

puede aducirse el hecho de que se imponen sanciones penales, y no civiles, a ilicitudes que tienen una indiscutible prosapia penal, como el hurto, por ejemplo, pero que, sin embargo, son esencialmente reparables. En el hurto el derecho puede, evidentemente, reparar el hecho, mediante la ejecución forzada de la obligación de devolver la cosa hurtada a su dueño, de ser posible, o de devolverle su valor, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Eso ha hecho siempre el derecho, pero además intimida al ladrón con la amenaza de una sanción penal. La explicación está en que en el hurto, y en otros delitos que presentan la misma característica, no sólo se elude la obligación civil de respetar los derechos patrimoniales subjetivos concretos de los terceros, infracción ésta que, en cuanto civil, es siempre reparable, sino que también se infringen con el delito otros deberes valorados exclusivamente por el derecho penal, y que en cuanto puramente penales, no son reparables. De modo que en estos casos el derecho penal también se siente en la necesidad de apartar a los hombres de tales infracciones mediante la amenaza intimidatoria de la sanción penal.

## LA OBLIGACION ESENCIAL DEL VENDEDOR ES TRANSFERIR EL DOMINIO

"Quia venditio alienatio est, et rei suae iuris que in ea sui, in alium translatio".

"La venta es una enajenación por la cual uno traspasa a otro su propio bien y el derecho que sobre él tenía".

Séneca. (De Benefic. Lib. V. Cap. X, inil.).

### I. EL PROBLEMA SOBRE LA OBLIGACION ESENCIAL DEL VENDEDOR

Nos hemos propuesto demostrar en este trabajo, que la obligación esencial del vendedor, dentro del sistema jurídico chileno, es transferir el dominio de la cosa vendida, y no, como se enseña comúnmente, procurar la posesión tranquila y pacífica de ella.

Esta última tesis —la de la posesión tranquila y pacífica— ha sido abrumadoramente mayoritaria y ha contado con sostenedores tan ilustres como Don Arturo Alessandri Rodríguez. Además, la ha seguido la jurisprudencia, salvo en poquísimos casos. A nuestro juicio, la principal explicación de este predominio está en que es manifiesto el hecho de ser nuestro Código Civil más románico que francés; característica que se acentúa en lo relativo a los títulos translaticios de propiedad, por la distinción entre ellos y el modo de adquirir subsiguiente o tradición. Esto supuesto, nuestros autores y magistrados han buscado doctrina que les ilustre en los juriconsultos romanos, y en quienes, desde la caída del Imperio, han continuado comentando su Derecho, que con mayores o menores influencias de los sistemas germánicos —especialmente franco y visigótico— ha venido rigiendo sin contrapeso a los pueblos de la Europa en el campo privado. Así, por ejemplo, en el punto que nos ocupa, las opiniones de Dumoulin y Pothier resultaron decisivas en Chile. Y no podía menos que suceder esto, desde que también en la misma Francia, después de la dictación del Código, costó a los juristas apartarse de ellas, a pesar de ser evidente que en él, la obligación del vendedor era transferir la propiedad, como lo demuestra sin mayor esfuerzo Troplong; y no obstante haber un artículo que expresamente declaró nula la venta de cosa ajena.

Sin embargo, la razón, que debe presidir todos nuestros actos, y por cierto los jurídicos, nos pone, después de algún análisis, graves reparos a esta tesis. Se dice que si uno vende cosa ajena queda obligado no a transferir el dominio sino la posesión tranquila y pacífica, sea de buena o mala fe tal posesión, pues el artículo 1852 de nuestro código civil se pone en el caso de que ambas partes sepan que la cosa es ajena. Pero aquí surge la dificultad: uno que ha vendido cosa ajena está obligado a restituirla —a entregarla— a su dueño, lo cual es consecuencia

evidente del derecho de dominio de éste; sea que sepa o que no sepa que la cosa es ajena. Si lo sabe, conocerá su obligación; si lo ignora, la desconocerá, pero esta última circunstancia, como es claro, no es óbice a la existencia de aquélla. Ahora bien, si el que vende cosa ajena está obligado a entregarla a su dueño, ¿cómo puede estar al mismo tiempo obligado a entregarla al comprador en posesión tranquila y pacífica? No nos queda sino concluir que es imposible.

He aquí, pues, el problema. En las líneas que siguen, intentaremos resolverlo. Al efecto, haremos un estudio histórico de la compraventa para después entrar de lleno en nuestro derecho.

## II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS RELATIVOS A LA COMPRAVENTA

### a) Generalidades.

Don José Castán Tobeñas<sup>1</sup> hace una magnífica síntesis de la evolución histórica de la compraventa. La divide en tres períodos: el de la compraventa "real", el de la compraventa "consensual y productora de obligaciones" y el de la compraventa "consensual y translativa de dominio".

El primer período, el de la compraventa real, que Bechman llama compraventa natural (*naturalkauf*), es el del Derecho Romano primitivo. El contrato se identifica con la entrega: es un cambio inmediato de mercancías por dinero. La entrega puede ser solemne ("*mancipatio*") o no solemne ("*traditio*").

El segundo período, el de la compraventa consensual y productora de obligaciones, es el del Derecho Romano clásico y del Derecho moderno. La compraventa se perfecciona por el solo consentimiento, pero no transfiere el dominio de la cosa, sino que sólo genera la obligación de transferirlo al comprador, o, al menos, de entregarle el objeto para que disponga de él como señor y dueño. El acto subsiguiente al contrato, por el que se cumple la obligación nacida de él, es la "tradición". Los autores suelen explicar la naturaleza jurídica de la tradición —con mucho acierto, a nuestro juicio— diciendo que se trata de un abandono de la cosa; relativo a la persona del adquirente, seguido de una ocupación de este último para la cual dicho abandono le ha habilitado, de derecho y de hecho<sup>2</sup>. Ihering y Girard —cuya teoría es la más aceptada, según Castán— creen que los romanos pasaron de la compraventa real a la consensual productora de obligaciones merced al contrato verbal: se hacía una doble *stipulatio*: una para que el comprador llegase a ser acreedor de la cosa ("*emptio*"), y otra para que el vendedor lo fuese del precio ("*venditio*"). Esto justificaría también el nombre compuesto del contrato: ("*emptio-venditio*") compra-venta.

<sup>1</sup> Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo II, Editorial REUS, 3ª ed., 1931, p. 367.

<sup>2</sup> Esta manera de explicar la tradición es la que más nos satisface, porque considera-

mos que el modo originario y primigenio de adquirir el dominio, por Derecho Natural, es la ocupación. Más adelante se verán las razones que abonan esta tesis.

Tal sistema es el seguido por nuestro código, por los de los países hispanoamericanos que en él se inspiraron y por el Español, entre otros.

El tercer período, el de la venta consensual y translativa de dominio, es el que han alcanzado los nuevos derechos francés e italiano. En ellos, el contrato de venta basta, por sí sólo, para transferir la propiedad, y tiene por objeto preciso tal transferencia. En el Código francés, incluso, se declara nula la venta de cosa ajena.

Esto es sin perjuicio de que en ciertos casos, en ambos sistemas se admite la validez de la venta de cosa ajena, la cual validez el Código italiano, separándose en este punto de su modelo de Francia, establece expresamente en su artículo 1478. Tales casos son: el de las obligaciones contractuales de género o de cantidad, el de las obligaciones alternativas, el de las ventas al peso, número o medida, el de las ventas de cuerpo cierto y determinado cuando haya pacto especial para que el vendedor conserve la propiedad hasta la consignación, y el de las obligaciones de cuerpo cierto y determinado, cuando en el acto del pago, el acreedor se avenga a recibir una cosa distinta de la debida. A esta enumeración que hace Giorgi, comentando especialmente el artículo 1240 del Código italiano (en 1930), podemos agregar el caso en que aparezca que el vendedor se impone la obligación de adquirir el dominio de la cosa y transferirlo al comprador, que señalan, junto con algunos de los anteriormente aludidos, Collin y Capitant para el derecho francés<sup>3</sup>.

A nuestro juicio, la más perfecta de las formas anteriormente esbozadas de la evolución de la compraventa, es la segunda. Ella es, también, la que corresponde al derecho chileno, y la que delimitará, por consiguiente, nuestro estudio. Por tales razones, la haremos objeto de algunos comentarios especiales.

<sup>3</sup> Collin et Capitant, Cours Élémentaire de Droit Civil Français, 3ème ed. Dalloz, Paris, 1921, t. II, p. 440 y sig. y Jorge Giorgi, "Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno", 2ª ed. castellana, vol. VIII, N° 102, p. 131, Madrid, REUS, 1930.

<sup>4</sup> Es interesante saber que en España, el derecho valenciano admitió la misma doctrina: Fuero ó "De Donationibus...": "La señoría de aquella cosa es ganada á aquell qui la cosa haura comprada, ó á qui será donada, ó scambiada, ó per qualque justa raho la haura jatsia co que la cosa corporalment á ell no sia llurada, car la possessio es de mantinent á ell ganada": "el dominio de aquella cosa es ganado por aquél que la haya comprado, o a quien haya sido donada, o permutada, o por cualquier otra justa causa la haya adquirido, aunque la cosa corporalmente no le haya

sido entregada, pues la posesión es ganada por él desde ese momento". También otorgaba en ciertos casos, eficacia para conferir el derecho real al mero contrato, el Derecho aragonés: "Absque ulla traditione, sed sola voluntate tradentis, ex iusta ac legitima causa non solum dominium verum etiam possessio transferri solet": "Sin ninguna tradición, sino que por la mera voluntad del tradente, se suele transferir, habiendo justa causa, no sólo el dominio sino que también la posesión" (Era preciso, en todo caso, que el contrato se hubiese celebrado por instrumento). Lissa, Tyrocinium, etc. Nova aeditio Caesaraugustae, 1788, Paris, I, p. 119. Estos casos son citados por don José María Manresa y Navarro en sus "Comentarios al Código Civil Español", 2ª ed. t. VIII, p. 37, nota 1, Madrid, 1907. Revista de Legislación.

## b) Estructura de la venta consensual productora de obligaciones.

La venta consensual productora de obligaciones es un contrato que no da derecho real alguno en la cosa. Sólo genera derechos personales o de crédito. El comprador adquiere, pues, un crédito contra el vendedor para que le entregue la cosa; para que le haga tradición de ella. Sólo mediante esta tradición el comprador puede ser dueño. Síguese de lo expuesto, que para llegar a ser propietario a raíz de una compraventa, son necesarias dos causas: una remota, que es el contrato mismo, y una próxima, que es la tradición.

Este sistema del Derecho chileno, y de muchos pueblos modernos, ha sido impugnado por algunos como en extremo sutil. Francia y otros países lo abandonaron para pasar a la tercera de las fases anteriormente descritas. Sin embargo, es fácil demostrar que él es el más conforme al Derecho Natural. En efecto, los bienes económicos son limitados y útiles, y de allí —del concurso de estas dos cualidades— es que sean susceptibles de apropiación. Estas cualidades determinan, asimismo, que el modo primitivo de adquirir el dominio sea la ocupación: el acto por el cual la persona se hace dueña de una cosa que existe en cantidad limitada, que es de suyo útil, y hasta donde —en la medida en que— él en su caso concreto pueda servirse de ella útilmente, de manera más o menos inmediata. Nadie puede adquirir por ocupación bienes que no han de servirle en manera alguna, porque esto cae fuera del fin natural de la propiedad; y nadie puede tampoco tener dominio sobre cosas que bajo ningún respecto estén en su poder, porque no le es posible servirse de ellas, ni por ende, cumplir con el fin de la propiedad<sup>5</sup>.

Las anteriores y no otras consideraciones, son las que han hecho que los filósofos estimen que debe atribuirse a la tradición y no al título que la antecede, el poder de trasladar actualmente el dominio del deudor al acreedor (se toma la palabra "actualmente" en su sentido ontológico). Este medio de adquirir, como lo expresamos más arriba, es un abandono relativo seguido de una ocupación. Así pues, la ocupación, que "ex natura rei", debe estar de algún modo presente en toda adquisición de dominio, se encuentra en la estructura de la venta consensual y productora de obligaciones<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Las medidas de prudencia indicarán en cada país y época y para las diversas circunstancias, cuánto tiempo y en qué forma haya de estar una persona privada de la facultad de servirse de un bien, para que ya no se considere perteneciente ni serlo útil, siquiera sea potencialmente.

<sup>6</sup> Don Rafael Fernández Concha sostiene ser más conforme con la Filosofía del Derecho la distinción entre el título y el modo, en los siguientes términos: "...se puede observar que no son una misma cosa la facultad de querer y la de ejecutar, ni un mismo acto la volición y la ejecución. Así, por ejemplo, una cosa es querer tomar

alimento y otra es tomarlo, y para esto último no basta la voluntad. Aplicando esta doctrina a la transferencia del dominio, debe decirse que para efectuarla no basta la mera voluntad del dueño; preciso es que dicha transferencia se ejecute: esta ejecución es lo que, en substancia, se llama tradición. Para ella no es, en verdad, esencial que materialmente se pasen las cosas de una mano a otra, como quiera que en la enajenación no se trata de la translación material de los objetos, sino de la translación del dominio sobre ellos, y dicho dominio, como todos los derechos, no es cosa corporal. De aquí es que hay tradición

## c) Carácter de la venta consensual productora de obligaciones en la Historia.

En el Derecho Romano clásico, la venta consensual productora de obligaciones no engendraba la de transferir el dominio de la cosa. Los textos relativos a este punto son tajantes: (Ulpianus fr. 11, § 2 y Africanus, fr. 30 § 1 de act. empt., XIX, 1: "Venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus fatiat": "Hasta aquí, el vendedor está obligado a entregar la cosa al comprador; no a hacerla suya). El vendedor sólo se obligaba, pues, a dar al comprador la pacífica posesión. Por eso éste no podía accionar contra aquél a no serle dicha posesión disputada. Sólo si tenía algún derecho sobre la cosa, quedaba obligado a transferírselo.

¿Por qué esta desvirtuación tan grande de la naturaleza? Se han dado muchas explicaciones.

Algunos dicen que la dificultad de saber a ciencia cierta cuándo se es dueño, unida a la gran agilidad que su función económica exige a la compraventa, contendría la clave del problema. Pero semejante solución se desbarata sin esfuerzo, si se considera que la acción resolutoria por falta de transferencia de propiedad, hubiera sido poco usada, precisamente por la dificultad de la prueba del dominio o del no dominio, que habría tenido que afrontar el comprador insatisfecho. Por otro lado, se refuta esta tesis, aduciendo el hecho de que numerosos códigos han declarado que la obligación es transferir el dominio, sin inconveniente alguno para la economía de los respectivos países.

Pacifici Mazzoni dice que la venta, en un principio, tuvo sin duda el oficio de transferir la propiedad de la cosa, lo mismo que la permuta, pero que los romanos, conservándose a ésta, se lo quitaron a aquélla<sup>7</sup>. Maynz, Van Vetter, Mazzoni y Manresa y Navarro explican el cambio de la siguiente manera: cuando la ley imponía, en un principio, al vendedor, la obligación de transmitir la propiedad de la cosa, excluía del comercio a los extranjeros, ya que ellos eran incapaces para adquirir o para transferir el dominio "ex iure quiritum". Como esto era altamente perjudicial para la vida práctica, sobre todo tratándose del principal vehículo de los negocios, la compraventa —contrato que en más alto grado participaba del "ius gentium"— fue necesario limitar la obligación del vendedor a la simple entrega de la cosa, salvo cuando se añadían a esta simple entrega material, todas las garantías de que era susceptible la naturaleza del acto. Tratándose de ciudadanos y de una cosa mancipi, podía convenirse en que la tradición precediese, acompañase o siguiese a la mancipación. Tra-

real cuando el que enajena sigue en la posesión o tenencia de la cosa, pero no en calidad de dueño sino de usufructuario, de usuario, de arrendatario, etc., o de simple tenedor. Lo propio debe decirse de todas las especies de tradición que se llaman fictas; pues no son tales sino muy efectivas. En una palabra, la tradición es necesaria como acto de ejecución de la voluntad del

enajenamiento; pero para que exista, es suficiente que por cualquier medio apto, se deje de tener la cosa enajenada en calidad de "dueño". Filosofía del Derecho, T. II, p. 101, 2ª ed. Barcelona, 1883, Tipografía Católica.

