

El valor de la inscripción de inmuebles en el Registro chileno: una visión comparada

THE VALUE OF REAL ESTATE REGISTRATION IN THE CHILEAN REGISTRY: A COMPARATIVE VIEW

O VALOR DO REGISTRO DE IMÓVEIS NO REGISTRO CHILENO: UMA VISÃO COMPARATIVA

Yasna Elizabeth Otárola Espinoza¹

Resumen

El artículo determina cuál es el rol y el valor que tiene la inscripción en el Registro Inmobiliario chileno desde la protección que otorga a quienes inscriben y confían en él. Plantea la hipótesis de que la inscripción en el sistema chileno es vulnerable, bien porque puede ser alterada o dejada sin efecto por ciertas causales y, sobre todo, porque en el caso de la tradición del dominio de las cosas inmuebles el traslado de la propiedad no consolida los efectos que suceden de esta constitución: la plena oponibilidad de los derechos y la eliminación absoluta de la posibilidad de su pérdida ulterior. El desarrollo de esta aseveración se concibe a partir de la relación título y modo; el carácter constitutivo o no de la inscripción respecto de la formación del derecho real de dominio por medio de la tradición; la protección del titular registral y la eficacia del Registro con relación a terceros.

Palabras clave

Inscripción; transferencia; título; inmuebles; protección.

Abstract

The article determines the role and value of registration in the Chilean Real Estate Registry in terms of the protection granted to those who register and trust in it. It raises the hypothesis that the registration in the Chilean system is vulnerable, either because it can be altered or rendered ineffective by certain causes and, above all, because in the case of the tradition of the domain of real estate, the transfer of ownership does not consolidate the effects that follow from this constitution: the full opposability of the rights and the absolute elimination of the possibility of their subsequent loss. The development of this assertion is conceived on the basis of the relationship between title and mode; the constitutive character or not of the registration with respect to the formation of the real right of ownership by means of tradition; the protection of the registrant and the effectiveness of the Registry in relation to third parties.

Keywords

Registration; transfer; title; real estate; protection.

Resumo

O artigo determina o papel e o valor do registro no Registro Imobiliário chileno a partir da proteção que ele concede àqueles que o registram e confiam nele. Levanta a hipótese de que a inscrição no sistema chileno é vulnerável, seja porque pode ser alterada ou deixada sem efeito por determinadas causas e, sobretudo, porque no caso da tradição do domínio dos bens imóveis a transferência do imóvel não consolida os efeitos que acontecem desta constituição: a plena oponibilidade dos direitos e a eliminação absoluta da possibilidade de sua posterior perda. O desenvolvimento desta afirmação é concebido a partir da relação título e modo; o caráter constitutivo ou não da inscrição em relação à formação do verdadeiro direito de propriedade por

meio da tradição; a proteção do titular do registro e a eficácia do Registro em relação a terceiros.

Palavras-chave

Registro; transferência; título; bens imóveis; proteção.

INTRODUCCIÓN¹

Entre las funciones del sistema jurídico se halla regular las instituciones por las que se constituyen y transfieren los derechos, de modo que estas transacciones sean seguras y previsibles. Una de estas instituciones es el Registro Inmobiliario, que recoge información sobre la situación jurídica de los bienes inmuebles, esto es, sobre la persona del titular, contenido del derecho, limitaciones, condiciones, entre otros. Por lo tanto, el Registro opera como un elemento fundamental para dar certeza y seguridad del tráfico jurídico. Al ofrecer información sobre los derechos de propiedad, el Registro permite que el adquirente de un inmueble tenga confianza de que nadie perturbará su propiedad. Para que esto tenga lugar, el sistema le provee datos sobre la existencia y legitimidad del derecho de la persona que le transfiere a través de la validez de la transferencia anterior y de la calidad de dueño del transferente pasado. Asimismo, permite conocer toda la serie o cadena de transferencias producidas entre los precedentes causantes del adquirente, por lo menos durante el tiempo necesario para adquirir por prescripción. Por último, deja saber que el propietario puede transferir la cosa porque no existen limitaciones a su facultad de disponer y si la cosa no ha sido ya transferida a otro.

Lo mismo aplica para quienes conceden un crédito con garantía de un bien inmueble, proporciona información sobre si el solicitante es el verdadero dueño, si puede darlo en garantía y si pesan sobre él otros gravámenes anteriores o preferentes que puedan disminuir en forma notable o completamente la garantía. Solo en estas condiciones se dará el crédito.

Así, la importancia del Registro en la constitución y en la transferencia de los derechos reales, en especial, cuando recaen en inmuebles, parece evidente. La mayor o menor seguridad del tráfico está en función de un Registro seguro. De igual modo, resulta meridianamente claro que la circulación de la riqueza y la expansión del crédito están también ligadas al Registro.

...

¹ El artículo es parte del proyecto N° 11200092 de investigación, denominado “La calificación del título en el Registro Inmobiliario chileno”, financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID), Chile.

En Chile, el anhelo por “seguridad” se hace irrefutable si se analiza la relación entre los actos con efectos jurídico-reales y la inscripción registral. En efecto, si la inscripción manifiesta relación con un título traslativo de dominio y el modo de adquirir es la tradición, el cambio de titularidad generado por la inscripción no probará el dominio. En otras palabras, aun cuando la inscripción es constitutiva, no produce el efecto de acreditarlo. De modo que el titular que adquirió quedará enfrentado a la cuestión de si el *tradente* era dueño y si tenía el derecho que transfiere. De ser así, la inscripción dejará al adquirente en posesión y, con ella de la mano, podrá adquirir por prescripción, aunque estará a merced de la acción reivindicatoria que puede intentar el verdadero dueño. Todavía más, si la inscripción es la forma de efectuar la tradición de los bienes inmuebles y el Código Civil chileno establece un sistema causado de título y modo, el futuro de la tradición, y por consiguiente de la inscripción, depende de la eficacia del título. Siendo ineficaz por cualquiera de las causales que establece nuestro ordenamiento, según se verá, la inscripción que verifique un tercero que adquiere de titular inscrito puede verse afectada irremediablemente.

Tal situación ha dado pie a aseverar la hipótesis de que la inscripción en nuestro sistema es vulnerable, bien porque puede ser alterada o dejada sin efecto por ciertas causales y, sobre todo, porque en el caso de la tradición del dominio de las cosas inmuebles, el traslado de la propiedad no consolida los efectos que suceden de esta constitución: la plena oponibilidad de los derechos y la eliminación absoluta de la posibilidad de su pérdida ulterior.

Este problema se puede analizar desde varias perspectivas. En esta investigación se hará a través de la pregunta sobre cuál es la función y el valor que tiene la inscripción en el Registro Inmobiliario chileno desde la protección que otorga a quienes se inscriben y confían en él. La respuesta a esta pregunta plantea los siguientes nudos críticos: la relación título y modo; el carácter constitutivo o no de la inscripción respecto de la formación del derecho real de dominio por medio de la tradición; la protección del titular registral y la eficacia del Registro con relación a terceros.

