos legales para alcanzar el fin previsto (en materia de inmuebles, escritura pública -art. 1184, inc. lo-).

Según el concepto recién expresado, quedan descartados como título suficiente todos los actos jurídicos a los cuales no se les reconoce idoneidad para ocasionar la transmisión de un derecho real (p.ej., locación, mandato, depósito) o a los que, teniéndola, en principio, no están revestidos de las formalidades exigidas a tal propósito (v.gr., contrato de compraventa formalizado en instrumento privado).

La ley 17.711 sustituyó el art. 2505 por el siguiente: "La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas".

Un estudio más detenido sobre esta cuestión se efectuará en el capítulo referente a la publicidad (ver § 330 a 333). Por ahora, basta decir que la inscripción del título no ha sustituido a la tradición como modo constitutivo de los derechos reales, la que permanece con toda su vigencia.

El derecho real se forma con título y modo fuera del registro. La inscripción del título sólo le otorga oponibilidad frente a terceros interesados de buena fe. Las dudas que existieron acerca de la función que debía cumplir la inscripción registral, en atención a una no muy feliz redacción del art. 2505, quedaron disipadas por el art. 2o de la ley nacional de registros de la propiedad 17.801, donde expresamente se le atribuye la de la oponibilidad.

c) Convalidación. Concepto. Con esta denominación se alude a un acto jurídico inicialmente ineficaz, el cual, por un acontecimiento posterior a su celebración, se convierte en válido con efecto retroactivo al tiempo de su otorgamiento para el cumplimiento de todos los efectos previstos para él.

En materia de derechos reales en particular, su sistema transmisivo reposa sobre el principio del art. 3270: "Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede

adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere".

Sin embargo, una transmisión inválida en los términos de la norma recién transcrita, puede llegar a convertirse en eficaz con efecto retroactivo en virtud de otro principio, legislado en el art. 2504 (Libro III, Tít. IV).

1) Criterio general. Dice el mencionado art. 2504: "Si el que transmitió o constituyó un derecho real que no tenía derecho a transmitir o constituir, lo adquiriese después, entiéndese que transmitió o constituyó un derecho real verdadero como si lo hubiera tenido al tiempo de la transmisión o constitución".

2) Excepción. Este principio rige para todos los derechos reales, salvo para la hipoteca, que constituye expresa excepción a él, según resulta del juego de los arts. 3119 y 3126.

Por la primera de las normas mencionadas, se exige la propiedad de la cosa en cabeza de quien constituye el derecho real de hipoteca, en tanto que el art. 3126 agrega: "La hipoteca constituida sobre un inmueble ajeno no será válida ni por la adquisición que el constituyente hiciera ulteriormente, ni por la circunstancia que aquel a quien el inmueble pertenece viniese a suceder al constituyente a título universal".

Las razones de esta disposición las expone el codificador en la nota al artículo. Dice que al faltar la condición esencial de la propiedad de la cosa en el constituyente, "falta la materia para la imposición del gravamen, y se encuentra el acto con un vicio real y sustancial que no pueden hacer desaparecer las circunstancias indicadas. Por otra parte, si de algún modo pudiera valer la hipoteca de una propiedad ajena, tendríamos una hipoteca de bienes futuros".

3) Crítica. Como bien apunta Mariani de Vidal⁵⁵, las razones indicadas en la nota al art. 3126 son válidas para todos los derechos reales, y no privativas de la hipoteca. Consecuentemente, el instituto de la convalidación, en orden a esas ideas, debió ser desechado en todos los casos. Admitiéndose la convalidación, como lo hace el art. 2504, debió serlo sin excepciones.

Agregamos nosotros que las objeciones planteadas por Vé-lez Sársfield se refieren a la especialidad del objeto, carácter que si bien en la hipoteca adquiere particular trascendencia, rige por igual a todos los derechos reales.

