

COMENTARIO:

## LA CLAUSULA "SE FACULTA AL PORTADOR" Y LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD POR TRADICION\*

*María Sara Rodríguez Pinto*  
Profesora de Derecho Civil  
Universidad de los Andes, Santiago-Chile

### I. EL ASUNTO CONTROVERTIDO

Según se deduce de las sentencias de grado y del fallo de casación, los hechos ocurrieron de la siguiente forma: por escritura otorgada el 9 de septiembre de 1988 una persona vende a una de sus hijas una propiedad de 1.800 ha en el sector de La Chimba de la Comuna de Ovalle. Poco tiempo después, el 11 de noviembre de 1988, muere. La posesión efectiva de la herencia de la vendedora se concede por decreto de 26 de abril de 1996 y en el inventario de

\* Este trabajo es parte de una investigación de mayor extensión sobre "La transferencia de propiedad por tradición", que se realiza bajo el auspicio del Fondo de Ayuda a la Investigación de la Universidad de los Andes, Proyecto N° DER-001-99.

los bienes hallados a su muerte se incluye la propiedad vendida, que a esa fecha todavía aparece inscrita a nombre de la causante en el Registro de Propiedad respectivo. El 18 de julio de 1996, a requerimiento del portador de copia autorizada de la escritura de compraventa otorgada casi ocho años antes, el Conservador de Ovalle inscribe el título a nombre de la compradora; y rechaza la inscripción especial de herencia requerida por la sucesión por encontrarse la propiedad a nombre exclusivo de una de las comuneras. Sobre los hechos no hay controversia alguna en el juicio.

Las posiciones de las partes pueden resumirse de la siguiente forma: la parte demandante pide derechamente al tribunal que declare que la propiedad pertenece en común a demandante y demandada, únicas dos comuneras en la sucesión de la madre común, por haberla adquirido ambas por sucesión por causa de muerte; que ordene cancelar la inscripción existente a nombre exclusivo de una de las comuneras, compradora de la propiedad; y que declare inválida esta última inscripción por falta de consentimiento del tradente. La demandada alega, como única defensa, que la cláusula "se faculta al portador" pactada por las partes en la escritura de compraventa es un "mandato innominado" que no termina con la muerte del mandante (vendedor) porque se trata de un encargo conferido por dos personas (comprador, que sobrevive, y vendedor, que ha muerto).

Como se advierte, la controversia entre las partes es de puro Derecho y se refiere en definitiva a la eficacia de la cláusula "se faculta al portador" estipulada por comprador y vendedor en un contrato de compraventa luego de la muerte de una de las partes. Si es eficaz dicha estipulación al tiempo de la inscripción, es también válida la tradición de la cosa vendida efectuada después de la muerte de uno de los mandantes. De no serlo, cae la eficacia de esta última por falta de consentimiento del tradente que no actuó suficientemente representado por el portador de la escritura.

En el curso del pleito se discuten también otras cuestiones que a nuestro parecer son secundarias para el resultado del juicio, como la naturaleza de la tradición-inscripción que ordena efectuar el art. 686 del Código Civil; y el efecto de la delación de la herencia, que ocurre, según dispone el art. 956, al momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata. En ese momento los herederos adquieren la posesión legal de la herencia sin necesidad de inscripción ni trámite alguno, por el solo ministerio de la ley, según también dispone el art. 688; y este efecto del modo de adquirir sucesión por causa de muerte es de capital importancia para la transmisión de los derechos y obligaciones del causante a sus herederos.

## II. LAS SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

El juez de primera instancia rechaza las pretensiones de la parte demandante en todas sus partes y apoya su decisión en dos consideraciones fundamentales. La primera es que el consentimiento para efectuar la tradición del bien raíz está ya presente en el contrato de compraventa, que es, él mismo, además, un título traslativo. La inscripción conservatoria solo viene a completar todos los requisitos de la tradición –asegura el Tribunal–, para lo cual las partes pactan facultar al portador según la cláusula de estilo "se faculta al portador". El art. 60 del Reglamento viene a corroborar la posibilidad de facultar a un tercero distinto de los interesados para requerir una inscripción cuando expresa que podrán pedirla los interesados por sí o por medio de sus personeros o representantes legales (cf. Cons. 5° de la sentencia de primera instancia).