<sup>7</sup> Codice Civile Italiano Comentato, vol. 12, p. 4.

tándose, en cambio, de extranjeros o de cosas no susceptibles de mancipación, se emplearon medios que después fueron desapareciendo con el desarrollo jurídico: en un comienzo se hacía dar al vendedor garantía contra su propio dolo; en seguida, análogamente a lo que se usaba para los defectos físicos de la cosa, se exigió al vendedor prometer una pena por los posibles hechos de evicción, de cualquiera que pudiesen provenir; finalmente la jurisprudencia terminó por imponer la responsabilidad por la evicción como un elemento *natural* del contrato.<sup>8</sup>

Collin y Capitant dicen que, por una parte, no todas las cosas eran susceptibles de "dominium", y así, por ejemplo, los fundos provinciales, durante largo tiempo, sólo pudieron ser objeto de la propiedad "bonitaria", y que, por otra, ciertas personas, como los peregrinos, no estaban capacitados para adquirirlo, y agregan que, como la función económica de la venta exigía que ésta fuera accesible a todos y pudiera extenderse a cualquier clase de bienes, se gestó la clásica regla de que el vendedor sólo se obligaba a transferir y a garantizar la "vacua possessio".<sup>9</sup>

Quien hace en cierto modo un análisis más profundo del problema es Troplong. Este insigne escritor tuvo que ocuparse en demostrar que el Código Napoleón imponía al vendedor el deber de transferir el dominio, proposición que si bien es hoy indiscutida entre los juristas franceses, contaba con grandes opositores en su tiempo, por el grado de apego a la tradición romana, que el nuevo cuerpo legal acababa de invalidar. Con el fin de dejar en claro este punto, Troplong hizo un detenido y agudo análisis del sistema antiguo y de sus causas. Expone que en el Derecho romano clásico, el comprador al descubrir que la cosa de que se le había hecho tradición, no le pertenecía por falta de dominio en el tradente, no podía quejarse ni ejercer acción alguna mientras no fuera turbado por el verdadero dueño, porque la compraventa sólo obligaba al vendedor a dar la posesión de la cosa y todos los derechos que sobre ella tuviera —si tenía alguno— y a garantizar en caso de evicción. Cuando por una cláusula expresa el vendedor se obligaba a hacer al adquirente propietario, esta cláusula era mirada como una estipulación exorbitante del contrato de venta. Incluso, la convención dejaba de ser calificada como venta y entraba en la categoría de los contratos innominados. Era una obligación "ob rem dati re non secuta" (Celsus. l. 16, d. De Codict. Causa Data. Pothier, Pand., t. I, p. 550, N° 6). Paulo no aceptaba la validez de esta cláusula, pero primó la opinión contraria. Nos advierte Troplong que esta ley tan singular ha recibido gran número de explicaciones, y que a todas ellas pasa revista Passeribus, en su obra "Conciliatio Legum", p. 204. Lo más interesante es la interpretación que da el gran tratadista francés de toda esta construcción jurídica, para nosotros tan extraña. A él le parece que está dominada por la influencia del viejo derecho civil de la República, que era esclavo de las palabras y medía el alcance de un contrato por la denominación que tenía en la lengua científica, y por las expresiones sacramentales de que se servían las partes para llevarlo a la práctica. Como nada en las fórmulas ordinarias ni en la calificación del

contrato de venta, implicaba, de un modo preciso, la obligación de transferir el dominio, y como el contrato tenía un fin positivo al margen de toda necesidad de hacer al comprador propietario "civil" incommutable, se pensó que era conveniente mantenerse ajeno a esta exigencia, a fin de no hacer decir a las palabras lo que ellas no expresaban directamente. Añade Troplong que casi siempre se encuentran en el Derecho Romano vestigios de las ideas estrechas que presidieron la constitución aristocrática del Derecho Civil en los primeros siglos de Roma, y de las cuales los jurisconsultos y pretores tuvieron tanto trabajo en irlo liberando. Por eso, en los contratos que Troplong llama "menos romanos" —para significar que estaban menos sometidos a las exigencias de este Derecho Civil "tan arbitrario y celoso de sus anomalías"—, se encuentran principios que el mismo autor califica de más amplios y más conformes con el Derecho Natural. En la permuta, por ejemplo, estaba establecido que cada parte debía transferir a la otra el dominio del bien que se obligaba a entregarle. La diferencia es imposible de explicar según la lógica. Históricamente se debió a que la venta era un contrato nominado, con las huellas del derecho arbitrario al que debía su origen, en tanto que la permuta era un contrato innominado, sobre el cual, según la expresión de Troplong, las reglas del Derecho Natural y de la razón dominaron sin contrapeso.<sup>10</sup>

Refiriéndose ya de un modo más directo al Código Civil Francés, el mismo autor concluye que este cuerpo legal ha abandonado el sistema romano, que Dumoulin y Pothier habían adoptado, según él, contra todas las reglas de la equidad y de la razón.

Por último, nos dice que Pothier trató de conciliar inútilmente su tesis románica con la definición que daba de la compraventa. En efecto: Pothier define este contrato como aquél por el cual el vendedor se obliga para con el comprador, a hacerle tener la cosa libremente y a título de propietario ("un contrat par lequel le vendeur s'oblige envers l'acheteur, de lui faire avoir la chose librement et à titre de propriétaire"), y sin embargo, niega que contenga la obligación de transferir la propiedad al comprador; de manera que, según él, este último sería propietario de hecho pero no de derecho, y que su título no sería otro que el de un cuasi propietario. Troplong comenta que todo esto no se entiende sino con esfuerzo, y que no se ve lo que adelante la ciencia con semejantes argucias. Y recuerda que ya antes del Código de Napoleón, o sea, bajo la vigencia del sistema romano clásico, muchos espíritus clarividentes habían hecho lo posible para desterrarlas de la jurisprudencia. Así, cita a Callet, profesor en Poitiers, quien a comienzos del siglo XVII, sostuvo que el principio de los jurisconsultos romanos era completamente arbitrario y que pugnaba con la naturaleza de las cosas ("Commentaire sur le titre du C. De evict. ad leg. 5", que se encuentra en la obra Trésor de Meerman, t. II). Cita también a Grotius, quien veía en esto una derogación de la ley natural y una ficción del Derecho Civil, según lo expresa en su obra

<sup>8</sup> José María Manresa y Navarro, op. cit. t. X, pp. 21 y 22.

<sup>9</sup> Collin et Capitant, op. y t. cit., p. 423.

<sup>10</sup> Es interesante que en el Código Civil Español, en el cual no es del todo claro que la obligación del vendedor sea transferir el dominio, se impone, en cambio, ex-

presamente dicho deber a los permutantes, en el art. 1539, el cual concede acción resolutoria al que haya recibido cosa ajena, sin perjuicio de la de evicción.

"Comenta iuris Civilis"<sup>11</sup>,<sup>12</sup>. De la teoría que hemos reseñado se concluyó por los autores, que la venta de cosa ajena estaba permitida (L. 28, Dig. de cont. empt., Ulpianus. Pothier, Vente N° 7). Ya que el contrato de venta no consistía en la translación de la propiedad, bastaba, para su validez, que el vendedor se obligase a entregar la posesión de la cosa. Lo que es extraño es que al explicar esta figura jurídica, Pothier no se apoya en el hecho de emanar del contrato la mera obligación de hacer poseedor al comprador, sino que raciocina como si la obligación del vendedor fuese transferir el dominio: dice que el fin de entregar la cosa al acreedor, se alcanza en estos casos —de venta de cosa ajena—, sea comprándola al verdadero propietario, o sea obteniendo que él consienta en venderla al adquirente. Si el propietario rehúsa desprenderse de su bien, como la obligación consentida por el vendedor es de un hecho lícito y posible en sí mismo, ella se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios (Pothier: Vente N° 7; Obligations Nos 133 y 136). Troplong, que expone estas doctrinas de Pothier, señala como sostenedores de las mismas a Ducaurroy (Inst. expliq. N° 1046) y a Despeisses (p. 9. N° 27)<sup>13</sup>.

Después de haber visto las críticas de los principios del Derecho Romano clásico y antes de ver algo del contenido de las legislaciones modernas sobre la materia, no está de más que transcribamos los párrafos de Pothier, en que este gran comentarista y defensor francés de la doctrina antigua, la esboza con su reconocida claridad:

"El contrato de venta es un contrato por el cual uno de los contratantes, que es vendedor, se obliga para con el otro a *hacerle tener libremente, a título de propietario*, una cosa, por el precio de cierta suma de dinero que el otro contratante, que es el comprador, se obliga recíprocamente a pagarle."<sup>14</sup>

"He dicho *"a hacerle tener a título de propietario"*. "Estos términos que responden a estos otros: *"praestare emptori rem habere licere"*, encierran la obligación de entregar la cosa al comprador, y la de defenderlo, después que ella le haya sido entregada de todas las turbaciones por las cuales se le impida poseer la cosa y comportarse respecto de ella, como propietario; pero no encierran la obligación precisa de transferirle la propiedad de la cosa; pues, un vendedor que vende una cosa de la cual de buena fe, cree ser dueño, aunque no lo sea, no se obliga precisamente a transferir la propiedad: *"Hactenus tenetur ut rem emptori habere liceat,*

<sup>11</sup> Troplong: De la Vente, Bruxelles, 1844, N° 4.

<sup>12</sup> Por nuestra parte, creemos interesantísimo reproducir un párrafo de Grotius, tomado de la obra "El Derecho de la Guerra y de la Paz". Dice así: "Cuando, pues, se dice que el contrato de venta consiste en que el vendedor se comprometa a hacer de suerte que el comprador pueda tener la cosa vendida, y a garantizarlo de toda evicción, que los riesgos y el peligro de la cosa son del comprador, y que los frutos le pertenecen antes que él adquiriera la propiedad de la cosa: todas éstas son máximas

puramente de Derecho Civil, las cuales, ni siquiera se observan en todas partes. Más aún: la mayoría de los antiguos legisladores han juzgado a propósito establecer que, hasta la entrega, la pérdida o los aumentos de la cosa vendida fueran de cuenta del vendedor" (Droit de la Guerre et de la Paix, L. II, ch. XII, N° 7, ed. de Amsterdam, en francés, de 1729. La versión del párrafo al castellano es nuestra).

<sup>13</sup> Troplong, op. cit., N° 230, § 2º, p. 127.

<sup>14</sup> El subrayado es de Pothier.

non etiam ut ejus fatiat" (Hasta aquí, el vendedor está obligado a entregar la cosa al comprador; no a hacerla suya) L. 30. § 1. ff. de act. empt."<sup>15</sup>.

"Es la razón por la cual, aún cuando el comprador descubriera que el vendedor no era propietario de la cosa que le ha vendido, y que, consecuentemente no le ha transferido el dominio, dicho comprador, en tanto que no sea turbado en la posesión, no podrá por esto pretender que el vendedor no ha cumplido su obligación."

"Es de la esencia del contrato de venta que el vendedor no quiera retener el derecho de dominio de la cosa que vende, cuando él es su propietario, y que esté obligado, en ese caso, a transferirselo al comprador..."<sup>16</sup>

"Hay costumbre de oponer a esta decisión (la que queda arriba sentada sobre la obligación del vendedor), la ley ff. de cond. caus. dat., y se acostumbra también, responder que la ley aducida no se coloca en el caso de un contrato de venta, sino en el de otra especie de contrato, *"do ut des"* (doy para que des), en el cual uno se había obligado formalmente a transferir al otro contratante la propiedad del esclavo Stichus, que era el objeto del contrato."<sup>17 18 19</sup>

A continuación, Pothier se refiere a Caillet, el mismo profesor de Poitiers al que alude Troplong, según vimos más arriba, y que había sostenido que el principio de los jurisconsultos romanos era enteramente arbitrario, que no estaba tomado de la naturaleza del contrato, y que no debía ser seguido en la práctica francesa. Pothier califica el ensayo de Caillet de bellísimo comentario de la ley romana, pero le critica el no citar ninguna autoridad en garantía de su opinión. Añade que la doctrina de los jurisconsultos de Roma parece tener su fundamento en la naturaleza del contrato y en los términos que para su formación se usan: "se dice en él que el vendedor vende; y para explicar este término *vende*, se añade *"cede"*, *"abandona, deja, y promete garantizar y defender de toda turbación"*. "Estos términos no representan otra obligación pactada por el vendedor, que la de ceder al comprador todo el derecho que él tiene en la cosa, abandonándola a su poder, y defenderlo de todas las molestias que podrían oponerse a su posesión. La obligación de transferir la propiedad de la cosa, no está expresada por estos términos"<sup>20</sup>.

Nosotros no podemos ocultar que, *salva reverentia*, nos parece absurda la crítica que el ilustre Pothier formula al Profesor Caillet. Cuando éste dice que el principio de los jurisconsultos romanos clásicos de la no transferencia del dominio, no es conforme a la naturaleza del contrato, se refiere manifiestamente a la naturaleza ontológica. Pothier intenta refutarlo contrando su argumentación en lo que pudiéramos llamar "naturaleza verbal". Es claro que tal refutación no puede alcanzar a Caillet.

También estimamos de alta conveniencia, exponer las ideas del distinguidísimo jurisconsulto y romanista chileno don Rafael Raveau sobre la evolución de la compraventa.

<sup>15</sup> El subrayado es de Pothier.

<sup>16</sup> Pothier, Robert: Traité du Contrat de Vente, Paris, 1844. (Edición de las obras completas de la librería de P. J. Langlois, p. 1 y sig.). (La versión al castellano es nuestra).

<sup>17</sup> Las leyes que ha citado, y cita en estos párrafos, Pothier, son del Digesto.

<sup>18</sup> En estos contratos *"do ut des"*, la naturaleza de las obligaciones es de dar.

<sup>19</sup> Pothier, op. cit. N° 48, p. 29.

<sup>20</sup> Pothier, op. y t. cit. N° 48.

Señala Raveau, fundándose en Paulo (Digesto, libro 18, tit. I, ley 1) que este contrato tuvo su origen en el Derecho de Gentes y fue sólo aceptado por el Derecho Civil Romano, y que, por otra parte, ya se conocía en la época republicana, según se ve por las alusiones de Cicerón. Teniendo en cuenta estas dos circunstancias, y la de que el Derecho Civil no admitía sino el dominio llamado quirritario (el que podía ejercer un ciudadano o un peregrino con el *ius commercium*, sobre una cosa mancipi y se adquiría o por la "mancipatio" o por la "in iure cessio"), concluye que habría sido absurdo, desde el punto de vista práctico, imponer a los vendedores la obligación de transferir el dominio, dejando con ello al margen de las posibilidades del contrato de venta muchas cosas y muchas personas<sup>21</sup>. Por otro lado, habría carecido de aplicación la "traditio", que era un modo natural y cómodo de hacer la entrega. Por eso los primitivos jurisconsultos o prácticos impusieron al vendedor, sólo la obligación de "vacuam possessionem tradere", esto es, la de entregar una posesión libre, pacífica y desocupada de la cosa. Sin embargo, la obligación de saneamiento de la evicción, fundada en sus comienzos, esto es, en el Derecho Romano, en la posibilidad de la venta de cosa ajena, que había quedado abierta, comenzó a decaer en la época imperial, por la atenuación de las diferencias prácticas del Derecho de Gentes y del Derecho Civil. En efecto, hay un notable texto del jurisconsulto Africano que dice: "Si ignorándolo yo y sabiéndolo tú, me vendieses la cosa ajena, *aun antes de la evicción*, juzgué que me competía la acción útil de compra por aquello que me importase que se hubiese hecho mía, aunque por otra parte sea cierto que el vendedor sólo se obliga a entregar la cosa al comprador, y no a hacerla suya, pero como está obligado a no cometer dolo malo, se obliga el que sabiendo que la cosa era ajena, la vendió al que lo ignoraba" (Cuestiones. D. 19.1.30)<sup>22</sup>. Raveau desprende de este pasaje que, según Africano, si el vendedor vendía cosa ajena y el comprador ignoraba que lo fuese, podía demandar a aquél, cobrándole perjuicios por todo lo que "le importase que la cosa se hubiese hecho suya" o "quanti mea intersit meam esse factam", expresión que en los textos del Corpus Iuris se refiere a la indemnización en su mayor amplitud. Pero hay otro texto más enérgico aún: un rescripto de los Emperadores Maximino y Diocleciano, de fines del siglo III o principios del IV. Dice así: "Nadie que no tiene obligadas a su favor cosas que te pertenecen, ni la facultad de venderlas por razón de su cargo, puede perjudicarte enajenando alguna cosa." (Código. 4.51.6.). Comentando esta disposición, cita Raveau a Jors y Kunkel, los cuales observan que estas normas significan tanto como un abandono del "principio de la mera responsabilidad por evicción," y marcan el camino hacia el hoy predominante de la obligación del vendedor de proporcionar la propiedad de la cosa vendida al comprador, aunque —según dicen— todavía en las fuentes justinianeanas es rechazado expresamente. Añaden Jors y Kunkel que en los códigos alemán, suizo y austríaco, se sigue la doctrina moderna de que el

<sup>21</sup> Sólo eran "res mancipi" los fundos itálicos, las servidumbres rústicas que les aprovechaban, los esclavos y los animales que sufrían el yugo o carga, todos los cuales bienes eran los que consideraba de ma-

yor valor el primitivo romano, dedicado a la agricultura.

<sup>22</sup> El subrayado del texto de Africano es nuestro.

vendedor debe transferir el dominio al comprador, pero que en los derechos románicos rige aún el principio de la evicción<sup>23</sup>. Esta interesantísima tesis de Jors y Kunkel se corrobora, a nuestro juicio, por quien es considerado hoy uno de los primeros romanistas del mundo: don Alvaro D'Ors. Dicho autor afirma que en el Derecho postclásico, se vuelve a recaer en la consideración vulgar de "la venta real como modo de adquirir la propiedad"<sup>24</sup>.