Creemos también que el codificador olvida que un acto otorgado por quien no tenía derecho a transmitir o constituir un derecho real, en la gran mayoría de los casos será un acto anulable, con lo cual no se quebranta ningún principio, puesto que no se otorga validez. Sólo en el supuesto de que al tiempo de producirse la ulterior adquisición por el constituyente, el acto original no hubiera sido anulado, operará el instituto de la convalidación, claro que con efecto declarativo o



retroactivo, especialmente establecido para proteger derechos de terceros."

3. JURISPRUDENCIA

a) Sistemas de adquisición

[SALA PRIMERA]³

"V.- Existen diferentes fuentes de los derechos reales. Están constituidas por los hechos idóneos autorizados por el ordenamiento jurídico para generar su nacimiento o constitución. Su efecto inmediato será la unión personal al nuevo titular. Como el derecho real puede o no existir en un momento determinado, nacimiento, constitución o adquisición de éste son conceptos distintos. Por ello hay diferentes sistemas de adquisición de los derechos reales, e igualmente distintos modos de adquirirlos. Los sistemas más conocidos son el francés, seguido también en Costa Rica, del nudo consensu, cuya exigencia para la transmisión de los derechos reales se concreta al consentimiento de las partes, sin exigirse la tradición; también está el sistema alemán, donde los derechos sobre muebles se adquieren por la simple tradición sin exigirse el contrato, y en los inmuebles por la tradición y la inscripción registral; y el sistema del título y modo de España, donde se requiere acuerdo y entrega. En todos ellos juega un papel diferente la causalidad, la tradición y la inscripción. Distintos son los modos de adquirir los derechos reales, pues éstos sí son los hechos jurídicos a los cuales una norma le atribuye el efecto para producir esa adquisición, siendo estos hechos de diferente naturaleza: pueden ser naturales (como en el caso del aluvión), actos jurídicos e incluso negocios jurídicos. El costarricense se inscribe dentro del sistema del nudo consensu pues el Código Civil admite la adquisición, independientemente de si exista o no tradición o inscripción en el Registro Público, por el simple hecho del convenio (artículo 480), pero autoriza también como forma de adquirir los derechos reales, además del convenio, la ocupación, la accesión, la herencia o el legado, la prescripción (artículo 484), y cualquiera otro cuya inscripción pueda verificarse en el Registro Público (artículo 459 inciso 2), bajo el criterio de numerus apertus."

b) Sistema de nudo consensu

[SALA PRIMERA]⁴

"[...] en Costa Rica -igual como en el Derecho Francés- se sigue el sistema del "nudo consensu", según el cual los derechos reales se adquieren, extinguen, pierden y, en general, sufren cualquier cambio en su ciclo de vida, por el simple hecho del convenio entre las partes independientemente de la inscripción registral

o la tradición; así lo establece el artículo 480 del Código Civil: "La propiedad de muebles e inmuebles se transmite con relación a las partes contratantes por el solo hecho del convenio que tenga por objeto transmitirla, independientemente de su inscripción en el Registro y de la tradición"; esto es así porque solo será necesaria la inscripción registral para darle publicidad y para que surtan efecto frente a terceros, a los negocios verificados entre las partes; así es como deben entenderse el artículo 267 del mismo cuerpo de leyes, pues si bien éste establece que "Para que la propiedad sobre inmuebles surta todos los efectos legales, es necesario que se halle debidamente inscrita en el Registro General de la Propiedad". Pero ello es respecto de terceros porque entre las partes surte única y exclusivamente con base en el convenio, y no se requiere inscripción."