De esta forma, se obtendrá como resultado del trabajo que sigue el rol que cumple la inscripción en el contexto de un sistema inmobiliario que requiere, por una parte, que los adquirentes sean protegidos en sus adquisiciones o, por lo menos, que se les entregue la información que necesitan para saber con exactitud si están llevando a cabo una adquisición eficaz (MARTÍNEZ VELENCOSO, 2008, p. 6). Por otra, que los terceros que contratan con un titular registral e inscriben confiando en el registro no sean afectados por situaciones extrarregistrales. El mayor o menor grado de protección de las transferencias aparentemente eficaces o la mayor o menor facilidad que otorga a los adquirentes es un problema directamente vinculado a la inscripción registral.

En el estudio y desarrollo de la investigación que se expone se utilizaron diversas fuentes documentales, sentencias de los tribunales superiores de justicia, doctrina chilena y comparada, entre otras.

I. LA DISTINCIÓN TÍTULO Y MODO EN LA TRADICIÓN DEL DOMINIO DE LOS BIENES INMUEBLES

En Chile, el Código Civil enumera los modos de adquirir el dominio en el art. 588 y menciona entre ellos a la tradición, le dedica un Título, el VI del Libro Segundo, cuyo primer artículo define la tradición del dominio, y luego se ocupa detalladamente de los distintos tipos de tradición, entre ellos la de inmuebles, que se efectúa por la inscripción de sus títulos en el Registro a cargo del Conservador, finalizando con una norma que regula la tradición de los derechos personales, en el caso de cesión de créditos. Para el Código, la tradición como modo de adquirir el dominio, o de otros derechos reales, consiste en la “entrega” de la cosa (modo), que se efectúa en virtud de la existencia de un título precedente, que justifica esa entrega.² El efecto normal de la tradición es transferir el dominio, o el derecho real correspondiente, que pasa del *tradente* a quien lo adquiere. El Código consagra varias formas de tradición simbólica, entre las cuales la más importante es quizás la de los inmuebles, por medio de la inscripción del título.³

Así, determina como elemento central de la tradición, como modo de adquirir, la entrega de la cosa. No obstante que una parte de la doctrina lo sitúa en la causa o título, porque allí se expresa la voluntad de transferir, siendo la entrega misma un “mero hecho” dirigido a operar un cambio posesorio (SOZA RIED, 2003, p. 288 y 295). Con todo, la entrega es calificada como tal con base en que la hace el dueño o el titular de otros derechos reales, esto es, el *tradente*.

Asimismo, precisa que la tradición requiere la facultad e intención de transferir el dominio. Parte de la doctrina plantea que tal condición se relaciona con la entrega. Según Barrientos, esto se debe a que la exigencia acoge la circunstancia de validez presente en el artículo

•••

2 La tradición, en cambio, fue recibida con toda su disciplina romanística, ampliamente expuesta en el Código Civil de Chile de 1855, artículo 588 inciso 1º: “Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción”. De la tradición trata en el Título VI del Libro II a lo largo de treinta artículos (670 a 699). El artículo 670 la define así: “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 la otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales”. El artículo 675 inciso 1º redondea la precedente definición: “Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.” (GUZMÁN BRITO, 2015, p. 339; y SOZA RIED, 2003, p. 289).

3 Artículo 686: “Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca. Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería”.

672, que dice que “para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente o por sus representantes” y, por consiguiente, refrenda el hecho de que la facultad de transferir el dominio es independiente de la calidad de dueño del *tradente* (BARRIENTOS, 2003, p. 76; DE LA MAZA *et al.*, 2015, p. 789). Una interpretación distinta del requisito —señala el autor— conduce, por una parte, a afirmar que en el caso de que el *tradente* no tenga capacidad para convenir, la situación se regularía por las normas sobre los actos y declaración de voluntad, lo que dejaría al artículo 670 en posición reiterativa y lejos de las normas especiales que en esta materia estableció Bello. Por otra, conduciría a reconocer que quien no es dueño carece de la facultad de transferir, situación que no es efectiva, pues el Código permite la constitución de títulos traslativos de dominio sobre cosas ajenas. En tanto, Soza sostiene que la facultad de transferir atañe al título traslativo de dominio porque allí “se manifiesta la voluntad de transferir y no en la tradición que en el proceso adquisitivo, cumple la función de modo” (SOZA RIED, 2003, p. 289).

De igual forma, la facultad de transferir ha sido percibida en el sentido de que el *tradente* debe ser dueño de la cosa o del derecho y que, además, debe ser capaz de ejercicio (ROZAS, 2007, p. 163). Según Gaete, esto aparece de manifiesto en la definición del artículo 670 y más adelante en el artículo 682, que señala el efecto de la tradición efectuada por quien no es dueño (GAETE, 1992, p. 67). En el mismo sentido, Vial del Río consigna que:

cuando el inciso primero del artículo 672 del Código dice que para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente o su representante, con la palabra válida significa que quien comparece en calidad de tradente debe ser dueño de la cosa, pues de otra manera se considera inexistente como modo de adquirir. (VIAL DEL RÍO, 2009, p. 60)

En cambio, Alessandri indica que el *tradente* debe tener capacidad de ejercicio. Lo mismo dice Kiverstein, en cuanto a que la capacidad que la ley requiere en el *tradente* es la de disposición; la plena capacidad de ejercicio, lo que se ve corroborado por los artículos relativos al pago: artículo 1575 inciso 2º, del cual se desprende que la capacidad del *tradente* es la de libre disposición de los bienes; en este precepto, el pago no es otra cosa que la tradición, y la facultad de enajenar supone la facultad de disposición (KIVERSTEIN, 2000, p. 101-102). Por último, para Peñailillo, el adquirente también debe ser plenamente capaz, de acuerdo a las reglas generales, pues celebra un acto jurídico bilateral (PEÑAILILLO, 2019, p. 738). Sin embargo, aunque ambas posiciones tienen una parte de verdad, la disposición yuxtapone la facultad e intención de transferir al hecho de que sea dueño. De lo que resulta que esta adición corresponde a una exigencia distinta a la de la propiedad y, por lo mismo, se dirige a representar que el titular del derecho de dominio puede, en ocasiones, estar privado de la facultad de transferir, como ocurre en el caso del dueño incapaz que necesita del representante para hacer la tradición del dominio. De lo que se concluye que se refiere al dueño y

que corresponde a la capacidad de ejercicio. Tan solo esta última permite al *tradente* adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismo, para ejercer los primeros y cumplir las segundas sin la necesidad de que intervenga la voluntad de un tercero.