Para terminar este acápite, queremos pasar revista a algunos tipos de estructura de la compraventa consensual y productora de obligaciones en el Derecho moderno, sólo por vía de ejemplo. Ello nos permitirá elevarnos a la consideración de cuáles, entre los elementos que han ido apareciendo a lo largo de su historia, pueden estimarse definitivos, y ver si hay otros que deban desecharse por incompatibles con los anteriores. También citaremos algunos casos de venta translativa de dominio para mayor esclarecimiento.

En el Derecho español, se conserva la distinción entre el título y el modo. El artículo 1445 define la compraventa así: "Por el contrato de compra y venta, uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente". El artículo 1462, inciso primero, nos dice que: "Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador". Por su parte, el artículo 609 expresa que la propiedad se adquiere a consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, y el 1095, que el acreedor no adquiere derecho real sobre la cosa hasta que le haya sido entregada, y el 1474, N.º 1.º, que el vendedor responde de la posesión legal y pacífica. Nada se dice sobre la venta de cosa ajena.

Pues bien, acerca de la naturaleza de la obligación del vendedor, la doctrina española está dividida. Manresa y Navarro, uno de los más ilustres civilistas, estima que consiste en transferir el dominio. Nos parece que ello se desprende con evidencia del siguiente párrafo: "Respecto a la cosa ajena, nada dice nuestro Código. Desde luego no es válida, porque la venta representa una transmisión de derechos, y mal puede nadie transmitir lo que no tiene..." "Atendiendo a esto, y a la doctrina de la evicción que garantiza al comprador de cosa ajena, varios códigos y varios autores admiten como válida la venta de cosa ajena. Pero a nuestro modo de ver, la obligación del saneamiento en caso de evicción, viene precisamente a poner de relieve la nulidad más o menos encubierta de esa clase de ventas, imponiendo al vendedor el deber de indemnizar. La ley, que admite el derecho de posesión enfrente del derecho del dueño, y supone la buena fe mientras no se pruebe lo contrario, lo que hace es aceptar la posibilidad de que se venda una cosa ajena en la creencia de ser propia, y dejar el acto abandonado a las consecuencias que puedan después sobrevenir"<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Raveau Soulés, Rafael: Raíces Románicas del Código Civil. Editorial Universitaria, 1949, Santiago de Chile, pp. 23 y 27.

<sup>24</sup> Ors, Alvaro D': Elementos de Derecho Privado Romano, Pamplona, Publica-

ciones del Estudio General de Navarra, XXIII, 1960, p. 352, § 292, in fine.

<sup>25</sup> Manresa y Navarro, op. cit., t. X, p. 25.

... Sánchez Román y Valverde, opinan en el mismo sentido, porque definen la compraventa como "un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso, generalmente conmutativo, por el que una persona se obliga a transferir a otra el dominio de una cosa mediante la recíproca obligación de entregar ésta a aquélla una cantidad estipulada con el carácter de precio."<sup>26</sup>

Don Ramón Gayoso Arias sustenta igual tesis, dando, entre otras, las siguientes razones: "Creemos que no es el del Código actual (el concepto romano clásico). Y nos fundamos: 2ª) en que el artículo 1474 obliga al vendedor a responder de la posesión legal y pacífica de lo vendido, que es sólo la del dueño, pues las demás son objetivamente ilegales, contrarias al artículo 348, ya que entrañan el goce y disposición de la cosa por quien no es dueño, cuando competen a éste solo.— toda definición conviene sólo al definido— o a quien de él los obtenga, además el término "legal", añadido al "pacífico", no puede significar una posesión sin violencia, ni una no clandestina, ni precaria —que la que adolece de estos vicios no es posesión (arts. 441 y 444)— y menos equivale a posesión titulada, pues el título es la misma venta, y no puede en la hipótesis faltar, ni de buena fe, cualidad personalísima que no puede transmitirse el vendedor, luego significa algo, además de la posesión con buena fe y justo título, que no puede ser más que la propiedad; agréguese que esta palabra se añadió al revisar el proyecto de 1851, que exigía sólo la posesión pacífica, porque según Goyena, no había que dar el dominio, y al adicionarla, fue deliberadamente para exigir su transmisión... 4ª) en que, según el artículo 1509, el comprador, no retrayendo el vendedor, adquiere irrevocablemente el dominio de lo vendido. 5ª) en que conforme al artículo 1160, en las obligaciones de dar, de que es prototipo la compraventa, sólo será válido el pago hecho por quien tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla; la disposición es facultad del dueño, según el artículo 348; el pago ha de consistir en la entrega o prestación en que la obligación consistía (art. 1156); luego, al exigir la propiedad en el que lo hace, es que la obligación era de transferirla; 6ª) en que tal es la voluntad de las partes, a la que se ajustan las obligaciones contractuales, aunque no sea expresa, conforme al artículo 1258.<sup>27</sup>

Pérez y González hacen también presente que la entrega de la cosa significa la transferencia del dominio. Incluso estiman que la validez de la venta de cosa ajena es una consecuencia de la posibilidad objetiva del cumplimiento cierto de las obligaciones contraídas por el vendedor, ya que éste podría adquirir la cosa para transferirla después al comprador.<sup>28</sup>

Don Francisco Bonet Ramón, glosando el artículo 1445 del Código Civil español, expresa que su definición es sumamente vaga, pues no precisa si la entrega es a título de propiedad, o si simplemente se entrega el uso, por lo que, entendida literalmente, sería aplicarle a otros contratos, incluso al de arrendamiento. Añade que "no deja traslucir cuál es su posesión frente al problema fundamental de si es esencial a este contrato la obligación de transferir la propiedad de la cosa al comprador". Define co-

<sup>26</sup> L. 28 Citados por: Castán Toboñas, "Op. cit. t. IV, p. 59. Octava edición, REUS, Madrid, 1956.

<sup>27</sup> Revista de Derecho Privado (Madrid) Tomo VIII, p. 140 y sig. "Cuestiones sobre el Contrato de Compraventa".

mo don Felipe Clemente De Buen, la compraventa, diciendo que es: "aquel contrato por el cual una parte se obliga a proporcionar la propiedad de una cosa determinada, y la otra a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente."<sup>29</sup>

Menéndez (Ensayo sobre la *Venditio Rei alienae* en el Derecho Clásico y en las Legislaciones Modernas)<sup>30</sup> afirma que la venta de cosa ajena será perfectamente válida ya que en el Derecho Español los contratos sólo producen obligaciones. Si bien el vendedor no puede transmitir la cosa ajena, nada le impide obligarse a transmitirla. Será de difícil o imposible cumplimiento la prestación, pero, sobre que esto no obsta a la validez de lo convenido, el cumplimiento o su posibilidad, más que a la existencia de la "obligatio", hace referencia a su extinción por el pago, tomada esta expresión en su sentido amplio.<sup>31</sup>

Don José Castán Toboñas, en cambio, no ve claro que la obligación del vendedor sea transferir el dominio.<sup>32</sup>

En el Derecho italiano, como dijimos más arriba, el solo contrato transfiere el dominio; se establece en el artículo 1476 que el vendedor se obliga a hacer adquirir la propiedad de la cosa al comprador. Sin embargo, el artículo 1478 reconoce expresamente la validez de la venta de cosa ajena. Messineo al explicar estos preceptos, señala que la venta de cosa que en el momento del contrato no es propiedad del vendedor, toma el carácter de venta obligatoria, o sea, de venta que obliga al vendedor a procurar la adquisición al comprador, y añade que si el comprador tenía conocimiento del carácter ajeno de la cosa, no puede pedir la resolución; pero que si lo ignoraba, puede pedirla por cuanto él no consigue la propiedad de la cosa, que era para él la finalidad principal de la compra.<sup>33</sup> Estas explicaciones suyas revisten particular importancia si se tienen en cuenta las ideas que vierte sobre la naturaleza de la compraventa, al decir que tal contrato tiene por causa para el comprador la adquisición de la propiedad o del derecho, y para el vendedor la adquisición del precio,<sup>34</sup> y que "entre las obligaciones del vendedor, la ley pone la de hacer adquirir la propiedad, si la adquisición no es el efecto inmediato del contrato". Se refuerzan también dichas enseñanzas con lo que acota poco después: "en efecto, estas dos últimas (la venta de cosa ajena y la de cosa futura), en que la transferencia de momento no existe, son de por sí translativas de la propiedad; la primera implica el deber del vendedor de adquirir a su vez la propiedad para determinar la adquisición del comprador; la segunda implica que la transferencia no se produce mientras la cosa no llegue a tener existencia."<sup>35</sup>

Por su parte, Ruggero Luzzatto trae párrafos de interés: "El viejo Código Civil italiano tenía en el artículo 1459 una norma poco feliz y de-

<sup>29</sup> Anotaciones a la obra "La Compraventa según el Nuevo Código Italiano" de Ruggero Luzzatto, REUS, Madrid, 1953, nota 2.

<sup>30</sup> Revista de Derecho Privado, Madrid 1914, p. 350.

<sup>31</sup> Bonet Ramón, op. cit., p. 175, nota 165.

<sup>32</sup> Castán, op. cit. t. y p. cit. (8ª edición).

<sup>33</sup> Messineo, Francesco: Manual de Derecho Civil y Comercial, Traducción de Santiago Sentís Melendo, t. V. Relaciones Obligatorias Singulares, ed. jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pp. 68 y 61.

<sup>34</sup> Op. cit. y t. cit., p. 53.

<sup>35</sup> Op. y t. cit. p. 56.

masiado absoluta, que declaraba, sin más, nula la venta de cosa ajena, y que se encontraba en exagerado contraste con otra norma del Código de Comercio (art. 59), que declaraba válida la venta de cosa de otro. El nuevo Código se expresa de modo diverso, y admite, en general, la validez de la venta de cosas que en el momento del contrato no son del vendedor (1478), aun cuando el contrato no las contemple de modo genérico, sino de modo específico, esto es, indicándolas individualmente. En tal caso surge en el vendedor la obligación de adquirir la cosa vendida, a fin de que el comprador llegue a ser propietario".

"El artículo 1478 declara precisamente que el comprador llega a ser propietario de la cosa en el momento en que el vendedor adquiere la propiedad del titular de ésta."<sup>36</sup> En otra parte de su obra, Ruggero Luzzatto reconoce expresamente al comprador, la acción resolutoria y la de cumplimiento, para el caso de que el vendedor no transfiera la propiedad<sup>37</sup>.

Estas aseveraciones de Luzzatto respecto del Derecho italiano nos merecen algunos comentarios. Es digno de advertirse que el moderno Código Civil de Italia, que como se sabe refunde toda la legislación privada, comprendiendo, por tanto, la mercantil, sintetice el elemento de obligatoriedad de la transferencia del dominio y el de la permisión de la venta de cosa ajena, en cuya presunta pugna creen muchos ver la demostración, para Chile, de que el deber del vendedor es sólo otorgar la posesión tranquila y pacífica. Es notable, porque en Italia se pensó, cuando la ciencia estaba menos evolucionada, de la misma manera, llegándose a la antinomia de establecer, para la venta civil la obligación translativa, anulando el contrato sobre cosa ajena, y de permitir en cambio la venta de cosa ajena en el campo comercial, que parecía requerirlo por las tantas veces aducida necesidad de ágil desenvolvimiento de los actos de comercio. Ahora se ha unificado la estructura del contrato civil y la del mercantil, porque se ha visto que la validez de la venta de cosa ajena, indispensable para la movilidad de los negocios, puede y debe conciliarse con el principio de la obligatoriedad de la transferencia del dominio, que es de la esencia ontológica del contrato.

Para el Derecho francés, si hay "venta romana", esto es, en que el contrato mismo no da la propiedad, Collin y Capitant opinan análogamente, dejando en claro que la obligación del vendedor, en tal caso, es de transferir el dominio. Oigámosles, cuando interpretan el artículo que declara nula la venta de cosa ajena: "Tratándose de la venta que recae sobre un cuerpo cierto, y debiéndose desde entonces, según la intención de las partes, transferir la propiedad inmediatamente, el vendedor ha de ser propietario en el momento mismo del contrato." (Para que la venta no sea nula).

"Tratándose de una venta que impone solamente al vendedor la obligación de operar más tarde esta transferencia de propiedad, por ejemplo de una venta que recaiga sobre cosas determinadas genéricamente, basta que el vendedor sea propietario en el momento de la entrega o de la determinación de la cosa. Añadamos, desde luego, que esta solución debe aplicarse aún a la venta de un cuerpo cierto, siempre que el vendedor

<sup>36</sup> Ruggero Luzzatto, op. cit., p. 13.

<sup>37</sup> Ruggero Luzzatto, op. cit., p. 178.

haya querido solamente imponerse la obligación de adquirir la cosa, para transferir en seguida la propiedad al comprador."<sup>38</sup>

El Código Civil argentino, en el artículo 1323, del título sobre la compraventa, la define, diciendo que la hay cuando "una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar un precio cierto en dinero". Por otro lado, se distingue entre el título y el modo (art. 577), y la venta de cosa ajena está prohibida por el artículo 1329: "Las cosas ajenas no pueden venderse. El que hubiese vendido cosas ajenas, aunque fuese de buena fe, debe satisfacer al comprador las pérdidas o intereses que resultasen de la anulación del contrato, si éste hubiese entregado la cosa. Si el comprador sabía que la cosa era ajena no podrá pedir la restitución del precio."

Cabe destacar que en el Derecho argentino se establece también la obligación de saneamiento por evicción.

#### d). Conclusiones.

De todos los sistemas jurídicos revisados, que nos han parecido para las demostraciones propuestas los más importantes, se desprenden claramente las conclusiones que siguen:

1<sup>ª</sup>) La ciencia jurídica no ha logrado liberarse del todo de aquellas notas que el Derecho Romano, fundado en consideraciones extrajurídicas y extrarracionales, dejó impresas en la compraventa.

2<sup>ª</sup>) No hay, actualmente, ni claridad ni modo de pensar uniforme en las concepciones científicas relativas al contrato que nos ocupa.

3<sup>ª</sup>) Elementos que han ido surgiendo en la historia de la compraventa como incompatibles con otros anteriores, pasaron después, en virtud de consideraciones científicas y fines prácticos, a ser complementarios con ellos, preparándose el terreno para la estructuración de una teoría integral y plena, potencialmente contenida en el conjunto de los sistemas modernos. Así, la primitiva obligación de transferir la propiedad, fue reemplazada por la de sanear la evicción. Pero los actuales sistemas francés, italiano, argentino, mexicano, alemán, suizo, probablemente el español, y seguramente el chileno, según lo demostraremos al tratar específicamente de él, han aunado ambos elementos: la obligación de transferir la propiedad es de la esencia: si no hay tal transacción, cabrá que el contrato se anule o resuelva, según los casos. Pero, además de esta acción de nulidad o resolución, se da al comprador la de saneamiento por evicción, como eficaz arma legal que usará más bien —según la mente del legislador— en aquellas oportunidades en que el dominio de su tradente haya sido dudoso y un tercero plantee juicio reivindicatorio. Tan claro es que la acción de saneamiento por evicción tiene ahora este fin práctico y no el de reemplazar el elemento de obligatoriedad de transferencia del dominio, que varios códigos modernos, y entre ellos el nuestro (art. 1841) autorizan a citar de evicción no sólo a la contraparte sino también al vendedor anterior que haya enajenado la cosa con posterioridad al título que motiva la evicción. Análogamente, el elemento que hemos llamado de

<sup>38</sup> Op. cit. y t. cit., p. 440.



obligatoriedad de transferencia del dominio, ha llegado a ser compatible con el de validez de la venta de cosa ajena, mediante una más plena utilización de ese invento según Alvaro D'Ors, típico del genio romano, de la distinción entre el título y el modo. Así ha resultado, por ejemplo, del estudio doctrinal en Francia, como ya hemos tenido oportunidad de verlo, y de la disposición expresa del moderno código civil, en Italia. Así se hace posible la venta de cosa cuyo dominio se piensa adquirir y se conserva al contrato la agilidad que la Economía le exige.

Es notable, y lo resulta más después de las consideraciones anteriores, que el viejo código civil chileno, sintético sin excepción alguna todos estos elementos, con sus consiguientes ventajas. En efecto, este monumento jurídico distingue entre el título y el modo (art. 675). Con ello, amén de ser más conforme al Derecho Natural, según ya lo demostramos, permite la venta de cosa ajena, cuya propiedad se pueda adquirir, venta que autoriza explícitamente en el artículo 1815. Este admirable monumento jurídico impone al vendedor la obligación de transferir el dominio —como lo probaremos en el siguiente apartado— dando lugar a la resolución en caso de incumplimiento; y consagra la acción de responsabilidad por evicción, como arma complementaria para el comprador, que puede incluso citar en su defensa —y esto es extremo de sentido práctico— a aquél de quien su vendedor adquirió la cosa.