c) Primacía de los derechos reales

[SALA PRIMERA]⁵

"III.- El Registro Público de la Propiedad tiene como fin fundamental la inscripción, seguridad y publicidad de los derechos reales. En este sentido todo lo relativo al nacimiento, vicisitudes y extinción de éstos además de ser trascendente para su titular, adquiere gran relevancia en cuanto a los terceros, quienes solo por la publicidad registral tienen acceso al conocimiento de la situación exacta de esos derechos, tanto en cuanto puedan confluir con otros derechos reales como respecto de las incidencias de los derechos personales sobre ellos. Los problemas surgidos entre diferentes derechos reales, o de derechos personales sobre éstos encuentran su regulación en el Código Civil en los numerales 455, 456 y 457, señalando la jurisprudencia lineamientos muy claros respecto de estas normas, sobre todo luego de la reforma al artículo 455 operada en virtud de la Ley N° 2928 del 5 de diciembre de 1961 (Sentencia de Casación N° 95 de las 15 horas 45 minutos del 7 de agosto de 1968). Esto es así porque la jurisprudencia antes de la reforma señalada (entre la sentencia de las 15 horas y 30 minutos del 30 de abril de 1904 hasta la de las 10 horas y 30 minutos del 26 de agosto de 1947) le dio el carácter de tercero no solo al nuevo adquirente del derecho real sino también al acreedor personal o quirografario, señalándose luego de la reforma criterios más claros según los cuales el anotante de un embargo por crédito personal no debe tenerse como tercero, además de que el traspaso de un derecho real no presentado al Registro antes de la anotación de un embargo por crédito personal contra el traspasante mantiene su validez sin perjuicio para el adquirente, si éste dentro de los tres meses siguientes al otorgamiento de la escritura del traspaso la presenta al Registro, y, finalmente, si la escritura de un traspaso de un derecho real, en que se haya anotado un embargo por crédito personal, se presenta pasados tres meses desde su otorgamiento, solo prevalecerá contra dicha anotación, si en juicio ordinario el adquirente del derecho real demuestra que el

traspaso fue cierto y no simulado, juicio que deberá presentarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la presentación de la escritura (Sentencia de Casación N° 95 de las 15 horas 45 minutos del 7 de agosto de 1968). Por su parte en la confluencia de derechos reales y derechos personales naturalmente ha de imperar el principio de primero en tiempo primero en derecho, de donde aun cuando una escritura pública hubiere sido otorgada mucho antes de una posterior, pero no presentada al Registro, tendrá prioridad aquella presentada primero, esto se desprende de la misma norma inalterada del primer párrafo del artículo 455 del Código Civil, sobre el cual no hubo reforma legislativa, y es la regla admitida en forma reiterada por la jurisprudencia. No obstante lo anterior, el ordenamiento jurídico no pretende darle mayor validez al Registro respecto de cualquier acto nulo o anulable presentado con anterioridad para su inscripción en el Registro, y mucho menos convalidarlo, de donde la parte tiene abierto el camino para que se declare uno u otro de los vicios señalados, solo que cuando los actos o contratos fueren ejecutados por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán respecto de tercero, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título no inscrito o de causas implícitas o de causas que aunque explícitas no consten en el Registro (Artículo 456 del Código Civil). Y se indica que el ordenamiento jurídico no pretende darle mayor validez al Registro respecto de cualquier acto pues si bien impera la regla de que las acciones de rescisión o resolución no se aplicarán al tercero que haya inscrito su derecho, esta regla tiene dos excepciones: la primera tiene un origen consensual, pues si las partes lo han estipulado y consta en el Registro la acción de rescisión o resolución perjudica al tercero, y, la otra, cuando las partes han impulsado la creación de actos o contratos en fraude de acreedores, en este caso opera la rescisión o resolución cuando la segunda enajenación ha sido hecha por título lucrativo, o cuando el tercero haya tenido conocimiento del fraude (Artículo 457 del mismo Código)."

d) Primacía de anotación de embargo sobre traspaso

[SALA PRIMERA]⁶

"III.- Conviene, para una mejor inteligencia de lo que enseguida se dirá, transcribir algunos criterios, pertinentes al caso, expuestos en la sentencia de esta Sala número 60, de las 15 horas del 24 de abril de 1991, que así reza: "III. El Registro Público de la Propiedad tiene como fin fundamental la inscripción, seguridad y publicidad de los derechos reales. En este sentido todo lo relativo al nacimiento, vicisitudes y extinción de éstos además de ser trascendente para su titular, adquiere gran relevancia en cuanto a los terceros, quienes sólo por la publicidad registral tienen acceso al conocimiento de la situación exacta de esos derechos, tanto en cuanto pueden confluir con otros derechos reales como respecto de la