Ahora bien, en cuanto a la intención de transferir el dominio, Peñailillo plantea que la tradición requiere un título traslativo precedente, o bien que el título necesita para cumplir lo pactado que le suceda la tradición. Esta relación conduce a considerar el título como causa de la tradición (PEÑAILILLO, 2016, p. 219; PEÑAILILLO, 2019, p. 736). En el mismo sentido, Vodanovic estima que:

para que la tradición sea válida y opere la transferencia del derecho real, se requiere previamente un título traslativo de dominio (art. 675); es decir, un acto jurídico que dé posibilidad para traspasar el dominio, como el de venta, permuta o donación. (VODANOVIC, 2001, p. 47)

Por último, para Barrientos, la voluntad o intención se refiere al acto material de la entrega y a la circunstancia de que esa voluntad implica que la cosa era del dueño, y que la entrega existe porque hay una causa o título que la precede. En consecuencia, si la intención de transferir el dominio es lo que califica jurídicamente a la tradición como modo de adquirir, esto es posible, precisamente, porque existe un título o una causa de carácter traslativo, y tal intención no es diversa de la expresada en este (BARRIENTOS, 2003, p. 26). De ahí que, en la legislación chilena, la intención expresada en el artículo 670, que define la tradición, se entronca con el artículo 675, que en la versión del manuscrito de Bello ya decía que:

la tradición, ya hecha o ya consentida por el propietario de la cosa que es capaz de enajenar, no trasfiere la propiedad, sino en tanto hecha en virtud de algún título verdadero o putativo”. Agregaba: “[...] se llaman justos títulos aquellos cuya naturaleza es la de transferir el dominio de la propiedad de las cosas [...]”. (BARRIENTOS, 2013, p. 658; POTHIER, 1882, p. 166 y 168)

Los títulos que Bello describe por sí solos generan derechos personales, pero no la transferencia de la propiedad, ya que esta última característica en el sistema chileno se concreta en el modo de adquirir el dominio, que, en este caso, es la tradición. No obstante, aquellos constituyen —como se ha visto— un antecedente necesario para adquirir posteriormente la propiedad de la cosa, por cuanto nace el derecho de exigir la entrega, no así para hacerlo propietario. De modo que el título traslativo de dominio es necesario para la tradición.

Finalmente, el Código Civil agrega la capacidad e intención de adquirir, de manera que el adquirente también debe cumplir estas condiciones. Algunos estiman que, dado que el adquirente por la tradición adquiere el dominio, según reza el artículo 671 —que dice que el adquirente es la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por

él o a su nombre—, necesariamente, debe ser capaz de adquirir, o sea, debe tener la aptitud jurídica para adquirir derechos, ser titular de los mismos y manifestar su intención de adquirir el dominio en el momento de la constitución del título. En definitiva, debe tener capacidad de goce (BARRIENTOS, 2003, p. 48; PEÑAILILLO, 2016, p. 213). En tanto, otros consideran que si el Código Civil no contempla una disposición que impida a ciertas personas adquirir el derecho real de dominio por tradición, el adquirente siempre tiene capacidad de goce y, por lo tanto, puede adquirirlo. Pero como la tradición es un acto jurídico bilateral y necesita para perfeccionarse del acuerdo de las voluntades de dos o más partes, el consentimiento implica la intención determinada de ambas partes de transferir y adquirir el dominio respectivamente y, tras esto, que ambas tienen capacidad de ejercicio, según se deduce del artículo 673 (VIAL DEL RÍO, 2009, p. 56; ROZAS, 2007, p. 163). Frente a ambas posturas, conviene atender al hecho de que la tradición en cuanto modo de adquirir pretende que el adquirente se haga dueño, y para lograr este fin solicita capacidad de adquirir, porque quien la posee tiene la aptitud legal para adquirir derechos y obligaciones (CASTÁNTOBEÑAS, 2007, p. 149); en este caso, el poder de adquirir el dominio por tradición. De ahí que no importa si una persona es incapaz de ejercer los derechos que le pertenecen, porque alguien los ejercerá por ella, su representante. Lo esencial es tener los derechos; la cuestión de su ejercicio, aunque no es menos importante, por lo menos es susceptible de ser resuelta por un medio o por otro.

Posteriormente, previene la intención de adquirir el dominio. Esta supone una declaración o manifestación de voluntad, a la par de la del *tradente*, destinada a producir efectos jurídicos, lo que se materializa en este modo de adquirir. Sin embargo, si se persevera en la concepción de tradición como modo de adquirir, esto es, que el dominio, o bien la titularidad del derecho real, debiera coexistir al momento de la entrega, debido a que el efecto dominical deviene del modo y no del título o causa, cuestión que se hace evidente en la venta de cosa ajena, pues si el vendedor hace entrega al comprador, esta no constituye tradición en cuanto a modo de adquirir, dado que no ha sido realizada por el dueño, sin perjuicio de que quien recibió la cosa puede adquirir el derecho de ganar por prescripción el dominio (artículo 683 del Código) (RODRÍGUEZ DIEZ, 2019, p. 150). Se deduce entonces que la intención del adquirente viene a complementar la que se solicita del *tradente*, en el sentido de que, si se entrega una cosa al adquirente, se hace porque en ambos hay intención de adquirir. De este modo, en el sistema chileno la entrega es el hecho fundamental de la tradición. Sin embargo, de esta no es posible deducir inequívocamente transmisión dominical. Para ello, es necesario que exista la intención de las partes de transferir y de adquirir, la que se induce de la presencia de un título previo del cual la transferencia es resultado. Existiendo el antecedente previo (causa) se presume que la entrega se realizó con ánimo traslativo y, por consiguiente, tal intención existe. Solo así se distingue el dominio adquirido por medio de la tradición.

En esta misma línea se han pronunciado los tribunales de justicia al indicar que:

en nuestro derecho sustantivo, para que se produzca la adquisición del dominio de un bien por una persona, además del título que lo habilite para ello, exige, por regla general, la concurrencia a su respecto de uno de los modos de adquirir el dominio que estatuye la ley. Así, en la especie, para que una persona adquiriera el dominio sobre un bien inmueble, en virtud de un contrato de compraventa, se requiere y/o exige que opere a su respecto legal y válidamente la tradición de aquel, dándose así cumplimiento a la dualidad o binomio título/modo de adquirir que prescribe nuestro derecho privado.⁴

Asimismo, según la ley aplicable solo se puede transferir el dominio de lo que se es dueño, ya que la facultad de disponer de un bien es uno de los atributos del dominio, y antes de la inscripción la reclamante no detenta la calidad de dueña. Que es así como el artículo 670 inciso 1° del Código Civil define la tradición, al señalar: “Es aquel 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 la otra la intención y capacidad de adquirirlo”.⁵ También que:

el Código define la tradición como un acto jurídico en el que ambas partes concurren con su voluntad, habiendo sido reconocido por esta Corte que la tradición importa un acto jurídico del cual la capacidad y la voluntad son elementos de la esencia. Sin embargo, en el presente caso no se observa la capacidad, porque a la época de ingresar las solicitudes de inscripción en el Registro de Comercio y Conservador de Bienes Raíces de Temuco la adquirente no había nacido a la vida del Derecho, por lo que mal podría concurrir con su capacidad y voluntad a adquirir el dominio.⁶

...