El segundo de los fundamentos del fallo de primera instancia es precisamente la eficacia de la cláusula "se faculta al portador", la cual –sostiene el Tribunal– contiene un mandato otorgado por una pluralidad de mandantes que no termina por la muerte de uno de ellos, pues contiene una obligación de hacer de naturaleza indivisible cuyo cumplimiento puede ser exigido por cualquiera de los acreedores; muerto uno de los mandantes, subsiste el otro para instar por su cumplimiento total (cf. Cons. 7°). La tradición-inscripción es completamente válida, pues cuenta con el consentimiento de un representante del tradente con poder suficien-

te. Además, sostiene el juez de primera instancia, en la representación es suficiente que sea el representante quien exprese su voluntad a nombre de otro y que cuente con poder de representación. Ambas circunstancias estarían presentes en el caso de que se trata, puesto que quien requirió la inscripción fue un mandatario facultado por ambos contratantes, quien actuó manifestando su propia voluntad sin que se haya producido el término de dicho mandato por la muerte del vendedor, atendida la naturaleza indivisible de la obligación impuesta al mandatario (cf. Cons. 9°).

La sentencia de segunda instancia confirma, pero agrega fundamentos "a mayor abundamiento" que a nuestro juicio complican la cuestión y ofrecen una perspectiva de análisis que servirá para que el Supremo Tribunal anule en su totalidad las sentencias de grado. Sostiene la Corte de La Serena que es cierto —como dice la demandante— que la posesión del inmueble la adquirieron en común demandante y demandada al haberseles deferido la herencia de su madre "mediante auto" de 26 de abril de 1996; pero que "no es menos cierto" que la demandada obtuvo la posesión exclusiva de la propiedad al inscribirse a su nombre el 8 de julio de 1996 la compraventa celebrada entre ella y su madre como vendedora el 9 de septiembre de 1988 (cf. Cons. 1°). El razonamiento de la Corte parece ser que quien primero entró en posesión (mediante la inscripción) del inmueble es su poseedor regular. "Sin duda, mediante esta última inscripción la compradora y demandada [...] entró en posesión del inmueble, pues [dicha inscripción] es prueba de [...] la posesión"; y se trata de una posesión regular que la habilita para adquirir por prescripción, pues proviene de justo título (cf. Cons. 2°). De este modo, termina razonando la Corte, no puede accederse a lo solicitado por la demandante en el sentido que se declare que demandante y demandada son dueñas en común de la propiedad en disputa (cf. Cons. 3°), pues la demandada ya es su poseedora exclusiva en vías de adquirirla por prescripción. Y así llega el asunto al Tribunal de Casación.

### III. LA SENTENCIA DE CASACION

La Corte Suprema anula el fallo de segunda instancia en su sentencia de casación, restableciendo lo que a nuestro juicio parece ser la más segura doctrina, en lo que a los razonamientos del Tribunal de segunda instancia se refiere. Rechaza la Corte, en primer lugar, la argumentación de la Corte de La Serena que sostiene que la posesión de la herencia se adquiere mediante el decreto de posesión efectiva, consideración que iba en evidente oposición al texto expreso del art. 688. Este razonamiento ofrece a la Corte Suprema, como dijimos, la ocasión perfecta para rescatar una de las pretensiones de la demandante y al efecto declara —como correspondía a la señalada premisa— que la posesión legal de la herencia la adquirieron en común las herederas por el solo ministerio de la ley al momento del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata, y que, por lo tanto, al momento de requerirse la inscripción de la compraventa la propiedad ya pertenecía a la comunidad formada por demandante y demandada (cf. Cons. 5°). Todas las demás cuestiones alegadas pasan entonces a ocupar su lugar.

En consecuencia, afirma la Corte que el contrato de compraventa no es más que el título que habilita para adquirir la propiedad. Para que opere esta última adquisición debe mediar un modo de adquirir, que en este caso es la tradición, la cual, tratándose de bienes raíces, se perfecciona mediante la inscripción del título en el Registro del Conservador. A esto agrega la Corte que tal acto jurídico bilateral —que así lo califica— requiere para su existencia del consentimiento de ambas partes involucradas, circunstancia que no pudo ocurrir por haber fallecido la vendedora con anterioridad a la inscripción (cf. Cons. 6°). La tradición, por lo tanto, es nula de nulidad absoluta, pues perteneciendo la propiedad a la sucesión de la vendedora no pudo prestar (no se entiende claramente si esta última o la sucesión) su consentimiento; en consecuencia, faltando un requisito para la existencia de tal acto jurídico, este es nulo según los arts. 1681 y 1682 del Código Civil (cf. Cons. 7°).