Todo esto aparece aún más extraordinario, si se considera después de ver la evolución histórica de las figuras jurídicas. Ellas —entes prácticos de suyo, aunque susceptibles de ciencia especulativa— han tenido, para perfilarse e ir estructurando sus elementos, grandes dificultades. Esta labor, por su misma índole, debe realizarse no a priori, sino que como respuesta a los requerimientos de la vida y de las costumbres, sin haber en ella otra cosa de inmutable, que la dirección y límites impuestos por los principios eternos de la justicia. Por eso, la construcción de nuestro código es una obra de genio intuitivo y creador, muy propia del sabio Bello. Llegó a donde aún no ha llegado ninguno de los antes referidos sistemas jurídicos.—el moderno italiano se le acerca, pero dista bastante de su perfección—, así como su gramática fue precursora de muchas de las más valiosas ideas modernas.

### III. DE LA OBLIGACION ESENCIAL DEL VENDEDOR EN EL DERECHO CHILENO

A estas alturas, estamos ya en la parte fundamental de nuestro trabajo: nos incumbe ahora demostrar que la obligación esencial del vendedor en el Derecho chileno, es transferir el dominio de la cosa y no, como se dice de ordinario, otorgar la posesión tranquila y pacífica solamente. Esta tesis tiene una serie de implicancias jurídicas. Desde luego, las relativas a la procedencia de la acción resolutoria y de la "exceptio non adimpleti contractus", para el caso de que la tradición subsiguiente a la venta no haya hecho adquirir el dominio al comprador; la relativa a la facultad de éste de rechazar el pago o entrega cuando sepa que la cosa que se le pretende dar no pertenece al tradente; la relativa a la posibilidad que tiene cualquier interesado, según las normas generales, para pedir la nulidad de tal pago, dado que si se efectúa, es nulo absolutamente.

Hay, además, varios aspectos de la compraventa que se verían de distinta manera, de aceptarse la doctrina que sustentamos, como las consecuencias del error sobre la propiedad de la cosa para la validez del contrato, y otros; pero estos últimos no los trataremos, por caer fuera de los límites que nos hemos trazado.

#### a) Estado de la cuestión.

A decir verdad, poco es lo que se ha discutido en Chile sobre la obligación que nos ocupa. Ha primado, en general, sin contrapeso, la enseñanza de Pothier, la cual enseñanza han creído ver los autores revestida entre nosotros de fuerza de ley, por la existencia del artículo 1815, que declara válida la venta de cosa ajena; por el estudio histórico de las fuentes del Código, y por la circunstancia de no haber seguido Bello —teniendo a la vista— el sistema francés sobre este contrato, que fue la gran reacción de su época contra las concepciones romanas clásicas.

Ante la abrumadora mayoría, no nos detendremos a pasar revista a todos los juriconsultos que se inclinan en este sentido, contentándonos con citar al gran Alessandri. El da resueltamente su parecer en los términos siguientes: "Nuestro Código innovó sobre el derecho francés o mejor dicho, no lo siguió en esta parte. Reprodujo, en cambio, la regla romana, según la cual el vendedor se obliga a poner al comprador en posesión tranquila y pacífica de la cosa vendida; de modo que, entre nosotros, aquél no se obliga a dar la propiedad al comprador. *De ahí que sea impropia la definición que de la compraventa da el Código, diciendo que es "un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa", ya que dar significa, jurídicamente, enajenar, transferir el dominio, mientras que la obligación del vendedor no realiza ese objeto ni tiene ese alcance*"<sup>39</sup>.

"La entrega de la cosa vendida en nuestro Código tiene por objeto dar la posesión tanto jurídica o legal como material de la cosa, para que de este modo se cumpla la obligación del vendedor. Su obligación llega hasta ahí. No pesa sobre él la de transferir el dominio. *Por este motivo, el artículo 1824 ha incurrido en un error al decir que la obligación del vendedor se reduce "a la entrega o tradición". No es lo mismo entrega que tradición.*"

"La conclusión antes expuesta relativa a que el vendedor no se obliga a transferir el dominio, la hemos derivado de las propias expresiones de la ley. El artículo 1815 dice que pueden venderse las cosas ajenas. Si el vendedor estuviera obligado a dar el dominio de la cosa al comprador, podría únicamente vender las cosas sobre las cuales tuviera un derecho de propiedad, ya que sólo respecto de ellas podría cumplir su obligación, pues no puede transferir el dominio de lo que no tiene. Nuestra opinión, que en sí nada vale, encuentra apoyo en la de uno de los más distinguidos juriconsultos franceses, en la de Pothier, cuyas doctrinas fueron aceptadas casi íntegramente por nuestro código, sobre todo en lo relativo al contrato de venta. Este autor, definiendo el alcance de la obligación de entregar que tiene el vendedor, dice: "Pero el vendedor no se obliga por el contrato a transferir la propiedad de la cosa que vende, si no es su

<sup>39</sup> El subrayado es nuestro.

propietario. Sólo se obliga a poner al comprador en posesión de la cosa y a defenderlo contra todos los que posteriormente quisieran quitársela o pretender sobre ella algún derecho. Por esto es que si alguno me ha vendido de buena fe una heredad que no le pertenecía, pero que me ha puesto en posesión de la misma, aunque yo descubra después que no era su dueño, no tengo ninguna acción en su contra, en tanto no sea turbado por otra persona" <sup>40</sup>.

"...Según esto, el vendedor que es dueño de la cosa vendida y que tiene sobre la misma un derecho de dominio, a fin de poner al comprador en una situación absolutamente idéntica a la suya, debe desprenderse de ese derecho y transferirlo a aquél. Si así no lo hace, no ha cumplido su obligación y el comprador tiene derecho para pedir la resolución del contrato. Si no es propietario de la cosa, no tiene más obligación que la de transferir los derechos que tenga sobre ella, que en este caso son los de un mero poseedor. Aquí el comprador no podría pedir la resolución del contrato, fundado en que no se le ha transferido el dominio" <sup>41</sup>.

La doctrina contraria, en cambio, ha tenido en Chile escasísimos sostenedores. Entre quienes han profesado la cátedra, sólo conocemos a don Guillermo Correa Fuenzalida. Este jurista, al tratar de las obligaciones de dar, según aparece en unos apuntes mecanografiados correspondientes al segundo año del Derecho Civil, de 1933, p. 34, expresa que, en su concepto, si la compraventa no engendra obligación de dar, no se ve qué contrato pueda engendrarla, "porque el vendedor se compromete a radicar el dominio de una cosa suya en el comprador". Correa Fuenzalida se hace cargo de la posición de Alessandri, pero mantiene la suya.

Por su parte, don Alfredo Barros Errázuriz afirma en un pasaje de su curso de Derecho Civil que la obligación del vendedor es transferir la propiedad, pero en otro lugar de la misma obra, se abanderiza con la tesis que hemos llamado mayoritaria. Veámoslo: al explicar la validez de la venta de cosa ajena, don Alfredo Barros expresa textualmente: "la razón de esta disposición es que nuestra ley, siguiendo la tradición del Derecho Romano, considera la compraventa como un título que produce obligaciones y confiere sólo un derecho personal para exigir la entrega; no produce el cambio de dominio, el cual sólo se opera una vez efectuada la entrega o tradición, que es el modo de adquirir. Entendido así el alcance de la venta, es evidente que puede venderse la cosa de otro, porque vender la cosa de otro equivale a obligarse a proporcionar a otra persona el dominio de una cosa determinada."

"Vendida la cosa ajena, el comprador puede pedir, o que se le cumpla el contrato entregándole la cosa, o su resolución con indemnización de perjuicios" <sup>42</sup>.

Del comentario citado, resulta inequívocamente que Barros Errázuriz está con la doctrina que ahora pretendemos demostrar. Sin embar-

<sup>40</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo. De la Compraventa y de la Promesa de Compraventa, Santiago, tomo I, pp. 842, 843 y sig. El subrayado es nuestro.

<sup>41</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, op. y l. cit., p. 846, N° 825, párrafo 2°.

<sup>42</sup> Barros Errázuriz, Alfredo. Curso de Derecho Civil, Segundo Año, Segunda Parte, vol. III, pp. 120 y 121. Nascimento, Santiago.

go, cuando entra a explicar la obligación de hacer entrega de la cosa, adopta la tesis contraria: "La entrega a que se obliga el vendedor por el contrato de venta, dice Pothier, es una entrega por la cual debe transferir al comprador todos los derechos que tiene sobre la cosa, o en relación a ella" <sup>43</sup>.

"Si el vendedor es verdadero dueño de la cosa, por la entrega o tradición se transfiere el dominio; si no es verdadero dueño, el comprador sólo adquiere por la entrega los derechos transmisibles del vendedor sobre la cosa entregada; pero puede el comprador mejorar de condición, para los efectos de la prescripción, por haber mediado la existencia de un título translaticio, siempre que esté de buena fe (arts. 682, 683, 702 y 717)."

"En todo caso, el vendedor queda obligado a amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa que le ha entregado; y si éste es privado de ella por una evicción que tenga causa anterior a la venta, debe sanear la evicción (arts. 1837 y 1839)".

"Si nadie perturba o molesta al comprador, por razón de dominio, en la posesión pacífica de la cosa, no tiene acción contra el vendedor de buena fe, aunque probare que éste no era realmente dueño de la cosa que le vendió." <sup>44</sup>

Revisando tesis de licenciatura, hemos encontrado dos que sostienen nuestra opinión: la primera de ellas se intitula "La compraventa de cosa ajena" y es de don Raúl Pelén Pucheu <sup>45</sup>; la segunda, "Alcances, justificación y efectos de la venta de cosa ajena", y es de don Oscar Gorigoytia <sup>46</sup>.

Ambos autores hacen interesantes consideraciones sobre la conveniencia y modernidad de la doctrina que preconizan, ilustrando sus razonamientos con citas del Derecho y los escritores extranjeros. Con relación a nuestro Código, el señor Pelén da tres argumentos para probar que la obligación del vendedor es transferir el dominio, y el señor Gorigoytia da cuatro. De estos argumentos, los sobredichos autores coinciden en tres. Analizaremos primeramente el que es exclusivo del señor Pelén.

El señor Pelén cita a Meza Barros, quien en su manual de Derecho Civil de las Obligaciones expresa: "Si en virtud del contrato de compraventa, mediante cierto precio, el vendedor se obliga a entregar la cosa, a procurar al comprador la posesión tranquila o aún a hacerle propietario de la cosa, nada obsta para que la convención (venta de cosa ajena) sea válida". Y el señor Pelén, comentando este pasaje de Meza Barros, dice con mucho acierto que si la compraventa de cosa ajena es válida aun cuando el vendedor se obligue a hacer propietario al comprador, es inconcuso que la validez de la venta de cosa ajena no puede tener por fundamento el hecho de que el vendedor no se obligue a transferir el dominio, puesto que, en ambos casos, "la convención sería igualmente válida" <sup>47</sup>.

Los otros argumentos del señor Pelén, esgrimidos asimismo por el señor Gorigoytia, son los siguientes:

Primero: El Código dice en la definición de la compraventa que la obligación del vendedor es de dar, y sabido es que la obligación de dar

<sup>43</sup> El subrayado es de Barros Errázuriz.

<sup>44</sup> Barros Errázuriz, op. y l. cit. p. 132.

<sup>45</sup> Editorial Universitaria, Santiago, 1960.

<sup>46</sup> Editorial Universitaria, Santiago, 1962.

<sup>47</sup> Op. cit. p. 58.

tiene por objeto la transferencia del dominio o la constitución de un derecho real a favor del acreedor. El señor Pelén añade que, si es cierto que el Código dice también en el artículo 1824, al tratar ya específicamente de las obligaciones del vendedor, que pesa sobre él la de hacer "entrega o tradición" de la cosa, este precepto no se opone al del artículo 1793, definitorio de nuestro contrato, por cuanto la expresión "entregar" es genérica y comprende todo traspaso, aun de la mera tenencia física; y la expresión "dar" es específica respecto de ella y sólo involucra la transferencia del dominio o la constitución de un derecho real. Expone, finalmente, que, "como al tenor del artículo 1548 del Código Civil, la obligación de dar contiene la de entregar, es incuestionable que la entrega que debe hacer el vendedor es una consecuencia lógica de su obligación de dar", y que, ya que el texto de la ley impone al vendedor el deber de hacer la entrega o tradición, la sentencia que desestime la acción resolutoria fundada en el incumplimiento de la obligación del vendedor de efectuar la tradición o transferencia del dominio, puede ser casada en el fondo por infracción de los artículos 1793 y 1824 del Código Civil<sup>48</sup>.

A nosotros nos parece valedero y fundamental este argumento en cuanto se refiere a la definición del contrato de venta y a la naturaleza jurídica de la obligación de dar. No así en cuanto a lo que dice Pelén sobre la entrega de que habla el artículo 1824, que sería el acto material contenido, a tenor del artículo 1548, en la obligación de dar. Estimamos que la entrega o tradición a que se refiere el artículo 1824 (el cual usa ambas palabras como sinónimas según demostraremos más adelante) no es otra cosa que la realización o pago de la obligación de dar, y es, no el acto material de entrega o tradición, sino el acto jurídico —uno de los modos de adquirir el dominio— que se conoce con estos nombres.

Segundo: La validez de la venta de cosa ajena no se opone a la tesis sostenida, ya que, si el vendedor sólo se obliga a transferir el dominio nada impide que pueda estimarse válido el contrato aunque en definitiva no le vaya a ser posible cumplir las obligaciones contraídas. De lo contrario, dice Gorigoytia, podría impetrarse la misma nulidad en todos los casos de mero incumplimiento, siendo que lo que procede es el ejercicio de la acción resolutoria. Pelén, por su parte, explica la validez de la venta de cosa ajena diciendo: "Es cierto que el vendedor no podrá, en definitiva cumplir la entrega legal transfiriendo el dominio, porque nadie puede transferir más derechos que los que tiene (se pone en el caso de que el vendedor de cosa ajena no haya podido adquirir la propiedad). Queda a salvo entonces, al comprador, el derecho de demandar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios"<sup>49</sup>.

Tercero: Según el artículo 1837 del Código Civil, la obligación de saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida y responder de los defectos ocultos de ésta llamados vicios redhibitorios. Sobre la base de este artículo, Gorigoytia, hace el siguiente raciocinio: "literalmente, la disposición transcrita ordena al vendedor amparar al comprador en el dominio

<sup>48</sup> Pelén, op. cit. p. 59 y sig.; Gorigoytia, op. cit. p. 55.

<sup>49</sup> Pelén, op. cit. p. 64 y Gorigoytia, op. cit. p. 55.

de la cosa vendida. Habría sido absurdo imponer al vendedor la obligación de amparar al comprador en el dominio de la cosa vendida, si aquél no se hubiese obligado, mediante el contrato, a transferir este derecho"<sup>50</sup>. Este argumento nos parece magnífico.

Cuarto: El artículo 680, inciso segundo del Código Civil faculta al vendedor para reservarse el dominio de la cosa vendida hasta el momento del pago. Ello lleva a Gorigoytia a formular el siguiente raciocinio, que hace también, en términos parecidos, Pelén: "Si el vendedor puede eventualmente reservarse el dominio hasta el momento del pago es porque, en estricto derecho, está obligado a transferirlo. De otra manera, la reserva sería puramente ilusoria, y no obedecería a ningún fin jurídico concreto"<sup>51</sup>.

A nosotros, este argumento último nos parece poco satisfactorio, porque no cabe duda de que el artículo 680 inciso segundo, podría haberse dictado igual si Bello hubiese seguido la doctrina de Pothier, en el sentido de que cuando el vendedor es dueño, y sólo entonces, está obligado a traspasar su propiedad al comprador.

Estas tesis de licenciatura son muy importantes, no sólo por las argumentaciones que contienen, sino que también por los informes de los profesores encargados de su corrección.

Don Jacobo Schaulson, comentando la memoria del señor Gorigoytia, dice textualmente: "La parte más positiva del trabajo es el empeño del autor en demostrar la interesante tesis de que el vendedor se obliga a hacer dueño de la cosa al comprador. Sin embargo debió examinarse con detenimiento las implicaciones jurídicas de esa tesis frente a la opinión contraria, que ha prevalecido en buena parte de nuestra doctrina".

Don Lorenzo de La Maza Rivadeneira, en el informe a la memoria del señor Pelén, expresa, entre otros, los siguientes conceptos: "Es particularmente interesante la crítica que formula a la tesis de Alessandri (De la Compraventa y de la Promesa de Compraventa), según la cual el vendedor sólo contrae la obligación de proporcionar al comprador la posesión pacífica y tranquila de la cosa vendida, incluso la tenencia material de ella, sin contraer la de transferir el dominio, tesis que funda, principalmente, en que si ocurriese lo último, la compraventa de cosa ajena sería nula, conclusión inadmisibles, puesto que el artículo 1815 del Código Civil consigna su valor, sin perjuicio de los derechos del dueño".

"Con bastante acierto, el señor Pelén profundiza la tesis contraria, sostenida por Barros Errázuriz, en orden a que la obligación del vendedor comprende también la transferencia del dominio, puesto que, por definición, se obliga a "dar", y la obligación de dar es la que tiene por objeto la transferencia del dominio o constitución de algún derecho real, fuera de que contiene, además por expresa disposición de la ley, la obligación de entregar. No es obstáculo para que el vendedor contraiga tal obligación de transferir el dominio, la circunstancia de que no sea dueño, puesto que los contratos, en nuestro sistema legal, no sirven para ello, sino que desempeñan el papel de títulos translativos. Lo que ocurrirá, si el vendedor no es dueño, es que no podrá cumplir su obligación de trans-

<sup>50</sup> Gorigoytia, op. cit. p. 56. Pelén, op. cit. p. 61.