- 4 Sentencia Corte Suprema (Civil) ROL N° 790-2016, 14 de marzo de 2017. En el mismo sentido: Sentencia Corte Suprema, 15 de junio de 1992. Id Microjuris: MJJ1575.
- 5 Sentencia de Tribunal R. Metropolitana. Primero, 30 de julio de 2020. E.V. con SII, Dirección Regional Metropolitana Santiago Centro, RIT: GR-15-00040-2019. RUC: 19-9-0000307-5. En el mismo sentido, Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso (Civil) ROL N° 2463-2015, 13 de enero de 2016.
- 6 Sentencia Corte Suprema de Chile (Civil), 30 de marzo de 2016 (N° 9120-2015). Confróntese con sentencia Corte Suprema de Chile (Civil), 17 de febrero de 2016 (N° 6291-2015): “Incorre en una contradicción al aceptar como definición de tradición la contemplada en el artículo 670 del Código Civil, lo que implica concebirla como un acto jurídico, para luego afirmar que, tratándose de inmuebles inscritos, la tradición comienza y termina con la inscripción del título en el Conservador de Bienes Raíces; en otras palabras, el fallo concluye que la tradición es un hecho material (la inscripción) realizado por un tercero (el Conservador) en que no intervienen las partes, salvo para solicitarla”.

Así las cosas, en el sistema chileno la tradición del dominio de los bienes inmuebles sigue el sistema bipartito romano de título y *modus* previsto en las disposiciones que regulan este modo de adquirir en el Código Civil, según el cual, junto con una causa vinculada y precedente de carácter traslativo, se requiere la posterior entrega o *traditio* que el dueño facultado para transferir hace del inmueble, figurada por la inscripción. Esta última se encuentra vinculada estrechamente con su causa, o sea, con el título que “funda y justifica la entrega con la intención de transferir” (BARRIENTOS, 2003, p. 89; ZÁRATE, 2019, p. 247; SEPÚLVEDA, 2014, p. 101). La consideración del título como antecedente y causa determina una estrecha vinculación entre ambos,⁷ de tal manera que la existencia o inexistencia, las vicisitudes o irregularidades del título afectan directa e inmediatamente el valor y la eficacia de la tradición. Por ejemplo, si el contrato contenido en el título es inexistente o nulo, y así ha sido declarado, afectará a las partes en cuyo favor se ha decretado la nulidad. Así lo establece el artículo 1690, en armonía con el artículo 3° inciso 2° del Código Civil. Si el acto o contrato ha sido cumplido total o parcialmente por una o ambas partes, se hará aplicable el artículo 1687. De tal forma que las partes tienen el derecho a exigirse, recíprocamente, la restitución de todo lo que hubieren entregado en virtud del acto o contrato a fin de que las cosas queden como si este nunca se hubiere celebrado. Por otra parte, también afectará a terceros, cuyos derechos provienen de la persona que a su vez adquirió la cosa en virtud del contrato nulo. Por tanto, la nulidad judicialmente declarada, sea absoluta o relativa, da acción reivindicatoria contra terceros poseedores. Así lo establece el artículo 1689 del Código Civil (LÓPEZ, 2019, p. 141).

En consecuencia, en el caso de la nulidad, el *tradente* no pierde el dominio del bien inmueble y el adquirente no llega a adquirirla, aunque se haya hecho la entrega, debido a que no hay intención de transferir y de adquirir el dominio en el título y, siendo así, menos la hay respecto de la entrega, pues la intención de esta última depende de la del título, que es su causa. Y dado que la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en el Registro del Conservador, si el título resulta ineficaz, el mismo devenir afectará a la inscripción. Esta situación y otras más que no acabamos de señalar introducen una enorme inseguridad en el tráfico jurídico de los bienes inmuebles en Chile. La certeza de la adquisición no solo depende del acto que inmediatamente precede a la entrega, sino de una serie anterior a este, en los cuales el adquirente no ha sido parte. De lo que resulta que el sistema de título y modo —en estas situaciones— puede afectar el interés de adquirentes que han inscrito

•••

7 “Lo que se presenta para inscripción es el título, es decir, el negocio obligacional que sirve de causa jurídica a la inscripción y es requisito de esta la expresión del título (artículos 687, 691, 696 y 2342 n° 2 del Código y artículo 52, 58, 78 n° 2, 70, 79, 81 n° 2 y 101 del Reglamento Conservatorio)” (SEPÚLVEDA, 2014, p. 259).

y desconocen la suerte que ha corrido el título que sirve de causa a la tradición (PEÑAILILLO, 2016, p. 244; PEÑAILILLO, 2019, p. 877).

En cambio, en otros sistemas, como el alemán, la propiedad se transmite mediante el acuerdo entre el titular y el adquirente sobre el cambio real y la inscripción de tal desplazamiento patrimonial en el Registro Inmobiliario, salvo que la ley establezca otra cosa. De acuerdo al § 873 del BGB, antes de la inscripción, las partes solo quedan vinculadas por el acuerdo si las declaraciones de ambas han sido realizadas en un instrumento notarial o si se han efectuado ante la oficina del registro inmobiliario o han sido entregadas a este, o bien si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción de las previstas en la Ley del Registro Inmobiliario (MCGUIRE, 2011, p. 11 y 72). Complementariamente, el § 925 – que se refiere a la adquisición y pérdida de la propiedad sobre fincas– establece que el acuerdo debe ser declarado con asistencia simultánea de ambas partes –enajenante y adquirente– ante la autoridad competente. Para recibir el acuerdo de transmisión es competente cualquier notario, sin perjuicio de otras autoridades, también habilitadas.

En consecuencia, para adquirir la propiedad es preciso que el transmitente y el adquirente se pongan de acuerdo sobre la transmisión en el caso de los bienes muebles con la entrega y en los inmuebles con la inscripción en el Registro. Es decir, se requiere la intención de ambos, uno de transmitir y el otro de adquirir el dominio. La causa que motiva y da fundamento a la transmisión se encuentra en un negocio jurídico de carácter obligacional, en virtud del cual una de las partes se obliga a entregar a otra la propiedad del inmueble, según se deduce de los §§ 241 y 433 (LARENZ, 1989, p. 324). El primero indica que en virtud de la relación obligatoria el acreedor está legitimado para reclamar una prestación del deudor. A su turno, el segundo señala que, por el contrato de compraventa, el vendedor de una cosa se obliga a la entrega de la cosa al comprador y a transmitirle la propiedad sobre la cosa. Por ejemplo, si una parte cree que vende y la otra recibe porque está convencida de que le han donado, la tradición se entiende igualmente realizada, de modo que para la transmisión y recepción de la propiedad resulta fundamental el acuerdo. El negocio obligacional no produce ningún cambio real, ni tampoco se considera para valorar la validez de la mutación de la propiedad. En consecuencia, se trata de una figura obligacional en virtud de la cual las partes asumen ciertos compromisos vinculantes –no transmite el dominio, debido a que para que esto ocurra se requiere del acuerdo real y de la inscripción– (MCGUIRE, 2011, p. 73), lo que comprueba que en el sistema alemán esta transacción carece de trascendencia para la transmisión de la propiedad inmueble.

De ahí, una diferencia con el Derecho chileno, según se advirtió, es que en nuestro sistema la entrega de la cosa debe hacerse con intención de transferir el dominio y tal intención existe cuando la precede un título traslativo de dominio conectado con ella. En palabras de Barrientos, “la intención de transferir el dominio se exige respecto de la entrega que, en cuanto ‘*factus tradendi*’ causado, depende de su título traslativo de dominio que funda y justifica la entrega con la intención de transferir” (BARRIENTOS, 2003, p. 88-89). Así, la intención no

es específica y propia de la entrega, pues afirmarlo implica convertir la tradición en un acuerdo adquisitivo independiente de su título, como ocurre en el Derecho alemán.