Con todas estas premisas se dedica la Corte, por último, a lo que era el punto neurálgico del caso: la eficacia de la cláusula “se faculta al portador”; y en este punto los razonamientos del Tribunal no resultan convincentes. Dando por establecido el Supremo Tribunal que tal estipulación es un mandato y acogiendo otra de las pretensiones de la parte demandante, lo declara, sin embargo, terminado por la muerte del mandante, según el art. 2163, número 5° del Código Civil, sin desvirtuar las interesantes observaciones que al respecto contiene la sentencia de primer grado, a estas alturas obscurecidas por el giro que dio al caso la sentencia de la Corte de La Serena. En consecuencia –sostiene el Tribunal de Casación–, a la fecha en que se practicó la tradición-inscripción, el mandato otorgado por la vendedora ya no existía, “por lo que sigue que tal inscripción se realizó sin el consentimiento de tal parte, lo que se traduce en la nulidad de la tradición” (Cons. 9°).

Como se advierte, los aspectos de interés doctrinal en este caso son abundantes. En primerísimo lugar está la espinuda cuestión de la vigencia *post mortem* de uno de los mandantes de la cláusula “se faculta al portador” y su naturaleza. ¿Se trata de un mandato con pluralidad de mandantes? ¿Cuál es la naturaleza de la obligación impuesta al mandatario y de la cláusula en sí? ¿Afecta a la validez del acto la supuesta indeterminación de la persona del apoderado? El segundo aspecto comprometido en el juicio no ofrece, en cambio, mayores dificultades atendido el tenor literal de la ley, pero sí merece algunas observaciones cuyo alcance trataremos de esclarecer. Por último queda el problema de la naturaleza jurídica de la tradición, y más todavía, de esa particular forma de tradición que consagra nuestro Código para los bienes raíces: la tradición-inscripción. Este último aspecto del caso merece sin duda un análisis de más largo aliento; solo estableceremos los antecedentes de dicho estudio. Analicemos, entonces, estas materias.

#### IV. EFICACIA DE LA CLAUSULA “SE FACULTA AL PORTADOR”

Hemos puesto en primer lugar lo que a nuestro juicio constituye el núcleo duro del fallo que comentamos: la naturaleza, validez y vigencia de la cláusula “se faculta al portador”<sup>1</sup>. En este punto, hay que reconocer que la sentencia del juez del Primer Juzgado de Letras de Ovalle, señor Enrique Durán B., es mucho más rica en matices que la del Tribunal de Casación, y a nuestro juicio más acertada.

##### – *Indivisibilidad de la obligación impuesta al portador*

Parece estar en lo correcto el tribunal de primera instancia al considerar que la obligación que se impone al portador de la escritura con esta cláusula es una obligación de hacer, como tal, de naturaleza indivisible (cf. Cons. 7°). Y se trata de una obligación indivisible sea que se considere que la obligación de hacer la entrega o tradición de la cosa vendida es de dar, o sea que se considere que es de hacer. Si fuera de dar, como consiste en dar una especie o cuerpo cierto y contiene la de entregar, es indivisible (cf. art. 1548 y art. 1526, 2° del Código Civil). Si fuera de hacer, no hay duda alguna que se trata de una obligación indivisible, pues el hecho que se debe no admite división, sea física, sea intelectual o de cuota (cf. art. 1524). Si fuera, por último, la de celebrar un acto jurídico (la tradición), también sería de hacer, e indivisible<sup>2</sup>. De manera que no hay duda alguna acerca de la naturaleza indivisible de la obligación que impone la cláusula al portador.

<sup>1</sup> Sobre el tema puede consultarse el interesante artículo del profesor Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO “Se faculta al portador de copia autorizada...” R. t. 81 (1984), 1ª parte, p. 69, y la bibliografía citada por él. Recientemente se publicó también un comentario del abogado Rodrigo WINTER IGUALT “El portador facultado”, en Revista del Abogado N° 13, julio 1998, p. 38.

<sup>2</sup> Se ha fallado, por ejemplo, que la obligación (de hacer) de los prominentes vendedores que consiste en otorgar la escritura de compraventa definitiva es una obligación indivisible (*Sanz con Oelckers*, Corte Suprema, 11 agosto 1944; R. t. 42 [1945], Sec. 1ª, p. 251).