<sup>51</sup> Gorigoytia, op. cit. p. 56; Pelén, op. cit. p. 61.

ferir el dominio, incurriendo en todas las sanciones derivadas de su incumplimiento...".

Yendo ahora a la jurisprudencia, encontramos dos sentencias que acogen nuestra doctrina en la forma más amplia. Una es de primera instancia y la otra es de la Corte de Apelaciones de Santiago y confirma a la anterior, conociendo del recurso de apelación la Corte. La causa se llamaba "Ruiz con Marchant y otros". El señor Ruiz había comprado unas pertenencias mineras a Marchant, quien se las vendió sin ser su dueño. Posteriormente, el señor Ruiz remató las mismas pertenencias, ignorando la identidad, cuando salieron a remate, con un nombre distinto. Cuando cayó en cuenta de que sólo mediante la subasta había venido a adquirir las pertenencias de su verdadero dueño, pidió la resolución del contrato de venta que había celebrado con Marchant. El juez de primera instancia la concedió. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia, expresando en sus considerandos, lo siguiente: "12.— Que siendo así, los señores Marchant y Moya no pudieron adquirir el dominio de las referidas minas y transferirlas después con los nombres de Corona y Victoria, a título de compraventa, a tercero y con perjuicio directo de los derechos de sus verdaderos dueños, ya que tampoco podían verificar la tradición legal a su respecto, por cuanto este modo de adquirir, o sea la tradición, corresponde verificarla al dueño de la cosa únicamente;"

"13.— Que habiendo el señor Ruiz Valledor subastado con posterioridad a la venta las minas Amelia y Rosa, por haber sólo entonces perdido sus derechos a ellas los primitivos manifestantes, el dominio lo vino a adquirir el subastador, por este título, o sea por remate público;"

"18.— Que siendo la compraventa un contrato bilateral, y no habiéndose cumplido por parte de los demandados con la obligación de entregar la cosa vendida, hay derecho por la otra, o sea por el demandante, a pedir la resolución del contrato de que se trata, con indemnización de perjuicios; ya que en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado;"

"19.— Que el efecto de la resolución sería retrotraer las cosas al estado anterior, es decir la devolución del precio pagado por el comprador al vendedor" (Téngase en cuenta que Marchant hizo a favor de Ruiz la tradición mediante la inscripción, pero que la Corte consideró nula tal tradición porque la tradición sólo puede verificarla el dueño);

La Corte Suprema casó esta sentencia por vicio de fondo, arguyendo que la venta de cosa ajena es válida y que la tradición había dado al señor Ruiz el derecho de adquirir la cosa por prescripción, a que se refiere el artículo 683. La sentencia de la Corte Suprema fue dictada con los votos disidentes de los señores ministros don Luis Ignacio Silva y don J. I. Salas. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago fue acordada por unanimidad<sup>52</sup>. Hay también otra sentencia que declara que la obligación esencial del vendedor es transferir el dominio, pero tratando del asunto sólo incidentalmente, porque se refería a otra material, y sin

<sup>52</sup> Esta sentencia la menciona don Arturo Alessandri Rodríguez en sus apuntes sobre los contratos (versiones taquigráficas

de sus clases), y figura en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XX, 1º, p. 1.

contener ninguna demostración de su aserto, que repite en dos considerandos<sup>53a</sup>.

Por otra parte, en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, hemos hallado dos sentencias que directamente expresan que el deber del vendedor es proporcionar únicamente la posesión libre y desembarazada de la cosa, y no transferir el dominio. Lo que es extrañísimo, es que fundamentan la validez de la venta de cosa ajena diciendo que el vendedor puede llegar a adquirirla del dueño: "Y la venta es válida porque existe un objeto sobre el cual recae la obligación del vendedor, y porque no hay imposibilidad de entregar la cosa, como quiera que aquél puede llegarla a adquirir del dueño" (Corte de Temuco, 2-IX-1936 y 29-III-1939)<sup>53</sup>.

Hay, además, una sentencia que rechaza la "exceptio non adimpleti contractus" y otra que rechaza la acción resolutoria de compradores que se basaban en la no transferencia del dominio (Corte de Iquique, 28-IX-1885 y Corte de Santiago, 25-VIII-1885)<sup>54</sup>.

#### b) Nuestros argumentos.

Nuestro argumento fundamental es el que dejamos esbozado en la introducción de este trabajo: el de la incompatibilidad entre la obligación que tiene todo mero poseedor de restituir la cosa a su dueño, y la obligación que presuntamente emanaría de un contrato de venta, de entregar la posesión tranquila y pacífica del mismo objeto al comprador.

La posesión no es un derecho; es un hecho. Es la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño. Pero existe —eso sí— el derecho a la posesión: el derecho de poseer. Por cierto, este derecho, que es el de tener la cosa con ánimo de señor y dueño; compete exclusiva y excluyentemente al propietario. Y decimos "exclusivamente", porque es de toda evidencia que no pueden dos personas ser titulares del derecho de tener con ánimo de señor y dueño una sola y misma cosa en forma simultánea. (El caso de condominio es otra figura jurídica). Sin perjuicio de que el mero poseedor tenga otros derechos en relación a la cosa; incluso frente al mismo dueño (querrela de restitución y querrela de restablecimiento), cuya naturaleza y alcance no es del caso estudiar aquí.

Después de las precisiones que anteceden, nos parece estar muy claro que todo mero poseedor es obligado siempre a restituir la cosa al dueño. Esta obligación no es sino el reverso del derecho de éste —esencial a su dominio.— de poseer, y que se ampara mediante la acción reivindicatoria. Pues bien, estando el mero poseedor obligado a entregar la cosa al dueño, no puede estarlo a lo mismo respecto de un comprador, porque no puede haber dos obligaciones contradictorias.

Nada importa la buena o mala fe. Esto es, que conozca o ignore su obligación de restituir la cosa al dueño. Nada importa, porque las obli-

<sup>53a</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 8 de agosto de 1946, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLIV, 2º, p. 59.

<sup>53</sup> Ugarte Vial, Jorge: Repertorio de Le-

gislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil, T. VI, art. 1815, N° 1, p. 155.

<sup>54</sup> Ugarte Vial, Jorge: Op. y l. cit. art. 1815, N.os 9 y 10, págs. 155 y 156.

gaciones son entes reales, que se inscriben en la categoría del accidente de relación, y que poseen, por tanto, existencia extramental, objetiva e independiente del conocimiento que de ellas se tenga.

Así, por ejemplo, si Juan, por amnesia u otra circunstancia, ha olvidado que lesionó injustamente a Pedro y que le debe indemnizar perjuicios, esto, evidentemente no es obstáculo a la existencia de la obligación. Otra cosa es que no sea culpable ni responsable de su incumplimiento, y que nadie pueda achacarle, en cuanto a él, mala conducta. Por eso, si el acreedor logra probar la deuda, el juez deberá condenar a pagarla al que de buena fe la ignoraba. Otro tanto ocurriría con un mandante cuyo apoderado general hubiese contratado a su nombre, olvidando, al rendir cuentas, mencionar alguna de las deudas con que lo hubiera gravado. Tal ignorancia del sujeto pasivo no sería óbice a la existencia de la obligación.

Nos parece que todo esto es bastante claro. Empero, hemos estimado del caso extendernos sobre ello, en vista del impresionante subjetivismo que flota en el ambiente, y del no menos impresionante olvido en que están puestos los primeros principios de la razón y las primeras certezas del espíritu, una de las cuales es la de la existencia objetiva —independiente del conocimiento del sujeto— del mundo externo.

Hemos llamado fundamental el argumento recién explicado, porque él sólo basta para demostrar nuestra tesis. Aunque hubiera en alguna parte del Código artículos que expresamente la contradijesen —que no los hay— debería sustentársela, porque ella va necesariamente implícita en la doctrina de nuestro derecho sobre la propiedad. Se daría, por tanto, un caso de pasajes opuestos que, según el artículo 24 del Código Civil, debe resolverse optando por lo más conforme con el espíritu general de la legislación y con la equidad natural: Y no hay duda de que lo más conforme con dichos espíritu y equidad es lo que defendemos. No hay duda, sobre todo si se miran, de un lado la oscuridad que envolvía y envuelve las doctrinas de la compraventa y, de otro, la contrastante luz de los principios que rigen el derecho de dominio.

Los demás argumentos que hemos de dar, se dividen en dos partes: los relativos a preceptos que pueden considerarse constitutivos de la obligación de transferir el dominio, y los que se refieren a artículos confirmatorios de nuestra conclusión, o que por ella se explican, tomados así del título "De la Compraventa" como de diversos pasajes del Código Civil.

#### 1. Articulado constitutivo de la obligación de transferir el dominio.

Veremos dónde se configura la naturaleza del contrato de compraventa, y tomamos aquí la palabra "naturaleza" en su acepción metafísica, y no en la que se tuvo a la vista para clasificar los elementos del acto jurídico en de la esencia, naturales y accidentales. En el sentido ontológico que ahora le damos, la palabra "naturaleza" significa —como lo define Suárez— la substancia de un ser en cuanto principio de operaciones. La substancia es, entre las categorías, la que se opone a la de accidente. En los seres que cambian, la substancia es lo que no se muda, porque el ser dejaría de ser tal si se mudase, y no podría cambiar; y los accidentes son lo que en él hay, precisamente, de mutable. Por eso es

que Aristóteles dijo que la naturaleza era el principio del movimiento, y suele agregarse, de la quietud: Viene, pues, a equivaler, en cierto modo, a la "esencia" (Aristóteles, Metafísica, Libro V, Cap. IV).

La naturaleza del contrato de compraventa queda delimitada por los artículos 1793, 703, 706, 1824 en concordancia con los artículos de la tradición, y con el 1575, y por el artículo 1837. Contribuye, también a delimitarla el artículo 148 inciso 11º del Código de Comercio.

El artículo 1793 define la compraventa así: "La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida, se llama precio".

Este artículo es, sin duda, el más importante. Constituye una definición con todas las de la ley, y no una mera descripción, como la que se da, por ejemplo, de la hipoteca en el artículo 2407. Dicha calidad aparece como particularmente importante si se considera que Bello, además de ser un gran jurista, escribió un curso de Filosofía, y sabía, por tanto, todo lo que la Lógica exige para las definiciones, y era un eminente gramático, con enorme sentido del lenguaje<sup>55</sup>. Al decirnos, pues, que la obligación es de "dar", no es fácil que haya estado jugando con las palabras, o que se haya equivocado, como sostienen algunos. Esto aparece aún más claro, si se recuerda el cuidado con que Pothier, tan seguido por Bello, evitó la palabra "dar", en su definición, diciéndonos que el vendedor se obliga a "*hacer tener libremente, a título de propietario, una cosa*", y explicándonos, a continuación, que ha empleado estos términos, porque la obligación del vendedor no es transferir el dominio<sup>56</sup>. Pues bien, las obligaciones de "dar" son las que tienen por objeto transferir la propiedad de una cosa, u otro cualquier derecho real (Gayo, III, 90; Africanus, fr. 37, de usufr., VII, 1; Paulus, fr. 19, de ser. praed. rust. VIII, 3. Ulpianus, fr. 75, párrafo 10, de verb. obl., XLV)<sup>57</sup>.

Aunque este artículo basta, también otros artículos manifiestan de un modo inequívoco cuál es la obligación del vendedor:

1. El artículo 703.— El artículo 703 nos dice: "El justo título es constitutivo o translativo de dominio".

"Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción".

"Son translativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos"<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Como es sabido, Bello compuso una gramática castellana, que es considerada de las mejores que existen, y otra latina notabilísima.

<sup>56</sup> Pothier, Robert: *Traité du Contrat de Vente*, Paris, 1844, Librería Langlois, p. 1 y sigtes.

<sup>57</sup> Tan grandes fueron los estragos que las arbitrariedades romanas causaron en la doctrina de la compraventa, que doctores juristas medievales llegaron a sostener que la obligación del vendedor era

de hacer, y que por esto, no podía ser precisamente obligado a la entrega de la cosa, sino que era facultativa para el dicha entrega, la cual podía, a su elección, reemplazarse por indemnización: "*id quod interest*". De esto parecer fueron Juan el Búlgaro, Azón y Ugolino (Comentario de Vinnio a las Instituciones de Justiniano, anotado por Heinccio, t. 2º, p. 227, Nº 3. Barcelona, 1847).

<sup>58</sup> El subrayado es nuestro.

El precepto transcrito nos merece dos consideraciones: En primer lugar, ¿cómo podría entenderse que la compraventa fuera un título de los que por su naturaleza sirven para transferir el dominio, si no fuera por que engendrarse siempre —siendo o no dueño el vendedor— la obligación de transferir la propiedad? Porque la compraventa *opera* produciendo obligaciones, al igual que todos los contratos, según lo han establecido la doctrina universal y nuestro Código (1438). Precisamente se definen los contratos como convenios que tienen por fin crear obligaciones. Luego el contrato, sólo puede operar, esto es, generar sus efectos propios, produciendo obligaciones. Y no puede un ser —y la compraventa lo es— tener dos naturalezas: producir la obligación de transferir el dominio cuando el vendedor es dueño, y producir sólo la de otorgar la posesión tranquila y pacífica cuando aquél no sea propietario. Esto equivaldría a tener dos naturalezas, porque las cosas se especifican —o constituyen en su especie— por su fin: toman su entidad o esencia del fin que les es asignado; y son dos fines bien distintos la obligación de transferir el dominio y la obligación de procurar la posesión tranquila y pacífica.

Si contra esto se arguye que cuando el vendedor no es dueño, la compraventa le sirve, en ciertos casos; por expresa disposición del Código, de justo título de posesión, y que por lo tanto, es a veces objetivo o fin de ella, dar tal posesión, respondemos que es errado el argumento: la compraventa no produce en tales casos, la adquisición de la posesión, ya que, para dicha adquisición, bastan el *corpus*, que se basa en la aprehensión material u otro hecho que la ley le equipare, y el *animus*. La compraventa sólo sirve como un elemento que, por la circunstancia o accidente de haber precedido a dicha toma de posesión, puede hacer que ésta sea regular, ya que da razón de ser al *animus*. Por otra parte, la ley, plausiblemente ha querido constituir esta circunstancia en fortísima base para la suposición de la buena fe, que es uno de los elementos de la posesión regular. Pero éste no es el fin propio de la compraventa —el que le da su fisonomía ontológica— que, como hemos dicho, consiste, por ser ella contrato, en producir una obligación. Esto es sólo un efecto que produce “per accidens” —accidentalmente—, por su sola presencia, aunque su fin intrínseco se haya frustrado.

En segundo lugar, el artículo 703 equipara a la compraventa, como título translaticio de dominio, con la permuta y con la donación. Ahora bien, respecto de la donación, no cabe duda de que la obligación del donante es transferir el dominio, como se desprende del artículo 1386, que dice: “La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona que la acepta”. Respecto de la permuta, tampoco cabe duda de que el deber que contraen las partes es, el de transferirse recíprocamente el dominio. Abonan este aserto, primero, la definición del Código: “un contrato en que las partes se obligan a dar una especie o cuerpo cierto por otro (1897); segundo, la historia fidedigna, puesto que en el Derecho Romano y en el Moderno Extranjero, la obligación era y es, de transferir el dominio. Respecto del Derecho Romano, puede verse Troplong (op. cit.

p. 15). Respecto del Derecho Moderno Extranjero, sirva de ejemplo el español, que distingue, como sabemos, entre el título y el modo<sup>50</sup>.

2. *El artículo 706.*— Este precepto, al definir qué ha de entenderse por buena fe para clasificar la posesión en regular e irregular, dice: “La buena fe es la conciencia de haber adquirido *el dominio* de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”<sup>51a</sup>.

“Así en los títulos translaticios de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato”.

Este artículo es capital. El dice que la buena fe es la conciencia de haber adquirido el dominio; no dice que sea o pueda en algún caso ser la conciencia de haber adquirido “la posesión tranquila y pacífica”. Luego, quien tenga conciencia de haber adquirido sólo la posesión tranquila y pacífica, está de mala fe. La deducción es inobjetable. Pero es más; el artículo pone un ejemplo, para que se vea cómo se ha de aplicar la definición que acaba de formularnos, y nos dice: “así en los títulos translaticios de dominio —y la venta es uno de ellos— la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla...”. De suerte que quien, después de una venta, tenga la conciencia de no haber obtenido sino la posesión tranquila y pacífica, y no esté persuadido de que le dio la cosa quien estaba facultado para enajenarla —hacerla ajena, desprenderse del dominio él o desprender de tal derecho a su representado— está de mala fe. Y si está de mala fe, por definición, es que ha hecho algo contrario a la ley, ilegal, ilegítimo... Luego, la obligación que nace de los títulos translaticios —y entre ellos, de la compraventa— es la de transferir el dominio. Nada valdría alegar que esta disposición es genérica, para todos los títulos translaticios, y que, por tanto, priman sobre ella otras, relativas a la compraventa. Nada valdría, porque, en primer lugar, como lo probaremos después, no hay otras relativas a la compraventa específicamente, que la contradigan, y en segundo, porque si las hubiera que por equivocidad fueran susceptibles de una interpretación contraria a nuestra tesis, y de otra favorable, debería preferirse ésta, por ser unívoco el artículo 706, y por no haber ninguna “ratio legis” que justifique hacer diferencia en el punto que nos ocupa, entre la compraventa y las demás especies del género título translaticio de dominio.