Tras esto se hace evidente no solo la separación entre el negocio obligatorio y el dispositivo, sino también que el primero no es la causa que explica o justifica la mutación dominical, sino la voluntad de las partes de adquirir y de transmitir expresada en un negocio real, aunque requiere la inscripción en el Registro para el caso de los inmuebles. Por lo que la validez y la eficacia de la tradición quedan vinculadas a la existencia y validez del acuerdo, del cual la tradición es ejecución, pero desligadas y desconectadas, en cambio, del negocio obligatorio que precede. Así, por ejemplo, si una compraventa es nula por cualquier razón, sin embargo, el negocio de disposición ha sido realizado conforme a las reglas establecidas en el Derecho de cosas para la transmisión de la propiedad, y no existe razón alguna para su nulidad, esta disposición es válida (VON BORCH, 1980, p. 83-84). Y como tal produce el efecto de que el adquirente se hace dueño y el *tradente* pierde la propiedad una vez que esta ha sido transmitida, lo que supone que no puede transmitir de nuevo la propiedad a un tercero. Por esta razón no puede interponer ninguna acción reivindicatoria contra el adquirente, ni menos todavía contra los posibles terceros subadquirentes. Tiene únicamente una acción de enriquecimiento sin causa, destinada a obtener la restitución de la cosa si el desplazamiento patrimonial producido carece de justificación. Así lo establece el § 812:

[...] quien mediante la prestación de otro o de cualquier otro modo a su costa adquiere algo sin causa jurídica está obligado frente a éste a su restitución. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece posteriormente o si el resultado perseguido con una prestación, según el contenido del negocio jurídico, no se produce [...].

En conclusión, en Alemania, la transmisión del dominio sobre inmuebles nace de un negocio dispositivo y de la inscripción del dominio. El negocio obligacional no tiene eficacia sobre la transmisión, esta será válida incluso aunque el contrato fuese nulo, salvo que se den los presupuestos para la acción de enriquecimiento. Esto genera entre las partes, en principio, que el *tradente* puede ser restituido en virtud del derecho de enriquecimiento. En cuanto a los terceros, estos no se ven afectados porque la reclamación solo afecta a quienes son parte en la primera transmisión de la propiedad. De modo que el sistema protege sobre todo al adquirente en aras de la seguridad del tráfico y del crédito inmobiliario.

Por otra parte, el ordenamiento español instaaura un sistema basado en la teoría del título y del modo, según el cual la propiedad no se adquiere si no le sigue la tradición de la cosa, mediante la cual el antiguo dueño pone al comprador en la posesión material, aunque no es necesario que se trate de una entrega física, sino que puede ser una tradición de tipo inmaterial o simbólica; en el caso de los inmuebles, es posible que en su lugar se otorgue una escritura pública (ACEDO, 2019, p. 17; ROGEL VIDE, 2016, p. 37; CÁMARA LAPUENTE, 2004, p. 946; GORDILLO CAÑAS, 2006, p. 633). En ese sentido, el art. 609 del

Código Civil señala, entre los diferentes modos de transmitir el dominio y demás derechos sobre los bienes, el siguiente: “[...] por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”. Y el artículo 1095, por su parte, establece que si bien el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, “no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada”. De ambos se deduce que para que tenga lugar la transmisión del bien es necesario que concurren dos elementos: contrato y tradición. No cualquier contrato, sino aquellos que son hábiles o idóneos para transferir el dominio, como la compraventa, permuta y otros (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1968, p. 145; LASARTE, 2018, p. 118). Tales contratos no son mera o exclusivamente obligaciones, sino que son necesarios para que tenga lugar la transmisión del derecho. En este sentido, el contrato es el título en cuya virtud se transmite la cosa; aunque no es suficiente, por sí solo, para producir la transmisión. Para que tal efecto se produzca se requiere, además, la tradición de la cosa (SÁNCHEZ, 2008, p. 12). Aunque esto último en algún momento haya sido discutido en el caso de los inmuebles a partir de la vocación transmisiva que se atribuye a la inscripción del título y que haría innecesaria la tradición, luego de la Ley Hipotecaria (LH) (MURGA FERNÁNDEZ, 2020, p. 828-829).

En opinión de una parte de la doctrina, el artículo 1473 del Código Civil permite sostener que la inscripción sustituye a la tradición. La disposición indica que si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores en el caso de los bienes inmuebles, la propiedad pertenecerá al primero que inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad (RODRÍGUEZ-ROSADO, 2009, p. 1701; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1968, p. 140), lo que comporta que será dueño el que primero lleve a cabo la inscripción en el Registro, independientemente de que conozca o no la venta anterior (RODRÍGUEZ-ROSADO, 2009, p. 1694), y también que la transmisión del dominio que se produce al margen de la inscripción ha sido relevada por una que la estima necesaria para que exista este derecho. De modo que puede decirse que la transmisión de la propiedad conforme a la disposición referida se aleja de los requisitos de título y modo exigidos en los artículos 609 y 1095 del Código Civil español. No obstante, se ha puesto de relieve que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura resultare la voluntad de los contratantes en virtud del art. 1462 inciso 2º, es decir, la tradición está implícita en el instrumento que contiene el contrato traslativo de dominio.⁸ Por consiguiente, el Registro supone que la entrega de la cosa se ha producido (tradición simbólica e instrumental) (SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, 2019,

...

⁸ “Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”. Artículo 1462 inciso 2º del Código Civil.

p. 152). Por otra parte, si el *tradente* del derecho real de dominio tiene inscrito su derecho, la presunción de posesión establecida en el artículo 38 inciso 1° de la Ley Hipotecaria permite colegir que la tradición se ha efectuado (MAYOR DEL HOYO, 2015, p. 137-138). Pues todo aquello que está en el Registro existe, tiene una pertenencia y se supone veraz. En consecuencia, a diferencia del sistema alemán, en el español la transmisión de la propiedad se produce al margen del registro, mediante la tradición causalmente empalmada con un título obligatorio anterior —al que se llama teoría o doctrina del título y el modo—, de ambos se genera el acto de desplazamiento patrimonial que es el objeto de la inscripción. El comprador es propietario desde que se le entrega el inmueble o desde que se otorga la escritura pública. La inscripción no consuma la adquisición.

En este contexto, el título anterior debe ser válido y eficaz. De lo contrario, la transmisión será ineficaz y el dominio no habrá sido adquirido por el adquirente ni transmitido por el *tradente* (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 893; CÁMARA, 2004, p. 946). De ahí que la cuestión, en el sistema español al igual que en el chileno, es determinar en qué medida la inexistencia, invalidez o ineficacia del título que precede a la tradición afecta las consecuencias que produce la inscripción. Díez-Picazo (2008, p. 894) afirma que:

parece claro que en todos los casos en que la ineficacia del negocio antecedente desaparece en un momento posterior sobrevenido (rescisión, revocación, resolución, etc.), ello no significa por sí solo ineficacia de la transmisión de la propiedad que pudiera haber sido llevada a cabo con base en aquel contrato y como ejecución de él.

Agrega que de acuerdo al artículo 1124, en el caso de la resolución por incumplimiento de obligaciones, esta se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes.