La cuestión es si, existiendo pluralidad de mandantes (comprador y vendedor), termina por la muerte de uno de ellos un mandato que impone al mandatario una obligación indivisible. La respuesta la encontramos en las reglas generales sobre indivisibilidad de las obligaciones. Habiendo pluralidad de mandantes hay también pluralidad de acreedores de una obligación indivisible; por lo tanto, cualquiera de ellos tiene derecho a exigir su cumplimiento total (art. 1527): se trata de un evidente caso de indivisibilidad activa que deriva de la naturaleza de la obligación en sí misma, sea de dar o de hacer, según ya veíamos. Las normas sobre terminación del mandato discurren sobre el supuesto de la muerte del mandante (un solo mandante) (cf. art. 2163, 5°) y no se ponen en el caso de la existencia de una obligación indivisible en el mandatario que se deba a varios mandantes, que son por ello acreedores indivisibles<sup>3</sup>. Al resolver que por la muerte de uno de los mandantes (acreedores) no termina un mandato que impone al mandatario (deudor) una obligación indivisible, el Tribunal no hizo más que aplicar una regla general (art. 1527 del Código Civil) que no tiene norma especial con la que haga oposición, pues el art. 2163, número 5°, discurre sobre el supuesto de un solo mandante, según se desprende del tenor literal de la norma<sup>4</sup>. Como se ve, la solución del juez de Ovalle es perfecta desde el punto de vista jurídico; y práctica, en cuanto deja a salvo una estipulación de estilo, indispensable para el tráfico de bienes, atendida la naturaleza bidimensional de nuestro sistema de transferencia de propiedad.

– *Naturaleza de la cláusula como acto unilateral de apoderamiento*

No es objeto de controversia en el juicio la naturaleza de la cláusula en relación a si se trata de un mandato, de una oferta de contrato (mandato)<sup>5</sup> o de un acto de apoderamiento de carácter unilateral. La tesis de que sea un mandato –si bien indiscutida por las partes y tampoco cuestionada por los sentenciadores– topa con el carácter bilateral de todo contrato, que requiere del consentimiento de mandante y mandatario. En la cláusula no está presente normalmente el consentimiento del mandatario, a menos que comprador y vendedor, junto con facultar al portador, se confieran mandato recíprocamente entre sí para requerir la inscripción. La exigencia de un consentimiento por parte del mandatario, cuando es un tercero, a nuestro juicio excluye la posibilidad de calificar jurídicamente esta cláusula como un mandato, perfecto en sí. Es por ello que resulta bastante persuasiva la doctrina que se ha inclinado por considerarla una oferta de contrato, que se perfecciona al aceptar expresa o tácitamente el mandatario (cf. art. 2124)<sup>6</sup>. Si se considera la cláusula como una oferta de contrato de mandato, surge entonces la cuestión de si muerto uno de los mandantes antes de la aceptación subsiste la oferta de un mandato dada por pluralidad de oferentes y destinado a cumplir una obligación indivisible. ¿Puede aceptarse una oferta de contrato después de la muerte de uno de los mandantes-oferentes? ¿Se mantiene vigente la oferta con la muerte del mandante? Por mera aplicación de las reglas generales sobre ofertas de contrato, la respuesta sería negativa (cf. art. 101 del Código de Comercio)<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Stitckin, sin embargo, opina en este sentido al sostener que existiendo pluralidad de mandantes y una obligación de hacer en el mandatario, cualquiera de ellos puede exigir el cumplimiento total de la obligación. No se pone en el caso, es cierto, de los efectos de la muerte de uno de los mandantes; pero no hay más que extraerlos de las consecuencias generales de faltar uno de los acreedores. Cf. David STITCHKIN BRANOVER, *El Mandato Civil* (3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1975), p. 192.

<sup>4</sup> El profesor Peñailillo discute este problema en su artículo pero no se pronuncia claramente ni en uno ni en otro sentido y deja la cuestión abierta. Cita doctrina extranjera invocada por Stitckin. Ver *op. cit. supra* nota 1, p. 79.

<sup>5</sup> El punto lo discute *in extenso* el profesor Peñailillo, quien se inclina definitivamente por esta tesis. Ver *op. cit. supra* nota 1, pp. 72-75.