3. *El artículo 1824 en concordancia con el 676, con el 672 y con el 1575.*

El artículo 1824 señala que: “Las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida”, y que “la tradición se sujetará a las reglas dadas en el título VI del Libro II”.

<sup>50</sup> Art. 1538: “La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra”.

Art. 1539: “Si uno de los contratantes hubiere recibido la cosa que se le prometió

en permuta, y acreditase que no era propia del que la dio, no podrá ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio, y cumplirá con devolver la que recibió”.

<sup>51a</sup> El subrayado es nuestro.

Este precepto es el que más base ha dado para la tesis contraria a la nuestra, después del artículo 1815. Se dice que el vendedor está obligado o a la entrega o a la tradición. La partícula "o", pues, ha permitido interpretar que, no siendo dueño, tiene el deber de hacer la mera entrega, y que, siéndolo, tiene el de hacer la tradición.

Sin embargo, con un buen conocimiento de la gramática y de la terminología legal, y concordando este precepto con los que más arriba hemos analizado, y que son tan inequívocos y categóricos, esta objeción se desvanece fácilmente. En efecto, en lenguaje jurídico castellano, las palabras entrega y tradición son sinónimas. Don Joaquín Escriche, definiendo en su célebre diccionario la palabra "entrega", dice: "Es el modo de adquirir derivativo, cuando el propietario capaz de enajenar sus bienes, pone en mano o en poder de otro alguna cosa que le pertenece, con ánimo de transferirle el dominio en virtud de justa causa"<sup>60</sup>. Por otra parte, si bien es cierto que el Código define en su artículo 670 la tradición como modo de adquirir el dominio; en el mismo título (683) y en otros artículos, como veremos, Bello usa las palabras "tradición" y "entrega" indistintamente para significar el modo de adquirir o la mera entrega material, por lo que nada autoriza para aplicar la norma hermenéutica de que cuando el legislador define ciertos vocablos para determinadas materias, se estará en ellas a tal definición (20, C. Civil). Así, el artículo 1550, da manifiestamente a la palabra "entrega" el significado de modo de adquirir: "El riesgo del cuerpo cierto, cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor"; y el artículo 1920 da a la palabra "tradición", en cambio, el significado de simple entrega: "La entrega de la cosa que se da en arriendo podrá hacerse bajo cualquiera de las formas de tradición señaladas por la ley". Lo mismo ocurre al tratar de la anticresis; el artículo 2437 dice: "El contrato de anticresis se perfecciona por la tradición del inmueble". Que aquí la palabra tradición está tomada en el sentido de mera entrega, se prueba por lo que añade el artículo 2438 inciso primero: "La anticresis no da al acreedor por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada". Otro tanto ocurre con el caso del comodato. El legislador, en el artículo 2174 inciso segundo, dice de él: "Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa". Por todo esto disintimos del señor Meza Barros, que al tratar de la naturaleza de las obligaciones de dar, sostiene que: "El legislador... ha confundido continuamente los conceptos de entrega y tradición"<sup>61</sup>. El gramático, latinista y jurista Bello nada confundió. Simplemente empleó ambas palabras como sinónimas porque lo son...

Puesto ya en claro que no necesariamente se trata de dos cosas distintas en el artículo 1824, al hablar de "entrega o tradición", porque dichas expresiones pueden tomarse como equivalentes, se demuestra sin esfuerzo que tal ha ocurrido, concordando este artículo con el 1793, el 703 y el 706, y usando del principio exegético de que debe siempre preferirse la interpretación que salve la armonía y coherencia lógica de los cuerpos legales.

<sup>60</sup> Escriche, Joaquín: Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, París, Librería de la Rosa, 1852.

<sup>61</sup> Meza Barros, Ramón: Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones, p. 35, 3ª edición, 1957, Editorial Jurídica de Chile.

A lo que está obligado, pues, el vendedor, es a la tradición en su sentido de modo de adquirir, que define el Código en el artículo 670: "La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo".

"Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales". Esta tradición es nula cuando el tradente no es dueño, según lo dispone el artículo 672 inciso 11º. La obligación es pues de dar. No deja de ser interesante que Juan Domat, uno de los más grandes jurisconsultos franceses del siglo XVII, al definir la venta diga que es: "una convención por la cual uno se obliga a dar una cosa, y el otro a pagar el precio en dinero"<sup>62</sup>.

Pues bien, la tradición esta, en su aspecto de pago —prestación de lo debido— de la obligación de dar, la trata el artículo 1575, que constituye uno de nuestros principales argumentos. Dice tal artículo: "El pago en que se debe transferir la propiedad no es válido sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño".

"Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad sino en cuanto el que paga tiene facultad de enajenar".

"Sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño, o no tuvo facultad de enajenar".

Naturalmente, la parte capital de este artículo es la primera. Es la base de un razonamiento absolutamente irrefutable. Se pone en el caso de objetos no fungibles —pues de los fungibles se ocupa el inciso III— y de que haya obligación de transferir la propiedad. Pues bien, ¿de dónde puede emanar obligación de transferir la propiedad sino de un título translativo de dominio, a cuyo género pertenece por excelencia la compraventa? Es clarísimo, por otra parte, que si el vendedor estuviera obligado a transferir el dominio solamente cuando fuera dueño, sería perfectamente ociosa una disposición como ésta, que dice: "El pago en que debe transferirse la propiedad no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño".

Lo único que cabría argüir contra las razones a que da base este artículo, es que el código se está poniendo en el caso de un contrato inominado en que se contraiga la obligación de transferir el dominio, y no en el de un contrato de venta. Pero semejante recurso, amén de innecesario y ridículo, por la concordancia y armonía de este precepto con los que definen la naturaleza de la compraventa y que explicamos más arriba, sería un absurdo histórico y práctico.

Es interesantísimo tanto por su contenido, como por la autoridad del gran maestro, el comentario que don Luis Claro Soler dedica a este artículo. Dice el insigne publicista: "Exigiendo la ley para la validez del pago en que debe transferirse la propiedad que el que paga sea propieta-

<sup>62</sup> Domat, Jean: Opere Di Giovanni Domat. Le Leggi Civili Disposte nel Loro Ordine Naturale, Prima edizione fioren-

tina, Florencia, 1834, tomo I, p. 242 (La versión al castellano es nuestra).

rio de la cosa que da en pago y tenga facultad de enajenarla; es evidente que es nulo el pago que hace el que no es propietario de la cosa pagada, o si no tiene facultad de enajenarla, siendo propietario de ella. Todos los autores están de acuerdo en esta conclusión. El artículo 1575, al decir que no es válido este pago... declara por lo mismo que es nulo...; es decir, que tal pago no ha podido solucionar la deuda y libertar definitivamente al deudor<sup>63</sup>.

"Si el que paga no es propietario o la paga sin el consentimiento del dueño, tal pago no puede afectar al propietario de la cosa, quien tendrá el derecho de reivindicarla del poseedor. Por consiguiente, el acreedor, a quien el deudor dio en pago una cosa ajena sin el consentimiento del dueño, tiene interés en que el pago sea anulado y se le dé otra cosa que pertenezca al deudor, restituyendo la que había recibido, y puede pedir se declare la nulidad del pago y que se le haga un pago válido. Pothier decía que "aunque el pago de la cosa, cuya propiedad no ha sido transferida al acreedor, no sea válido, no obstante, mientras la tiene en su poder, no es admitido a demandar a su deudor lo que le es debido; es preciso que la cosa le haya sido evicta, o que se ofrezca devolverla al deudor" (Obligations, 498). Mas, el derecho del acreedor a adquirir la propiedad para poder disponer de la cosa como suya es innegable: él ha recibido el pago de buena fe, creyendo que el deudor le entrega una cosa que le pertenece y de que puede disponer; y si descubre después que la cosa no era de propiedad del deudor y que, por lo mismo, no pudo serle transferida por él, no puede estar obligado a mantener un pago nulo y que no ha podido ser tal pago".

"Tan claro es este derecho del acreedor que, aunque la acción reivindicatoria del propietario de la cosa hubiera prescrito, podría pedir se declarara la nulidad del pago y se le pagará nuevamente, restituyendo él al deudor la cosa ajena, que éste le había dado en pago. Se ha observado que el vicio de que adolecía el pago hecho por el no propietario ha quedado purgado desde que se han cumplido los requisitos para la prescripción; y que, por consiguiente, el acreedor no tiene ya acción porque no tiene interés (43: Duranton, t. 12 N° 31, Larombière 1.4, sobre art. 1238, N° 5; Delvincourt, t. 2, pág. 540; Aubry y Rau, t. 4, párrafo 316, texto y nota 17, pág. 250, 5ª edición); pero con esta argumentación se desconoce la verdadera situación jurídica en que el acreedor puede encontrarse. La prescripción suscita un escrúpulo de conciencia: el acreedor recibe en pago una cosa y descubre que no le pertenecía al deudor; puede repugnarle conservarla en su poder, aunque se halle al abrigo de la evicción; la ley respeta este escrúpulo, obligando al que quiera aprovecharse de ella a alegarla, no pudiendo el juez de oficio declararla, y autorizando su renuncia. La realización de las condiciones de la prescripción en favor del acreedor, no puede modificar la naturaleza del pago que permanece siempre nulo (44: Marcadé, 1.4 sobre el art. 1238 N° 2; Colmet de Santerre, 1.5, N° 177 bis XII y XIII; Demolombe, t. 27, N° 95; Laurent, t. 17, N° 496. Baudry-Lacantinerie y Barde, t. 2, N° 1412)"<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Claro Solar, Luis: Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Segunda edición, tomo XI, N° 1333, Santiago.

<sup>64</sup> Claro Solar, Luis, op. cit. y t. cit. N° 1334.

"El deudor que dio en pago una cosa que no era suya puede también deducir contra el acreedor la acción para repetir lo pagado. El deudor que entrega en pago una cosa ajena, puede, de buena fe, haberla creído propia; ha encontrado la cosa, por ejemplo, entre los bienes de una herencia que se le ha deferido y ha creído que la cosa pertenecía al difunto, quien era solamente depositario, y el dueño la reclama".

"Se ha sostenido que estando el deudor obligado a transferir la propiedad, debe garantizar al acreedor contra toda evicción, lo que es contrario a toda idea de repetición. Pero el deudor no reivindica, ni podría reivindicar, desde que decimos que no es propietario y por eso ha pagado mal entregando una cosa ajena: él puede pedir la nulidad de este pago porque el propietario puede reivindicarla y tiene interés en ponerse a cubierto de las reclamaciones de este propietario despojado por él. Por lo demás, al repetir lo pagado no perjudica al acreedor, porque su acción de repetición no será admitida sino a condición de pagar inmediatamente una cosa que le pertenezca o indemnizar completamente al acreedor. (45: Larombière, sobre art. 1238, N° 5; Colmet de Santerre, t. 5, N° 177 bis, VII. Contra, Laurent, t. 17, N° 449)".

"...Y podrá. (el propietario) aun reivindicarla (la cosa) del deudor, siempre que se haya hecho difícil su persecución o que la haya enajenado a sabiendas de que era ajena (898 del C. Civil)"<sup>65, 66</sup>.

Para Claro Solar, la nulidad del pago a que nos venimos refiriendo es absoluta. Oigámosle una vez más: "Hay, por lo mismo, una diferencia considerable entre el pago hecho por un deudor que no es propietario de la cosa que da en pago y el que hace un deudor que es propietario de ella, pero que no tiene facultad de enajenarla. En el primer caso, el pago no es válido en general, y pueden pedir su nulidad tanto el deudor como el acreedor; mientras que, en el segundo caso, el pago no es válido respecto del deudor, pero es válido respecto del acreedor"<sup>66, 67</sup>.

En resumen, tenemos que, para don Luis Claro Solar, el pago en que se debe transferir el dominio, hecho por quien no es dueño, es nulo de nulidad absoluta; que el acreedor, antes de sufrir ninguna evicción, puede solicitar se declare la nulidad de dicho pago y se le haga otro válido, o pedir la resolución del contrato; que ningún efecto produce, para sanear esta nulidad, el que se hayan cumplido los requisitos de la prescripción adquisitiva a favor del acreedor, respecto de la especie ajena que le fue dada; y finalmente, que el propio deudor puede repetir el pago mal hecho, contra el acreedor, si ha cobrado de buena fe, para ponerse a cubierto de una reivindicación del dueño que eventualmente podría diri-

<sup>65</sup> Claro Solar, op. cit. y t. cit. N° 1336.

<sup>66</sup> Derecho Romano: Ulpiano L. 14, § 8 in fine, t. 3, De solut. et liberat., Libro 46 del Digesto.

<sup>67</sup> Claro Solar, Luis, op. cit. y t. cit. N° 1337.

<sup>68</sup> Ver, en contra, comentando el art. 1240 del C. italiano vigente en 1930, que es el equivalente de nuestro 1575 y del 1238 del Código francés, Jorge Giorgi, op.

cit. t. VIII, N° 108. Disiente en lo relativo a los efectos de la prescripción adquisitiva por parte del acreedor, para sanear el pago. Pero sostiene que, si el que paga no es dueño y no se han cumplido aún los requisitos de la prescripción, puede pedir la nulidad del pago. Sus explicaciones son, en todo caso, muy inferiores a las de Claro Solar.



girse contra él, si por el pago que él hizo, se ha dificultado la persecución de la cosa (art. 838 del Código Civil) <sup>68</sup>.

4. El artículo 148 inciso segundo del Código de Comercio. Este precepto dice: "El envío no implicará entrega cuando fuere efectuado sin ánimo de transferir la propiedad, como si el vendedor hubiese remitido las mercaderías a un consignatario con orden de no entregarlas hasta que el comprador pague el precio o dé garantías suficientes", y el artículo 144, primero del párrafo "De las Obligaciones del Comprador y del Vendedor", dice: "Perfeccionado el contrato, el vendedor debe entregar las cosas vendidas en el plazo y lugar convenidos...". Como el envío sólo implica entrega cuando le acompaña el ánimo de transferir el dominio, y la obligación del vendedor es entregar, quiere decir que la obligación del vendedor es transferir el dominio.

Analizados los textos legales en que queda establecida la naturaleza del contrato de compraventa, examinaremos ahora los artículos y disposiciones que a algunos o a muchos, les han parecido presentar obstáculo a nuestra tesis, para que se vea cómo esto no es real. Nos referiremos a la validez de la venta de cosa ajena y a la acción de saneamiento de evicción.

### 1. La validez de la venta de cosa ajena.

El artículo 1815 preceptúa que: "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida mientras no se extingan por el lapso de tiempo".

Como ha aparecido en numerosas partes a lo largo de este trabajo, en boca de otros autores —y lo suscribimos nosotros ahora—, la validez de la venta de cosa ajena no es óbice a la aceptación de nuestra tesis. Es claro que, distinguiendo nuestro Código entre el título y el modo de adquirir, puede aceptar la validez de la venta de cosa ajena —y diríamos que debe haberlo— como acepta la de la venta de cosa futura. El vendedor, por la venta, sólo contrae una obligación; no transfiere el dominio. Por eso es que no importa, para la validez del contrato, que al tiempo de celebrarlo no sea dueño de la cosa vendida. Si después no puede cumplir con aquello a que se obligó —que constituye un objeto que no es ni física ni moralmente imposible: la transferencia del dominio— quedará sujeto a acción resolutoria y de indemnización de perjuicios.

Por otra parte, cabe observar que este artículo es precisamente el que asegura, dentro de límites jurídicos —de justicia—, esa agilidad y soltura que los autores dicen requerir la compraventa como principal vehículo que es de la vida comercial. Ir más allá, sería autorizar el despojo, intencionado o no.

### 2. La institución del saneamiento por evicción.

Esta importantísima institución está consagrada por el artículo 1837 y gobernada por los siguientes hasta el 1856.

<sup>68</sup> Rogamos se nos excuse el haber hecho tan largas citas de Claro Solar, en mérito de su gravísima autoridad, y del

valor de ellas, y del carácter tan minoritario de nuestra tesis.

El primero de los mencionados artículos es el que la define, configurando su naturaleza, análogamente a como lo hace el 1793 con la compraventa. Hemos, pues, de prestarle especial atención. Dice así: "La obligación de saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y responder de los defectos ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios". El fin pues de la acción de evicción —y las cosas, no lo olvidemos, se especifican por su fin— es amparar al comprador en el dominio, y además —no en vez— en la posesión pacífica de la cosa. El artículo es tajante y unívoco y no admite interpretaciones en virtud del principio de que lo que es claro no puede interpretarse. Es perentorio.

Y es obvio que si el vendedor es obligado a amparar al comprador en el dominio de la cosa, no puede ser sino porque haya estado obligado a transferírselo, en virtud del contrato de compraventa.