incidencia de los derechos personales sobre ellos. Los problemas surgidos entre diferentes derechos reales, o de derechos personales sobre éstos encuentran su regulación en el Código Civil en los numerales 455, 456 y 457, señalando la jurisprudencia lineamientos muy claros respecto de estas normas, sobre todo luego de la reforma al artículo 455 operada en virtud de la Ley N° 2928 del 5 de diciembre de 1961 (Sentencia de Casación N° 95 de las 15 horas 45 minutos del 7 de agosto de 1968). Esto es así porque la jurisprudencia antes de la reforma señalada (entre la sentencia de las 15 horas y 30 minutos del 30 de abril de 1904 hasta la de las 10 horas y 30 minutos del 26 de agosto de 1947) le dio el carácter de tercero no solo al nuevo adquirente del derecho real sino también al acreedor personal o quirografario, señalándose luego de la reforma criterios más claros según los cuales el anotante de un embargo por crédito personal no debe tenerse como tercero, además de que el traspaso de un derecho real no presentado al Registro antes de la anotación de un embargo por crédito personal contra el traspasante mantiene su validez sin perjuicio para el adquirente, si éste dentro de los tres meses siguientes al otorgamiento de la escritura del traspaso la presenta al Registro, y, finalmente, si la escritura de un traspaso de un derecho real, en que se haya anotado un embargo por crédito personal, se presenta pasados tres meses desde su otorgamiento, solo prevalecerá contra dicha anotación, si en juicio ordinario el adquirente del derecho real demuestra que el traspaso fue cierto y no simulado, juicio que deberá presentarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la presentación de la escritura (Sentencia de Casación N° 95 de las 15 horas 45 minutos del 7 de agosto de 1968)". Es palmario que si el primer otorgamiento, que sirve de sustento al segundo, no es oponible a la anotación de embargo, tanto porque el testimonio respectivo se presentó a destiempo al Registro Público, cuanto porque la sociedad [...] no formuló la acción ordinaria correspondiente dentro de los tres meses que prescribe el artículo 455 del Código Civil, menos podría oponerse a esa anotación la escritura por la que la actora, mucho tiempo después, adquirió de aquella sociedad los mismos derechos. Admitir esto importaría prohiar el irrespeto, por vía indirecta, del plazo de caducidad preceptuado en esa norma. Además, puesto que la anotación de embargo se había consolidado registralmente al adquirir la accionante el derecho [...] mal podría pretender ésta una situación de ventaja respecto a la que tenía su transmitente. Por eso, dentro de la inteligencia que el Tribunal Superior [...] dio a la petitoria tercera, el mencionado artículo 455 fue bien actuado. Por otra parte, si ésta es una norma especial aplicable al caso, obvio es que excluye la general contenida en el artículo 368 ibídem. Así las cosas, la conclusión necesaria es que ninguno de esos artículos se conculcó en el fallo examinado. Como corolario, tampoco se violó el artículo 316 del mismo Código cuyo irrespeto se acusa en función del pretendido quebranto de las otras normas. La Sala no ha pasado por alto la opinable interpretación que el Tribunal Superior [...] dio a la petitoria tercera



de la demanda, entendiendo que en ella el actor reclamaba la prevalencia registral de la escritura de venta frente a la anotación de embargo, cuando textualmente lo único que pide declarar es que adquirió el derecho "libre de gravámenes"; sin embargo, al no haber cargo alguno por vicios procesales, obvio es que no le compete examinar la legalidad de ese pronunciamiento frente a la preceptiva procesal; con todo cree necesario hacer esta acotación."

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio: *Tratado de los Derechos Reales*, Tomo I, 6° ed., Temis-Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pp. 133-141.
- 2 PAPAÑO, Ricardo J., et. al.: *Derechos Reales*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 36-41.
- 3 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 183-1991, de las catorce horas con quince minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y uno.
- 4 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 202-1991, de las catorce horas con quince minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y uno.
- 5 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 60-1991, de las quince horas del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y uno.
- 6 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 102-1994, de las quince horas del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y cuatro.