<sup>6</sup> Cf. PEÑAILILLO, *supra* nota 1, p. 74.

<sup>7</sup> El profesor Peñailillo se inclina por la respuesta negativa: la oferta caduca con la muerte del oferente y propone una fórmula que salve la caducidad de la estipulación. Ver *supra* nota 1, p. 76.

Es por lo anterior que parece plausible la tesis de que la cláusula “se faculta al portador” es en realidad un acto unilateral de apoderamiento, recepticio en cuanto requiere la aceptación del apoderado<sup>8</sup>. El acto unilateral de apoderamiento, con pluralidad de sujetos, es perfecto en sí desde su otorgamiento. La aceptación del apoderado, que le da carácter recepticio a este acto, no lo perfecciona sino que está más bien destinado a ejecutar las obligaciones derivadas del mismo<sup>9</sup>. La obligación del apoderado sigue siendo una obligación indivisible; de forma que si hay pluralidad de poderdantes resultan plenamente aplicables las reglas sobre indivisibilidad activa de las obligaciones revisadas anteriormente. La aceptación del apoderado puede ser expresa o tácita, según las reglas generales (cf. art. 103 del Código de Comercio).

A esto hay que agregar que los arts. 60 y 61 del Reglamento del Registro Conservatorio parecen discurrir más sobre el supuesto de una representación legal o voluntaria que sobre la idea de un mandato. La representación voluntaria supone necesariamente un acto de apoderamiento, pero no necesariamente un mandato (de hecho, como explicaba el famoso maestro alemán Windscheid, cabe un mandato sin poder –como cuando el mandatario actúa en su propio nombre– y un poder sin mandato<sup>10</sup>). Lo mismo hacen los arts. 672 y 673 del Código Civil que hablan siempre del tradente o adquirente o sus representantes, los cuales pueden ser legales o voluntarios. El art. 1448 admite en nuestro sistema la existencia de una representación legal o voluntaria que se constituya por un acto de facultad o apoderamiento de carácter unilateral. Reconocerle a esta cláusula el carácter de un acto unilateral de apoderamiento parece, entonces, más congruente con su naturaleza y con las reglas legales atinentes a la tradición, que las otras dos tesis revisadas más arriba.

#### – Validez del apoderamiento al portador

Un último punto que tampoco se discute en el juicio es la cuestión de la validez del mandato, oferta de mandato o acto de apoderamiento a persona indeterminada. El apoderamiento al portador es más que un apoderamiento en blanco, cuya validez se demuestra pacífica<sup>11</sup>, pues en él se señala de algún modo quién es el apoderado, cuya identidad queda de todos modos revelada al requerir este la inscripción en el Registro Conservatorio. En este último sentido también podría considerarse que el apoderamiento al portador es un apoderamiento en blanco. En cuanto a la capacidad del apoderado, cabe recordar que en la representación voluntaria ni siquiera es requisito que el representante sea plenamente capaz: según el art. 2128 –regla que resulta plenamente aplicable en la representación voluntaria– es suficiente que sea menor adulto.

Hay que considerar que en nuestro Derecho existe al menos otro caso de mandato al portador cuya validez no merece reparos. Tal es el caso del endoso con cláusula “valor en cobro” o “en cobranza” o con cualquier otra mención que indique un simple mandato, efectuado en blanco o al portador (cf. arts. 21 y 29, Ley 18.092). El endoso en blanco es el endoso firmado por el endosante que no contiene el nombre del endosatario o la sola firma del endosante (art. 23, Ley 18.092), a lo cual cabe agregar que el endoso al portador vale como

<sup>8</sup> Ver Víctor VIAL DEL RÍO, *Teoría General del Acto Jurídico* (Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª ed., 1991), pp. 202-204. Sobre el carácter unilateral y recepticio del negocio jurídico de representación, y en general sobre un tratamiento *in extenso* de la figura, puede consultarse la obra del profesor español Luis DíEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho Privado* (Civitas, Madrid, 1979).

<sup>9</sup> Otro acto unilateral de carácter recepticio que recoge nuestro Derecho es el reconocimiento de hijo no matrimonial que queda perfecto desde su otorgamiento en forma legal (arts. 191-194 del Código Civil). En este caso la aceptación del reconocimiento puede ser expresa o tácita; e incluso puede darse después de la muerte del padre o madre que ha reconocido. Para repudiar un reconocimiento la ley establece plazos (art. 191) y también puede hacerse esta repudiación luego de fallecido el progenitor que ha reconocido.