Se preguntará que por qué se habla de la posesión. Hay dos interpretaciones posibles; ninguna de las cuales pugna con nuestra tesis. Una es que se haya puesto tal palabra para más explicitud, porque quien ampara en el dominio de una cosa que ha entregado, de ordinario ampara, consecuentemente, en la posesión, ya que no será lo nominal que la haya perdido, el que la recibió, conservando en cambio aquel derecho. La segunda interpretación, compatible con la definición de evicción que el Código nos da en el artículo 1838, consiste en que el vendedor es obligado a amparar en la posesión aunque no se dispute el dominio, como sería si se ejerciese por un tercero acción posesoria sobre la finca vendida, fundada en haber sido despojado por el vendedor de ella con anterioridad a la venta. En un caso así, no importaría que el vendedor hubiera sido el verdadero dueño, porque ya sabemos que en los juicios posesorios, a tenor de lo dispuesto en el artículo 923, no se toma en cuenta el dominio que por una u otra parte se alega, dado el fin de orden público con que estas acciones han sido establecidas (que nadie se haga justicia por sí mismo) <sup>69</sup>.

Otros puntos que se deben aclarar desde ya —antes del examen de algunos artículos del párrafo relativo a la acción de evicción cuyo perfecto conocimiento importa a nuestra tesis—, son el del alcance de la existencia misma de esta institución y el de su compatibilidad con la acción resolutoria por falta de transferencia de dominio, que debe reconocerse al comprador si se acepta la doctrina que sustentamos.

Se cree que, en un principio, la obligación de saneamiento de la evicción nació como un elemento de reemplazo de la obligación de transferir el dominio, que el Derecho Romano había suprimido por las razones que en la primera parte de nuestro trabajo explicamos. Si es así —podría pensarse— o una u otra cosa; y dado que nuestro Código impone el deber de saneamiento, no puede imponer el de transferir el dominio. Sin embargo, tal antinomia no existe. Demuéstralo, desde luego, claramente el hecho de que los códigos que como el francés, han dado al título la

<sup>69</sup> Esta interpretación ha sido seguida por la Jurisprudencia (Corte de Santiago, sentencia 835, p. 413, Gaceta de 1872 y Corte de Concepción, sentencia 839, considerando

1º, p. 577, Gaceta de 1880. Fallos citados por Alessandri, "De la compraventa y de la promesa de compraventa", t. 2º, p. 14).

virtud de operar la adquisición del dominio por engendrar la obligación de darlo, mantienen en toda su amplitud la acción de saneamiento por evicción.

¿Qué ha ocurrido, pues? Sencillamente que estos dos elementos, que en un principio se consideraron el uno como reemplazante del otro, han llegado, en una más perfecta y moderna estructura del contrato, a ser complementarios.

El establecimiento, pues, de la acción que nos ocupa por nuestro Código, obedece a un fin práctico: se trata de poner una herramienta utilísima en manos del comprador que es arrastrado ante la justicia por razón de la cosa que ha adquirido: la de poder llamar en su defensa al vendedor, que es quien mejor tiene que conocer todo lo relativo al objeto que enajenó. Tan cierto es que nuestro legislador ha tenido este fin práctico, y no el de convertir la acción de saneamiento en un accesorio necesario de una supuesta obligación de otorgar la mera posesión tranquila y pacífica, que el comprador puede llamar en su auxilio al tercero de quien su vendedor recibió la cosa, según lo dispuesto en el artículo 1841, lo cual manifiestamente excede el marco de las relaciones bilaterales del contrato de venta, que debería delimitar la obligación de saneamiento si fuera un "accesorio necesario de la obligación de transferir la mera posesión tranquila y pacífica", obligación esta, que sería la principal del vendedor.

El Legislador ha tenido además, otro fin práctico, y es que la verdadera resolución de la compraventa a que viene a dar lugar la evicción cuando se consuma, aunque no se la llame así<sup>70</sup>, no se produjera, en los casos de dudosa transferencia del dominio, sin el litigio de que las cosas dudosas han menester para esclarecerse.

Tuvo, por último, el Legislador, un tercer fin práctico: que el vendedor no pudiera ser obligado a restituir el precio que recibió por la cosa, a consecuencia de la defensa deficiente de un comprador que carecía de los datos relativos al título aducido para fundamentar la evicción.

Pasando ahora al punto de la compatibilidad, como elementos del contrato, de la acción resolutoria por falta de transferencia del dominio, y la acción de saneamiento por evicción, podemos decir que ella es evidente: cuando el comprador tenga certeza de que no se le ha transferido el dominio de la cosa, porque ésta no pertenecía al tradente, podrá ejercer sin que le sea evicta, la acción de nulidad del pago y resolución del contrato por incumplimiento de la obligación fundamental que de él emanaba a su favor. Cuando el dominio sea dudoso, o el comprador crea que se le ha transferido, y un tercero pretenda la posesión o algún derecho sobre la cosa, podrá citar de evicción al que se la vendió. Si el juicio se pierde, se le devolverá el precio, lo que, en realidad, es una resolución, en que habrá de terminar el contrato por incumplimiento de la obligación de transferir la propiedad<sup>71</sup>.

<sup>70, 71</sup> Es curiosísimo y muy interesante, que Domat llame resolución de la venta a este hecho: "Si la vendita e risoluta da una evizione, o tenuto il venditore a restituire il prezzo, o ad indennizzare il compratore de danni ad interesì che potra soffrire". "Si

la vendita se resolve per una evicción, está obligado el vendedor a restituir el precio y a indemnizar al comprador por los daños y perjuicios que haya podido sufrir". Op. y t. cit. Compraventa, N.º 12. Recuerdese que Domat define la compraventa co-

Hay sí, una diferencia fundamental entre ambas acciones: como la resolutoria accede por esencia y definición al deber básico del vendedor, y causa jurídica para el comprador, que es la transferencia del dominio, ella no es renunciable en el mismo contrato; porque tal renuncia equivaldría a que éste contuviese en sí propio el germen de su destrucción: la autorización de su incumplimiento —lo cual sería un absurdo. En cambio la acción de saneamiento, por no ser de la esencia, y responder sólo a un fin práctico, es elemento natural del contrato, en el sentido que da a esta expresión el artículo 1444, y puede renunciarse en él mismo, con los requisitos que exige la ley.

Precisamente, los impugnadores de nuestra tesis, creen ver otro inconveniente para ella en el hecho de que se permita tal renuncia. El artículo 1852, autoriza abdicar el derecho de hacer concurrir al vendedor al litigio, así como el derecho de repetir el precio.

Sin embargo, no hay tal inconveniente. El comprador, cuando renuncia la facultad de citar al juicio a su contraparte, renuncia un elemento que sólo pertenece a la naturaleza del acto, en el sentido del artículo 1444, como dijimos, porque no le es estrictamente indispensable para salvaguardar su dominio, ya que bien puede defenderlo solo, aunque sea con más dificultad.

El caso en que el comprador exige al vendedor de la obligación de restituir el precio, es distinto, y merece explicación aparte. A primera vista, pareciera su posibilidad ser incompatible con el carácter irrenunciable que atribuimos a la acción resolutoria. Pero no lo es. El precepto dice: "Cesará la obligación de restituir el precio, si el que compró lo hizo a sabiendas de ser ajena la cosa, o si expresamente tomó sobre sí el peligro de la evicción, especificándolo" (1852). Es manifiesto que se trata de un caso en que hay peligro, y con la palabra "peligro", se quiere señalar que el dominio de la cosa es dudoso, y que puede sobrevenir un litigio; pero no se comprende el caso en que la cosa sea ciertamente ajena. Esto aparece con meridiana claridad del contexto: se pone este caso después de haber legislado sobre aquél en que el comprador recibe la cosa "a sabiendas de ser ajena", y el artículo 1842 declara nulo todo pacto en que se exima al vendedor de la responsabilidad por evicción si este está de mala fe, o sea, a tenor del artículo 706, si sabe que la cosa es ajena.

Lo que ocurre, pues, es que tratándose de una cosa cuyo dominio no es seguro, el Legislador permite que el comprador expresamente tome sobre sí el peligro de la evicción, especificándolo. Con ello, la compraventa se convierte en aleatoria. Equivale a decir: te vendo lo que tenga; te vendo si soy dueño o si no lo soy; y por la probabilidad de que el vendedor no sea dueño, ordinariamente procederá rebajar el precio. Para que se vea cómo esta explicación no es un subterfugio nuestro, hemos de decir que este tipo de venta que llamamos "aleatoria", está reconocido

mo contrato en que el vendedor se obliga a "dar". En otro pasaje dice: "Vi sono alcuni turbamenti que di loro natura risolvono la vendita, come si il compratore evicta dal proprietario": "Hay algunas tur-

baciones que por su naturaleza resuelven la venta, como si el comprador es evicto por el propietario". Op. cit., t. cit., p. 297, N.º 11.

por la doctrina y el Derecho de otros países. Así, el Código Civil Español la contempla en la última parte de su artículo 1477, y en España se la conoce como "venta a riesgo y ventura del comprador". En Italia, está aceptada por el artículo 1488. Veamos lo que nos dice al respecto Ruggero Luzzatto: "Un tipo todavía más anómalo de venta es el de aquella que viene convenida "a todo riesgo y ventura del comprador". En tal caso, acaeciendo la evicción, el vendedor no está obligado tampoco a la restitución del precio (art. 1488, apartado 2º). La venta que se tiene en este último caso se separa profundamente del tipo normal. En un cierto sentido, es venta en cuanto, si el vendedor es propietario, o lo llega a ser, automáticamente se transmite la propiedad al comprador. Pero en otro sentido se aleja del tipo normal, porque no puede decirse que la venta produzca, a cargo del vendedor, la obligación de transferir la propiedad, como sucede ordinariamente, puesto que, acaeciendo la evicción, el vendedor está exento de cualquier responsabilidad, y hasta de la obligación de restituir el precio".

"Este tipo de venta, la cual podría llamarse en cierto sentido "aleatoria", presenta alguna analogía con la *emptio spei*, en la cual la persona vende a otra un objeto todavía no existente, y cuya existencia futura es incierta; este contrato es eficaz en el sentido de que el precio es debido aunque la cosa vendida no llegue a tener existencia (ejemplo célebre: el *jactus retis*)?"<sup>72</sup> a.

Queda por dilucidar el caso a que se refiere la primera parte del inciso final del artículo 1852: "Cesará la obligación de restituir el precio, si el que compró lo hizo a sabiendas de ser ajena la cosa". Este pasaje es susceptible de una interpretación muy coherente con la equidad y con nuestra tesis: el que compró cosa ajena, a sabiendas de que era ajena, y de que el vendedor no tenía ninguna intención de adquirir el dominio para hacerle tradición, actuó de mala fe, según lo que dispone el artículo 706; hizo, en la tradición, un acto ilícito —aunque la venta, por la dificultad de entrar a probar las intenciones, ha de considerarse válida— y no tiene derecho de repetir lo pagado, en virtud del principio que enuncia el artículo 1468: "No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas".

Tampoco obsta a nuestra tesis el artículo 1842: "Es nulo todo pacto en que se exima al vendedor del saneamiento de evicción, siempre que en ese pacto haya habido mala fe de parte suya". De este artículo puede desprenderse la conclusión de que vale la venta de cosa ajena en que el vendedor está de mala fe, es decir, no piensa adquirir el dominio de la cosa para darlo al comprador, sabiendo que ésta no es suya, y puede también desprenderse que —en consecuencia— la obligación del vendedor no es la de transferir el dominio. La primera parte de la deducción es correcta: vale la venta, porque nadie puede saber con certeza cuáles son las intenciones del vendedor de la cosa ajena, y es un principio general, por tanto, el que sienta el artículo 1815 de la validez de la venta de cosa ajena. La segunda parte de la deducción —que el deber del vendedor no es transferir el dominio— es falsa, porque el mismo precepto transcrito

<sup>72</sup> Luzzatto, Ruggero: op. cit., p. 27.

mantiene la obligación de saneamiento, esto es, de amparar al comprador en el dominio y posesión de la cosa.

También el artículo 1846 N° 2 podría presentar algunas aparentes dificultades. Dice: "Cesará la obligación de sanear en los casos siguientes:

Si el comprador perdió la posesión por su culpa y de ello se siguió la evicción".

Antes que nada, conviene analizar esta disposición, porque es obscura, y después mostrar la solución de los problemas que plantea.

A primera vista, parece que el precepto es aplicable a los casos en que un comprador haya recibido de buena fe cosa que no perteneciera al tradente y, perdida la posesión por su culpa, no pueda enterar el término necesario para la prescripción adquisitiva, siendo vencido en el juicio reivindicatorio que intente, o que se siga contra él en los casos en que se puede reivindicar contra el que ya no posee. Tal ha sido la interpretación de Fabres y Alessandri<sup>72</sup>.

Si fuera éste el sentido de la ley, ella sería, en el artículo que comentamos, contraria a nuestra tesis, por cuanto, si la obligación del vendedor es transferir el dominio, siempre habrá lugar a la restitución del precio cuando el comprador pruebe el incumplimiento, que en estos casos sería manifiesto.

Vamos, empero, a ver si el precepto es susceptible de otra interpretación compatible con nuestra doctrina. En caso de ser así, deberemos darle preferencia, en vista del carácter tan inequívoco con que los artículos que hemos llamado definitivos de la naturaleza de la compraventa, señalan que la obligación del vendedor es de dar, y para cumplir con la norma del artículo 22, que nos manda quedarnos con la exégesis que salve la coherencia y armonía de los cuerpos legales.

Don Andrés Bello, en una nota del proyecto de 1853, en el cual nuestro artículo 1846 llevaba el número 2.028, nos remite a la ley XXXVI del título V de la Partida quinta. Allí hemos de ir pues, por el sentido auténtico del texto que nos preocupa.

La mencionada ley de Partidas expresa: "El vendedor, segund de suso diximos, es tenuto de fazer sana la cosa quel vendio al comprador, o de tornar el precio, con todos los daños, e los menoscabos quel vinieron ende, si gela non ampara. Pero en casos y a, en que non sería assi. . . El tercero es, si por su culpa se perdiessé la tenencia de la cosa que le fuesse vendida".

Explicando este pasaje, el licenciado Gregorio López, cuya edición del Código de las Siete Partidas es oficial en España, nos dice que ha de entenderse que la disposición se aplica cuando, de la pérdida de la posesión, se siga la pérdida del derecho de obrar sobre la propiedad, y señala dos casos: el primero es el de la ley "si quis *emptionis*", Código, Libro VII, Título XXXIX, ley 3ª, párrafo 1º. Esta ley ordena que la prescripción adquisitiva extraordinaria no dé el dominio cuando la posesión se ha ini-

<sup>72</sup> Fabres, José Clemente: Instituciones de Derecho Civil Chileno, Tomo II, nota 73, p. 399; Imprenta y Librería Ercilla, Santiago de Chile, 1902. Alessandri Rodríguez,

Arturo: "De la Compraventa y de la Promesa de Compraventa", Tomo II, p. 233 y sig. Ninguno de los dos autores explica el origen de la disposición.

ciado de mala fe, y que en tales ocasiones, sólo produzca excepción para retener la cosa, pero no acción para reivindicarla, la cual sólo corresponde al dueño.

En el sistema de las Partidas, que es románico, el vendedor no se obliga a transferir el dominio, y según Gregorio López, si el comprador ha recibido cosa ajena y no ha tenido buena fe, y por perder la posesión no puede reivindicar ni siquiera en virtud de la prescripción extraordinaria, no puede reclamar saneamiento. Es total y absolutamente claro que esta figura no tiene cabida en nuestro derecho, toda vez que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2510, para la prescripción extraordinaria se presume de derecho la buena fe, y en consecuencia, siempre se adquiere por ella el dominio.

El segundo caso que señala Gregorio López es aquél en que la pérdida de la posesión es causa de la evicción, porque el comprador, quedando destituido de la presunción de dominio que ampara a los poseedores, y gravándose con el *onus probandi* que pesa sobre los que demandan, no puede acreditar su derecho de propiedad en el pleito reivindicatorio. Gregorio López cita en su apoyo dos normas canónicas: la primera es del *Liber Sextus*, título *De Regulis Iuris*, 11, y dice: "Cum sunt partium iura obscura, reo favendum est potius quam actori": "Cuando son obscuros los derechos de las partes, hay que favorecer al reo antes que al actor". La segunda es de las Decretales de Gregorio IX, Libro II, título XIX (De Probationibus), capítulo III. Este capítulo, en la parte pertinente, expresa: "Ex literis tuis intelleximus, te & archidiaconu confines habere prebendas in villis, quas singuli singulas possidetis: & praetextu terminorum inter vos controversiam agitari, eo quod dicas eu antiquos fines egressum, partemque tui fundi occupasse: illo in contrarium asseverante, se partem eandem fundi possedis quadraginta annorum spatium inconcusse: tu autem quod per idem tempus quiete illa possederis asseveras: quare utrum incumbat petitori vel possessori probatio quaesivisti. Ad quod scire debes, quod iudicium finium regundorum tale est, ut in eo utraque persona vices duorum habeat, videlicet actoris, & rei: Unde hincinde testes produci possunt ad cognitionem iudicis instruendam: quibus examinatis, iudex quos pcellere intellexerit, ad fidem sibi facta admittat. Quod si ambarum partium testes sint aequi idonei, possessoris testes praeferuntur: cum promptiora sint iura ad absolvendum, quam ad condemnandum...": "Por tus cartas, hemos comprendido que tú y el archidiacono tienen prebendas contiguas en el campo, las que poseéis cada uno las suyas; y con pretexto de los límites se agita controversia entre vosotros, pues tú dices que él se ha excedido de los antiguos límites, y que ha ocupado una parte de tu fundo; él afirma, de contrario, que ha poseído en forma inconcusa la misma parte del fundo por el espacio de cuarenta años; en cambio tú sostienes que, por el mismo tiempo, la has poseído en forma tranquila. Has preguntado si incumbe la prueba al que demanda o al que posee. Acerca de lo cual, debes saber que el juicio de la determinación de los límites de los terrenos cultivados es tal, que en él una y otra persona tienen una doble condición, es decir, de actor y de reo, por lo cual, de una y otra parte, se pueden presentar testigos para ilustración del juez; examinados los cuales el juez ha de admitir, para

formarse juicio, los que estime de mayor mérito. En caso de que los testigos de ambas partes fueren igualmente idóneos, han de preferirse los testigos del poseedor; puesto que valen más los derechos para absolver que los derechos para condenar".