En efecto, de acuerdo al artículo 1295 del Código Civil, que dispone que no “tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe”; y el artículo 1298, que indica: “El que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a estos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas” y, por último, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, que permite la revocación de la inscripción en el Registro, se puede confirmar que no es posible recuperar la cosa si ella ha sido transmitida a un tercero que ha procedido de buena fe.

Todavía más, a la misma conclusión se puede llegar cuando el vicio del título que precede fuera determinante en la nulidad. Este vicio de la causa de la tradición no provoca por sí solo la ineficacia de la tradición ni determina la recuperación de las cosas que hubieran pasado a poder de terceros, según se deduce de los artículos 1303 a 1307, que se refieren a la nulidad de los contratos, y conforme a los cuales deriva una obligación de restitución que es de carácter fundamentalmente personal. Ahora bien, en lo que dice relación con los casos

de inexistencia o nulidad absoluta del contrato, Díez-Picazo (2008, p. 520) sostiene que la devolución procede si la cosa se halla todavía en manos del adquirente, de no ser así “restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo”.⁹ Quien recibe de buena fe se hace propietario y queda excluido de la acción reivindicatoria del artículo 348 del Código Civil. Sobre la base de las mismas disposiciones, Lasarte sostiene que, una vez declarada la nulidad, los contratantes deben restituirse la cosa que hubiere sido materia del contrato. No siendo esto posible, conforme a las reglas generales, procederá la restitución recíproca o no del equivalente pecuniario en dinero (LASARTE, 2018, p. 373 y 384). El mismo efecto produce la resolución, ella opera *ex tunc* y lleva consigo la obligación de restituir a cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, lo que significa que la relación se extingue como si nunca hubiese existido, sin perjuicio del respeto a los derechos de terceros adquirentes de buena fe.

En cambio, Rodríguez-Rosado indica que aunque la acción de nulidad es de carácter declarativo, por ese hecho no deja de perjudicar a terceros que deriven sus derechos del negocio nulo (RODRÍGUEZ-ROSADO, 2004, p. 1006 y 1008) debido a que en el sistema español la falta de título determina que la entrega no transmitió la propiedad; producto de esto el *tradente* sigue siendo propietario y, por lo mismo, puede reivindicar del tercer adquirente, pues solo tiene la posesión.

Todas las titularidades se verán afectadas, y la obligación de restitución de la cosa alcanzará al tercer adquirente, siempre y cuando: i) haya sido demandado; ii) no esté protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria si es inmueble o por el artículo 464 inciso 1º si es mueble o, admitiendo la apariencia cuando el tercero no adquirió de *accipiens* de buena fe y a título oneroso. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2001, p. 106)

En el mismo sentido, Soler Presas señala que, estando ambas partes recíprocamente obligadas a restituirse, se satisface el intercambio, sin ajustar su alcance, según la buena o mala fe del poseedor (SOLER PRESAS, 2018, p. 1230). El artículo 1897 del Código Civil no excluye la posibilidad de accionar contra el tercero, pues si hubiese enajenación, el que está de buena fe restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo. Esta misma derivación se aplica en las acciones personales de nulidad y rescisión, los terceros quedan protegidos en ciertas situaciones. Sin embargo, la regla es que la naturaleza de la acción no impide que se demande a los terceros adquirentes del titular.¹⁰

9 Artículo 1897 del Código Civil.

10 Sentencia AP-Navarra (Civil) 6 de octubre de 2016 (452/2016); Sentencia AP-Vizcaya (Civil), 30 de octubre de 2018 (321/2018); Sentencia AP-Barcelona (Civil), 23 de marzo de 2017 (153/2017); Sentencia

Estas situaciones permiten visualizar que hay un claro conflicto entre *tradente* y *adquirente*, cuando no se cumplieron todas las obligaciones establecidas por las partes. El *tradente* queda sin duda mejor protegido si no ha habido todavía tradición de la propiedad, puesto que continúa siendo propietario y puede ejercer una acción reivindicatoria. En cambio, el *adquirente* queda protegido, convirtiéndolo ya en propietario y haciendo que frente a él solo procedan acciones de naturaleza personal.

En todo caso, cualquiera que sea la solución, en el derecho español queda claro que, en un sistema de transmisión informado por la teoría del título y modo, las vicisitudes del título que antecede a la tradición pueden afectar la inscripción. La nulidad y la resolución conmueven de tal manera al título que pueden hacerlo ineficaz, ya que en su virtud pueden producirse efectos restitutorios entre las partes y respecto de terceros, como acabamos de demostrar.

Así, el sistema causal, tanto el español como el chileno, requiere asegurar a quien en el Registro aparece como su titular, que será mantenido en su adquisición, aunque la titularidad del *tradente* se encuentre amenazada por una causa de nulidad o resolución (MARTÍNEZ VELENCOSO, 2008, p. 17). En definitiva, se trata de determinar en favor de quién debe inclinarse la protección, decidiendo si en favor del propietario actual, aunque esté en vías de dejar de serlo, o si en favor de los que acceden, o sea, si debe favorecerse la seguridad del tráfico jurídico o la protección jurídica de los adquirentes.

2. CARÁCTER CONSTITUTIVO O NO DE LA INSCRIPCIÓN EN LA TRADICIÓN DEL DOMINIO DE LOS BIENES INMUEBLES: EFECTOS RESPECTO DEL TITULAR INSCRITO Y TERCEROS

A la par de la seguridad del tráfico y la protección de los adquirentes, los ordenamientos jurídicos añaden a las reglas de transmisión de la propiedad otras que reglan el sistema registral. Los diferentes registros inmobiliarios, es decir, registro de escrituras y registro de títulos se diferencian entre sí por el valor que atribuyen a la inscripción. Algunos de ellos certifican la propiedad de un inmueble debido a que la inscripción es requisito indispensable para la tradición o constitución del derecho real, mientras que otros ofrecen mecanismos de protección de los derechos de propiedad, dejando la cuestión de la transmisión de la propiedad a las normas sustantivas que rigen la posesión. Esta situación lleva a considerar la trascendencia que para estos efectos tiene la inscripción, en el sentido de si es importante para proteger al titular inscrito o si es eficaz con relación a los terceros.

Desde el rol que se le atribuye a la inscripción se suele distinguir entre el registro constitutivo y el declarativo (CAICEDO, 2001, p. 29; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA,

...

AP-Zaragoza (Civil), 13 de febrero de 2015 (42/2015); Sentencia AP-Vizcaya (Civil), 20 de mayo de 2016 (145/2016).

1968, p. 127). El primero, esto es, el constitutivo, se caracteriza por el hecho de que los derechos personales se transforman en derechos reales por medio de la inscripción. El derecho nace, se modifica y extingue a través de la inscripción en el Registro. De tal manera que, en caso de inexistencia de la inscripción, no habrá nacido el derecho que debería ser inscrito (LASARTE, 2018, p. 353). Una de las ventajas de este tipo de registro es que obliga a inscribir para producir ciertos efectos jurídicos, o bien para obtener protección, y desde ahí alcanzar mayor coincidencia entre la realidad y lo publicado en el Registro (JEREZ DELGADO, 2003, p. 685).