<sup>10</sup> Citado por DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, *supra* nota 8, p. 35.

<sup>11</sup> Ver DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, *supra* NOTA 8, p. 164.

endoso en blanco (cf. art. 19). La validez de estas cláusulas, ya sea con eficacia traslativa o como mero endoso en cobro (que es en realidad un acto de apoderamiento), no admite duda y son aplicación general de la doctrina sobre actos de apoderamiento en blanco. De manera que un poder al portador no es realmente un mandato (u oferta de contrato o acto de apoderamiento) a persona indeterminada, puesto que está suficientemente determinada (o a lo menos es suficientemente determinable) la persona del apoderado con la designación de ser el portador de la escritura de compraventa; y en caso de considerarse que se trata efectivamente de un acto de apoderamiento en blanco, la identidad del apoderado queda revelada al presentarse a requerir la inscripción en el Registro competente. Refirámonos brevemente, por fin, a las otras dos cuestiones que motivaron declaraciones judiciales.

#### V. LA POSESION LEGAL DE LA HERENCIA Y LOS EFECTOS PERSONALES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Es una cuestión indiscutida según el claro tenor de los textos legales que la posesión de la herencia se adquiere por el solo ministerio de la ley al momento de deferirse (arts. 688 y 956 del Código Civil). Pero esta posesión legal no habilita para disponer en manera alguna de un inmueble sin que medien las inscripciones requeridas por el art. 688 del Código Civil. Resultaba, entonces, claramente inadmisibles el argumento de la Corte de La Serena en el sentido de que ello hubiera ocurrido al concederse la posesión efectiva por decreto judicial: se opone a ello el texto claro del art. 688. Ahora, un punto de muy difícil solución en este caso es la situación del predio vendido por la causante antes de su muerte. ¿Pasa este predio a la sucesión cuando hay un título de enajenación otorgado con anterioridad al fallecimiento? Es solo en presencia de esta pregunta que adquiere relevancia el razonamiento del Tribunal de primera instancia cuando establece que el título es ya una especie de principio de enajenación: "consta en el contrato de compraventa el consentimiento del tradente tendiente a transferir la propiedad" (cf. Cons. 5° de la sentencia de primer grado). Y todavía podemos complicar más la situación si consideramos que la compradora es también heredera de la vendedora: se confunden en ella dos títulos de adquisición, la compraventa y la ley en la sucesión por causa de muerte. No es de extrañar, entonces, que el caso se haya complicado en este tema hasta el punto de obscurecer el meollo de Derecho que estaba en cuestión. Asentada la eficacia *post mortem* de la cláusula "se faculta al portador", podría incluso considerarse que la cosa ya ha salido del patrimonio del causante al momento de otorgarse un título de enajenación donde el *de cuis* facultó a un tercero (el portador) para efectuar la entrega o tradición de la cosa por la inscripción.

Dejando de lado estas especulaciones, el asunto admite otros giros que son los que evaluaremos a continuación. Al ocurrir la muerte de la causante-vendedora y abrirse su sucesión, radica en esta última la responsabilidad *ultra vires hereditatis* y queda obligada a cumplir las obligaciones transmisibles del patrimonio hereditario; entre ellas, la obligación de hacer la entrega o tradición de la cosa (art. 1824) y la obligación de garantía o saneamiento, que comprende, según el art. 1837 del Código Civil, la de amparar al comprador en la posesión pacífica de la cosa vendida. Es esta una cuestión no abordada suficientemente ni por las partes ni por los sentenciadores en el presente caso. Como estrategia de defensa, y para el caso de no reconocerse eficacia a la cláusula "se faculta al portador", la demandada-compradora podría haber reconvenido a la demandante el saneamiento de la cosa vendida, exigiendo que la amparase en la posesión pacífica (art. 1837). La acción de saneamiento es indivisible (art. 1840): puede intentarse *in solidum* contra cualquiera de los herederos del vendedor. El amparo se habría traducido aquí en otra obligación de hacer: ratificar el acto de tradición supuestamente nulo por falta de consentimiento del tradente (art. 672, inc. 2°).