Este segundo caso que pone Gregorio López no estorba nuestra tesis, y por tanto debemos —por la razón de la coherencia ya dicha— sostener que es a él al que se aplica el precepto que comentamos. Y no estorba, porque es equitativo que si el comprador se ha puesto por su culpa en la imposibilidad de probar su derecho de propiedad, no se le permita pedir restitución del precio contra el vendedor, alegando la evicción. No es en absoluto necesario concluir que tal restitución se niega por no ser deber del vendedor transferir el dominio<sup>73</sup>.

<sup>73</sup> La glosa de Gregorio López es como sigue: "Adde l. si rem, quam 29. § 1.º. D. de evictio. et videtur intelligendum, si ex amissione possessionis inferatur, quod perdere debeat jus agendi super proprietate, ut in casu l. si quis emptiois 8. § 1.º. C. de praescript. 30 vel 40 annor. non alias; et hoc videtur de mente Bald. in dict. l. si rem; vel si alias possessionis amissio fuisset causa non obtinendi super proprietate, ut si causa erat dubia, cap. ex literis 3. de probation. regula, cum sunt partium 11. de reg. iur. lib. 6.": "A mayor abundamiento, la ley si rem quam, 29. § 1.º. D. de evictio. y parece que ha de entenderse si de la pérdida de la posesión se sigue que deba perderse el derecho de obrar sobre la propiedad, como en el caso de la ley si quis emptiois 8. § 1.º. C. de praescript. 30 vel 40 annor: no otra cosa; y esto parece ser la mente de Bald. en dicha ley si rem; o si de otro modo la pérdida de la posesión fuese causa de no obtener acerca de la propiedad, como si la causa era dudosa, cap. ex literis 3. de probation. regula, cum sunt partium 11. de reg. iur. lib. 6.

La ley si rem quam, Digesto, Libro XXI, tit. 11, l. XXXIX, § 1 dice: Si redimiesse del señor (dueño) lo que me habías vendido siendo ajeno, decía Celso hijo, que era falso lo que respondió Nerva, que pidiéndome por la acción de compra, podías conseguir el precio, como si me fuera lícito tenerlo; porque esto no es conforme a la buena fe, y yo tendría la cosa vendida por otra causa.— § 1. Si el que estipuló el dos tanto (restitución en caso de evicción), pidiere en nombre del poseedor, fuere vencido respecto de aquella cosa que hubiera podido retener si la poseyese; no podrá pedir útilmente, o por derecho estará seguro el que prometió

el dos tanto, o se podrá defender con la excepción de dolo malo; pero esto será si por culpa del que estipuló el dos tanto se hubiese perdido la posesión".

La ley si quis emptiois, Código, l. VII, tit. 39, l. 8, § 1, dice: "Mandamos que si el que ha adquirido una cosa por compra, donación o por cualquier otro contrato la ha poseído durante diez o veinte años sin interrupción, que por este medio haya adquirido, no sólo una excepción contra las reclamaciones del anterior propietario o de los acreedores que tenían derecho de hipoteca o prenda, si que, en el caso de perder la posesión, tenga acción real para reivindicarla. Si se examinan con atención las antiguas leyes, se verá que contienen esta disposición y que nosotros no hacemos más que reproducirla. § 1. Mas si el propietario o el acreedor hipotecario de la cosa han perdido sus derechos por la prescripción de treinta o cuarenta años, no queremos que el que haya podido oponer tal excepción de prescripción pierda en todos los casos su acción para reivindicar la cosa; si con el tiempo llegaba a perderla, tendrá esta facultad si ha empezado la posesión con buena fe; pero le será negada si no media este requisito. Por lo mismo, si el nuevo poseedor es el antiguo propietario de la cosa o el acreedor hipotecario que había perdido sus derechos por la prescripción, mandamos que entre de nuevo en ella; pero si el nuevo poseedor no ha tenido nunca derecho alguno sobre la cosa, permitimos al antiguo propietario o al acreedor hipotecario y a sus herederos reivindicarla de este injusto detentor, en nada obstante que el primer poseedor hubiese podido oponer la prescripción de treinta o cuarenta años, a menos que el último

Se podría esgrimir contra nosotros el inciso tercero parte segunda del artículo 1843, que dice: "...y si el vendedor citado no compareciere a defender la cosa vendida, será responsable de la evicción, a menos que el comprador haya dejado de oponer alguna defensa o excepción suya, y por ello fuere evicta la cosa." Se podría decir que esta defensa o excepción que el comprador debe oponer so pena de perder el derecho al saneamiento, es la de prescripción adquisitiva, y ello iría contra nuestra tesis. Pero no hay por qué pensar así, ya que, primero, el Código habla de "alguna excepción o defensa", lo cual indica que hay varias susceptibles de ser opuestas; segundo, el aprovechamiento de la prescripción es en nuestro derecho facultativo, y el juez no puede declararla de oficio, y tercero, la ley 36 del título V de la Partida V. que sirvió a Bello de fuente en estas materias, pone expresamente el caso en que no se alegue la prescripción como uno de aquellos en que cesa el deber de saneamiento. Si Bello hubiera querido referirse a él, lo hubiera especificado completamente, siguiendo el ejemplo del Rey Sabio. Por lo demás, basta con que del tenor del Código, resulte que son varias las excepciones que pueden oponerse, para que, en virtud de la tantas veces citada regla hermenéutica de la armonía y coherencia, pueda desecharse el caso de la prescripción, a fin de no ir contra los artículos definitorios de la compraventa.

Por último, el artículo 900 podría presentarnos un problema. Se prescribe en él que si el poseedor de mala fe que ha dejado de poseer, y contra el cual el dueño reivindica, paga el valor de la cosa al propietario y éste lo acepta, le sucederá en sus derechos sobre ella, y se añade que lo mismo ocurrirá con el poseedor de buena fe que durante el juicio se ha puesto en imposibilidad de restituir por su culpa. En otras palabras, se permite una compra que realiza el poseedor que por su culpa ha dejado de poseer, poniéndose en imposibilidad de restituir de mala fe, al reivindicador que se dirige contra él, por lo que obtuvo, si perdió la posesión enajenando la cosa, o por los daños y perjuicios y demás indemnizaciones a que haya lugar, si perdió la posesión en otra forma. Así pues, el reivindicador es el vendedor, en la venta de que aquí tratamos, y el poseedor que ha dejado de poseer o exposeedor, es el comprador. El dominio se transfiere sin necesidad de tradición, a causa de la ausencia de la cosa, por especial disposición legal. Pues bien, en esta venta, el reivindicador no es obligado a sanear la evicción para con el exposeedor. O sea, si este exposeedor perdió la cosa sin enajenarla, y la recupera, y después un tercero intenta otra reivindicación, el que le cedió su derecho no puede ser citado de evicción por este exposeedor. Y si el exposeedor enajenó la cosa, no puede el que de él la recibió, cuyo título y modo han sido confirmados con efecto retroactivo por la venta de que tratamos (arts. 1818

injusto poseedor haya adquirido a su favor esta misma prescripción, que ha de principiar a contarse desde la fecha en que el primero abandonó la posesión".

Es interesante notar que Escriche, al tratar de los casos en que el vendedor está exento de la obligación de saneamiento; ex-

plica el caso que nos preocupa como sigue: "3". Si perdió por su culpa la posesión de la cosa que le fue vendida, y de poseedor o reco haciéndose actor, fue vencido en el pleito de propiedad; d. l. 36 (Partidas) y glosa 4 de Gregorio López. Op. cit., palabra "evicción".

y 682 inciso II), citar al reivindicador que cedió su dominio, con motivo de ser el antecesor de su tradente en la propiedad de la cosa; aunque por la regla general, se pueda hacer así, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1841. Ni tampoco puede, en tal caso, el exposeedor contra el cual aquél al que enajenó la cosa repita el precio, repetirlo, a su vez, contra el reivindicador que le cedió su derecho sobre ella por la venta de que aquí tratamos. Tal es el alcance de la norma de que el reivindicador, en esta venta que hace, no responde de la evicción. Ahora bien, volviendo al problema que tales disposiciones pueden presentarnos, él es el siguiente: cabría pensar que si en estas ocasiones el vendedor no tiene obligación de restituir el precio al ser evicta la cosa, el deber de transferir el dominio no es esencial a la compraventa, ya que lo esencial no puede faltar nunca. Empero, cabe también responder que la ley, para castigar a quien de mala fe se puso en la imposibilidad de devolver la cosa, ha transformado la compra que en tales ocasiones se puede hacer al reivindicador —salvo convenio expreso de las partes, a nuestro juicio— en aleatoria, como lo es aquella en que el comprador toma sobre sí el peligro de la evicción; especificándolo (1852, inciso III).

Antes de finalizar este acápite —y aunque parezca un exceso— conviene repetir que por más que los preceptos que parecen a algunos contrarios a nuestra doctrina, sean susceptibles de otras interpretaciones que aquellas que les hemos dado para disipar las dificultades, han de preferirse estas últimas, ante el carácter unívoco de los artículos que definen la naturaleza de la compraventa, para salvar así la armonía del Código. De tal suerte, se cumple con lo que ordena el artículo 22 de dicho cuerpo legal: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".

### 3. Articulado confirmativo de que la obligación del vendedor es transferir el dominio.

Hemos visto ya los preceptos que, con un fin metodológico, llamamos constitutivos de la obligación de transferir el dominio. Ahora, nos ocuparemos de algunas disposiciones legales que confirman nuestro aserto.

1.— El artículo 1853, que se pone en el caso de la evicción de una parte tan grande de la cosa, que aparezca que el vendedor por el resto no hubiera contratado: "En virtud de esta rescisión, el comprador será obligado a restituir al vendedor la parte no evicta, y para esta restitución, será considerado como poseedor de buena fe, a menos de prueba contraria;..."<sup>74</sup>

La ley regla la situación del comprador que sea poseedor de mala fe, y ordena que para las prestaciones mutuas a que dé lugar la rescisión, se tome en cuenta esta circunstancia. ¿Y cuándo el comprador es poseedor de mala fe? El artículo 706 nos da la tajante respuesta: cuando no tiene la conciencia de haber adquirido "el dominio de la cosa" por medios legítimos, la "persuasión" de haber "recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o

<sup>74</sup> El subrayado es nuestro.

contrato". O sea, la ley castiga al comprador que recibió la cosa sabiendo que era ajena, o que después ha venido a noticia de ello, con todas las desventajas que, en relación a frutos y expensas, afectan al poseedor de mala fe. Pues bien, la ley no podría haber castigado al comprador por este motivo, si fuera lícito hacer tradición de cosas ajenas, a consecuencia de una venta. Luego, la obligación del vendedor es la de transferir el dominio.

2.—El artículo 898. Este precepto expresa: "La acción de dominio tendrá lugar contra el que enajenó la cosa, para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que por haberla enajenado, se haya hecho imposible o difícil su persecución; y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, para la indemnización de todo perjuicio". De este pasaje, sin necesidad de ningún comentario, resulta evidente que es ilícito enajenar cosas ajenas, esto es hacer tradición de ellas, habiéndolas previamente vendido con arreglo al artículo 1815, pero sin haber adquirido antes su dominio, para cumplir así la obligación esencial que dimana del contrato de venta.

3.—El artículo 1907, parte primera: "El que cede un crédito a título oneroso, se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo;..."

Si tenemos presente que a tenor del artículo 1576 inciso II, los créditos son susceptibles de posesión<sup>75</sup>, resulta claro que al ceder un crédito a título oneroso —uno de los cuales títulos es la venta— el cedente queda obligado a transferir el dominio del crédito, no porque éste no pueda poseerse, sino, porque se trata de un deber esencial al contrato, que emana de su naturaleza misma.

4.—Los artículos 2082 y 2085, relativos a la sociedad.

2082: "Los aportes al fondo social pueden hacerse en propiedad o en usufructo. En uno y otro caso, los frutos pertenecen a la sociedad desde el momento del aporte."

2085: "El que aporta un cuerpo cierto en propiedad o usufructo, es obligado en caso de evicción, al pleno saneamiento de todo perjuicio."

De estos preceptos, resulta claro que el título translativo de dominio aporte en sociedad engendra la obligación de transferir el dominio. Así pues, en caso de que las disposiciones relativas a la compraventa fueran oscuras —que no lo son— servirían para interpretarlas por analogía y conducirnos a nuestra doctrina, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22 del Código Civil. También servirían para revelarnos el espíritu general de la Legislación en materia de títulos translativos de dominio, si hubiera que aplicar el artículo 24, por considerarse contradictorias —aunque no lo son— las disposiciones relativas a la compraventa.

Queremos, finalmente, exponer un último pero importantísimo argumento: la ley tiene que dar acción resolutoria por falta de transferencia de dominio, al comprador, porque, de lo contrario, el vendedor que ha respondido de una evicción cuya causa es anterior a su propio título, no podría repetir el precio que él pagó por la cosa, contra su tradente de él, lo cual sería sumamente contrario a la equidad. Sólo la acción resolutoria

<sup>75</sup> Art. 1576, inciso II: "El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido,

aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía."

le permitiría lograr tal objetivo, por cuanto ya no tendría la de saneamiento por evicción, según se desprende del artículo 1841, y es claro, dada la naturaleza misma de esta última acción. (En estos casos, la acción resolutoria prescribiría según las normas generales en cuanto a la fecha en que se empezaría a computar el plazo: desde que la obligación se hizo exigible).

### c) *Implicancias jurídicas de nuestra tesis*

Para señalar las implicancias jurídicas de nuestra tesis, haremos sólo una somera enumeración, ya que todo lo expuesto anteriormente, nos exime de la necesidad de mayores comentarios.

Elas son:

1) El comprador a quien el tradente pretende pagar con cosa ajena, puede oponerse a la tradición, porque ésta no es verdadero pago, y no cabe, por consiguiente, aplicar las reglas del pago por consignación.

2) La nulidad del pago hecho con cosa ajena es absoluta, porque el requisito de ser el tradente dueño de la cosa que exige el artículo 1575, está establecido en atención a la naturaleza misma del acto y no a la calidad ni estado de las partes que lo ejecutan.

3) Esta nulidad puede ser invocada por el tradente y por el adquirente, a menos que supieran o debieran haber sabido el vicio que invalidaba el pago.

4) El comprador que invoca la nulidad del pago, puede hacerlo para exigir el cumplimiento de la obligación, con indemnización de perjuicios, para exigir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, o para defenderse de la demanda de pagar el precio mediante la "exceptio non adimpleti contractus".

Después de la demostración que creemos haber cumplido, deseamos responder a una eventual inquietud de los lectores. ¿Por qué no fue más explícito Bello en todo esto, si sin seguir el entonces moderno sistema francés, quiso innovar sobre el romano, tratándose de cosa tan debatida y al parecer oscura? Estimamos que Bello fue suficientemente explícito; de tal suerte, que los artículos definitorios de la naturaleza de nuestro contrato (1793, 703, 706 y 1837) no dejan ningún lugar a dudas, y que, de los otros, aquellos que admiten interpretaciones refidas con la tesis que defendemos, siempre son susceptibles de otra perfecta y fácil interpretación favorable a ella. Pero si aún se echa de menos explicitud, respondemos que este posible defecto en nada resta fuerza a nuestra doctrina. Habría ocurrido que Bello, en su intuición creadora, y por el efecto de la niebla que es compensación cuasi fisiológica de la luz propia de aquella, no extrajo todas las consecuencias de los principios que plasmó al delimitar la naturaleza del contrato en forma tan certera. Sin embargo, como quien acepta un principio de modo explícito, acepta al menos implícitamente sus consecuencias, salvo que expresamente las rechace —cosa que Bello no hizo en ninguna parte respecto de nuestras deducciones— nosotros mismos tenemos el derecho y el deber de extraer y explicitar tales consecuencias. No es otra la tarea de los exégetas.