En el derecho alemán, de acuerdo a los §§ 873 y 925, la inscripción es necesaria para alterar el tracto en la realidad jurídica real, es decir, la inscripción es constitutiva para las transmisiones por negocios jurídicos *inter vivos*, no se produce ninguna modificación o transmisión de la propiedad ni de los demás derechos reales mientras no se inscriba en el Registro.¹¹ El titular que inscribe en el derecho alemán adquiere válidamente y se hace dueño (VON BORCH, 1980, p. 83; BREHM y BERGER, 2014, p. 179 y 183). En esta misma línea se ha pronunciado la jurisprudencia.¹²

Sin embargo, al igual que en otros sistemas, se ha planteado la cuestión de si la inscripción permitirá la transmisión del dominio siempre, incluso en aquellas situaciones en las que el negocio dispositivo es agredido por una causal que afecta su validez. De ser así, ¿podría ocurrir que si el negocio de disposición o el acuerdo de inscripción no son válidos, tampoco lo sea el acuerdo real y, por ende, la transmisión? El Código alemán señala las razones por las que un acuerdo contractual puede ser nulo o anulable en la Parte General del Código Civil (Libro Primero). Una primera fuente de defectos es la falta de capacidad legal para realizar transacciones legales de acuerdo con los §§ 104 y sigs. Otra es si la declaración carece de seriedad (§ 118). También, si adolece de un defecto de forma requerido por la ley (§ 125); es

...

11 *Bundesgerichtshof* (BGB) (Tribunal Federal de Alemania), 14 de septiembre de 2018 (V ZR 213/17), Sección 311b Párrafo 1 S 1 BGB, Sección 873 Párrafo 2 BGB, Sección 925 Párrafo 1 BGB.

12 OLG München (Tribunal Regional Superior de Múnich), 3 de mayo de 2012 (Az. 34 Wx 184/12): «a) Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück - ebenso von Bruchteilen - ist die nach § 873 BGB erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (= Auflassung) bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle zu erklären (siehe BGH NJW 2007, 3204)» [Para la transmisión de la propiedad de un terreno –así como de las participaciones fraccionarias– el acuerdo del transmitente y del cesionario (= transmisión) exigido por el artículo 873 del BGB debe declararse ante una autoridad competente en presencia de ambas partes (véase BGH NJW 2007, 3204)].

También, *Bundesgerichtshof* (BGH) (Tribunal Federal de Alemania), 13 de julio de 2012 (V ZR 254/11). «Die Bestimmung des § 873 Abs. 2 BGB, [...] (Senat, Urteil vom 25. Januar 1967 - V ZR 172/65, BGHZ46, 398, 399)» [La disposición del § 873, Subsección 2, BGB, [...] (Senado, Sentencia del 25 de enero de 1967 - V ZR 172/65, BGHZ46, 398, 399)].

contrario a la ley (§ 134) o transgrede los principios fundamentales de la moral (§ 138). Otros defectos de la declaración como regla general no son un impedimento para su validez, sino que simplemente hacen que el contrato sea anulable (PRADI *et al.*, 2017, p. 137).

Conforme al principio de abstracción, en los casos en que el acuerdo contractual no es válido, la celebración que obliga a una parte a transmitir el título a otra no afecta en sí mismo el derecho de propiedad del deudor (MEDICUS, 2006, p. 94). El acreedor, es decir, el cedente, solo adquiere un derecho personal por la celebración de un contrato real. Así, por ejemplo, en el caso de una venta doble, ambos acuerdos contractuales son perfectamente válidos, pero el vendedor no puede cumplir con ambas obligaciones. Asimismo, el acuerdo real se considera “neutral” y, por lo tanto, válido, incluso cuando el contrato subyacente sea nulo. Entonces, si la pregunta es si la transferencia de la propiedad puede basarse en una obligación nula o anulable, la respuesta es que todas estas agresiones solo conducen a un defecto del acuerdo subyacente (negocio jurídico obligacional) y no sobre el acuerdo real. Sin embargo, estas consecuencias han aceptado algunas excepciones.

En ese sentido, el ordenamiento alemán considera que el adquirente no siempre está obligado a restituir la propiedad adquirida. Por ejemplo, si A vende un inmueble a B y se lo transfiere. Posteriormente, B regala el inmueble a C. Luego, A descubre que el contrato de venta con B fue declarado nulo por un defecto de forma. Como el acuerdo contractual entre A y B es nulo, la transferencia del título carece de una causa válida que la justifique. B se ha enriquecido injustamente y, por lo tanto, está obligado a restituir de acuerdo con el § 812 I. Sin embargo, B no puede devolver, porque ha transferido la propiedad a C. Como B no ha recibido nada a cambio, A no puede reclamar ninguna contraprestación (teórica) por el artículo citado. C, que ha obtenido el activo sin contraprestación (como B antes que él), no es digno de protección. Por lo tanto, C tiene que transferir el activo a A de acuerdo con el § 882, que se refiere al deber de restitución de terceros. Lo mismo ocurre cuando el tercero ha adquirido la propiedad de buena fe, las disposiciones que permiten reclamar la restitución al antiguo propietario por enriquecimiento injustificado quedan por regla general excluidas (MCGUIRE, 2011, p. 73). En conclusión, el adquirente puede adquirir la propiedad a pesar de un contrato inválido. Las excepciones a esta regla son finitas. Por supuesto, la validez del acuerdo real no puede cambiar el hecho de que la transmisión de la propiedad pueda carecer de justificación económica. Las consideraciones sobre este tema son tratadas de acuerdo a las reglas del enriquecimiento injustificado (§§ 812 y siguientes), según se examinó (KEGEL, 1977, p. 57). La necesidad de restitución conduce a que mientras no ocurra, el adquirente es el propietario y está autorizado a disponer de la propiedad a favor de cualquier tercero. Y cuando el adquirente, debido a dicha transmisión posterior, no pueda volver a transferir el activo, debe compensar el valor. Estamos ante otra diferencia con el sistema chileno: mientras que en un sistema causal correspondería una acción de reivindicación, en el sistema abstracto las restituciones operan bajo las reglas del enriquecimiento sin causa.

Con todo, estas no son las únicas excepciones, si la misma causa de nulidad afecta tanto al acuerdo real como al negocio obligacional; si el acuerdo contractual es contrario a la ley, los principios del ordenamiento permiten que el defecto se extienda al acuerdo real (§ 138). Por último, también si las partes pactan que la validez del acuerdo real dependa de la validez del acuerdo contractual (BAYERLE, 2009, p. 1081).