En caso de fracasar esta defensa, siempre quedaba el recurso de la compradora para demandar a la sucesión el cumplimiento del contrato de compraventa o su resolución con indemnización de perjuicios (art. 1489). La obligación del vendedor de entregar una cosa

inmueble (un cuerpo cierto), sea que se considere que es una obligación de dar o de hacer, es en todo caso de carácter indivisible. Por lo tanto, como en el caso anterior, la acción puede dirigirse *in solidum* contra cualquiera de sus herederos; en este caso, en contra de la demandante, única otra comunera en la sucesión de la madre común. Si condenada a hacer la entrega o tradición, se niega, puede incluso utilizarse el procedimiento ejecutivo del Título II del Libro III del Código de Procedimiento Civil; y, en concreto, el art. 532 que autoriza al juez para proceder a nombre de la sucesión en el acto de tradición.

#### VI. LA TRADICION COMO NEGOCIO JURIDICO BILATERAL

En último término, merece algún comentario la sentencia de la Corte Suprema en cuanto declara la naturaleza de la tradición como acto o negocio jurídico bilateral. Por eso establece el Tribunal que para la existencia de este negocio jurídico es necesario el consentimiento de las partes; elemento que —de admitirse la terminación del mandato otorgado en la cláusula “se faculta al portador” por la muerte del vendedor— no podía estar presente al encontrarse fallecida una de ellas al tiempo de la tradición. Por este solo hecho la tradición habría sido nula de nulidad absoluta según los arts. 1681 y 1682 del Código Civil.

##### — *Negocio del portador consigo mismo*

Sin embargo, admitida la eficacia de la cláusula, reconocemos aquí un interesante caso de autocontratación en que el apoderado representa tanto al vendedor-tradente como al comprador-adquirente en la tradición-inscripción de la cosa vendida. En nuestro Derecho, en general se admite la autocontratación, también cuando hay intereses incompatibles, salvo en los supuestos expresos en que el Código la prohíbe en forma absoluta o sin la autorización del poderdante (arts. 410, 412, 1796, 2144 y 2145 del Código Civil)<sup>12</sup>. Aparte de la validez *in genere* de la autocontratación, cuando la ley no la prohíbe, en el caso de la cláusula “se faculta al portador” es evidente la facultad e intención de los poderdantes de autorizar al portador para autocontratar en su representación cuando en un mismo acto lo facultan para requerir la inscripción del título en el Registro competente. La inscripción del título es un negocio jurídico bilateral en el que el portador actúa en representación tanto del tradente como del adquirente y la voluntad de los poderdantes queda de manifiesto en el acto de apoderamiento.

##### — *Nuestro sistema bidimensional de adquisición de propiedad*

El razonamiento del Tribunal de primer grado cuando establece que el consentimiento para la tradición se encuentra ya presente en el título (Cons. 5°), se aparta de las doctrinas tradicionales, pues importa una confusión entre título de enajenación y acto de adquisición. Toca esta materia el núcleo de los sistemas de transferencia de propiedad que la Corte Suprema se preocupa en aclarar, pues es en este contexto que el fallo de casación reitera la consabida doctrina de que el nuestro es un sistema de título y modo de adquirir, de raíz romana; y que, por lo tanto, la compraventa en este caso era solo el título traslativo, ineficaz por sí mismo para transferir la propiedad (Cons. 6°). Lo curioso es que así las cosas, las partes deban reeditar su voluntad en el modo de adquirir (tradición-inscripción), un negocio

<sup>12</sup> Para un tratamiento especial de la autocontratación en nuestro Derecho puede verse el artículo del profesor Arturo ALESSANDRI R., “La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo”, en R. t. 28 [1931], 1ª parte, p. 1 y la obra del profesor David STITCHKIN BRANOVER, *El Mandato Civil* (3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1975), pp. 294-307).

jurídico en sí, para que sea plenamente eficaz la voluntad negocial ya expresada en el título, otro negocio jurídico en sí. No deja por esto de tener lógica el paso del codificador francés que, a comienzos del siglo XIX, simplemente eliminó la obligación de repetir la voluntad de enajenación en el modo de adquirir, dando plena eficacia real al título o convención traslativa de propiedad. Sin menospreciar en absoluto la función de la inscripción conservatoria, la cláusula "se faculta al portador" podría estar preparando terreno para evoluciones semejantes a la francesa en nuestro Derecho, como lo hizo antes de la codificación la de *dessaisine-saisine*. Pero esta cuestión excede con creces los límites de este comentario.