Entre las disposiciones relativas al derecho sobre las fincas, el BGB introduce el requisito de un acuerdo real entre el cedente y el cesionario sobre la producción de la modificación jurídica y la inscripción de tal modificación en el Registro. Lo que conduce a pensar que la transmisión de la propiedad se produce por este acuerdo completado con la inscripción. Aunque la entrega cumple un propósito diferente en la transmisión realizada por una persona que es el titular, en comparación con la adquisición de buena fe de una persona que no lo es en realidad. En el primer supuesto, el requisito de transmisión sirve a la seguridad jurídica, ya que un cambio de derechos de propiedad solo tiene lugar cuando se lleva a cabo un acto real de transferencia. En el segundo, el requisito sirve al tercero que contrata desconociendo la inexactitud del Registro. Así se infiere del § 891, pues presume que si en el Registro Inmobiliario está inscrito un derecho en favor de alguien, este le pertenece. Asimismo, si en el Registro aparece extinto un derecho inscrito, el derecho no existe. Lo que significa que tanto lo que ingresa como aquello que se elimina es correcto.¹³ De forma semejante el § 892, que se refiere a la fe pública y que establece:

el contenido del registro inmobiliario se considera exacto en favor de aquellos que adquieren, mediante negocio jurídico, un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, a no ser que se extienda un asiento de contradicción contra la exactitud o la inexactitud sea conocida por el adquirente. Si el titular se encuentra limitado en el poder de disposición sobre un derecho inscrito en el registro inmobiliario en beneficio de una determinada persona, la limitación solo es eficaz frente al adquirente, si resulta del registro inmobiliario o si es conocida por el adquirente.

• • •

13 OLG München (Tribunal Regional Superior de Múnich), 29 de mayo de 2015 (Az. 34 Wx 24/15): «d) Eine Unrichtigkeit des Grundbuchs kann auch nicht deshalb angenommen werden, weil der Beteiligte gemäß § 873 Abs. 2 BGB mit Antragstellung der aus der Dienstbarkeit Verpflichteten eine Anwartschaft (hierzu im Einzelnen: BGHZ 45, 187/190 f.) auf ein gegenüber den Grundschuldberechtigten vorrangiges Gehund Fahrrecht erworben hätte» [d) Tampoco se puede presumir una incorrección del registro de la propiedad por el hecho de que el interesado, según el artículo 873.2 del Código Civil, hubiera adquirido una expectativa (sobre esto en detalle: BGHZ 45, 187-190 y ss.) a un derecho de paso y a un derecho de paso que tiene prioridad sobre los derechohabientes del terreno]. En el mismo sentido, OLG München (Tribunal Regional Superior de Múnich), 7 de noviembre de 2011 (34 Wx 400/11).

Eso lleva a plantear que la inscripción es plenamente eficaz con relación a cualquier adquirente de buena fe; aunque luego resulte que la realidad jurídica no coincide con la real, el adquirente de quien está legitimado para transmitir según el Registro se convertirá en verdadero titular si desconocía la inexactitud del asiento del que deriva su derecho.¹⁴ En consecuencia, el Registro intenta no solo reflejar la realidad jurídica inmobiliaria, sino entregar confianza y proteger a los terceros de buena fe.

En cambio, en los registros declarativos, los derechos reales nacen, se modifican y extinguen antes que el título ingrese al Registro. Con el solo título o con el título y la tradición de la cosa opera la transformación inmobiliaria. De tal forma que se reconoce la preexistencia del derecho real que ha nacido fuera de él y se convierte en un requisito necesario para oponer el acto o derecho a terceros (LASARTE, 2018, p. 353; ACEDO, 2019, p. 278). Así, por ejemplo, en el registro español, de acuerdo a los artículos 1875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria, los derechos reales nacen, se modifican y extinguen al margen del Registro, en virtud de los actos y contratos que, ya sea en documento público o privado, realizan los interesados respecto de los bienes inmuebles. De ahí que el Registro se limita a dar publicidad formal a aquellos actos que ya nacieron fuera de sus libros (LASARTE, 2018, p. 353). Así, quien adquiere un derecho real sobre un inmueble, en especial la propiedad, puede no efectuar la inscripción de su derecho, la transmisión es válida, sin embargo, no será protegido por el sistema jurídico registral (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 502). Aunque si desea obtener la protección que el Registro dispensa, la inscripción constituirá un requisito para obtener la plena eficacia del contrato frente a terceros, pues “los derechos reales sobre inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el registro de la propiedad, no perjudican a terceros”,¹⁵ deduciéndose, por tanto, que sí tendrán eficacia entre quienes no tengan esa condición de tercero.

De esta forma, la Ley Hipotecaria española optó por no interferir en el proceso de transferencia del dominio, en tanto, sí por otorgar seguridad sobre lo publicado en el Registro para quien desea inscribir su derecho, como para quien aspira a saber con certeza que adquiere de la persona que es titular y puede transmitir la propiedad (GORDILLO CAÑAS, 2020, p. 80). Por esta razón, de un lado, mantuvo el carácter declarativo y voluntario de la inscripción en el Registro de propiedad, como la conveniencia de inscribir. La propiedad y demás derechos sobre inmuebles se adquieren al margen del Registro, mediante título y modo, a la vez que el titular solo queda protegido frente a terceros si inscribe su título en el Registro de la propiedad.¹⁶ Sin embargo, de otro lado, se preocupó de extender los efectos y las consecuencias de

14 *Bundesgerichtshof* (BGH) (Tribunal Federal de Alemania), 23 de julio de 2015 (V ZB 1/14).

15 Artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

16 Sentencia AP-Barcelona (Civil), 14 de enero de 2011 (17/2011): «El Registro de la Propiedad nació para dar seguridad a las inversiones económicas [...]. El Estado creó el Registro de la Propiedad y lo dotó de

la inscripción con relación a los terceros (JEREZ DELGADO, 2016, p. 6; DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 519).

El art. 38 de la LH establece que “a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo, se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos”. Como se puede ver, la disposición establece una presunción que protege a quien inscribió su título en el Registro, pues determina, salvo prueba en contrario, que lo inscrito en él existe y pertenece al titular registral en la forma que expresa el asiento, y que este tiene la posesión (LASARTE, 2018, p. 355). Por esta razón, se ha sostenido que la presunción de la existencia comprende que el derecho está inscrito y, como le precede un título, también supone la eficacia del negocio constitutivo. Asimismo, admite que el derecho inscrito pertenece a aquella persona que en el Registro aparece como titular y que el derecho tiene el contenido y los atributos que en el asiento se expresan. Por último, que el titular tiene la posesión (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 503-504). Aunque respecto de esta última, para Lacruz Berdejo, se trata de una posesión civil, en el sentido que los artículos 430 y siguientes del Código expresan, con sus limitaciones y sus posibilidades de protección (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1968, p. 184). En cambio, para Díez-Picazo y Lasarte, el artículo atribuye al titular registral la protección posesoria, a menos que se pruebe que carece de toda relación directa con la cosa, en definitiva, que no es poseedor (LASARTE, 2018, p. 357). Con todo, parece que esta última posición es la correcta, porque la misma ley se encarga de señalar en el artículo 35 que, a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción y se presumirá que aquel ha poseído durante el tiempo de vigencia del asiento (MORALES MORENO, 1971, p. 1136). Todavía más, regula especialmente esta institución en cuanto afecta o pueda afectar solo en ciertas situaciones a quien tiene su derecho inmobiliario inscrito en el Registro de la Propiedad. De modo que la inscripción permite que el titular registral sea tratado como verdadero y protegido en esa calidad.

...

un singular efecto jurídico; lo que no figurase en él, no podría perjudicar [...]. El público se muestra reticente a invertir sus activos patrimoniales si no tiene la seguridad de que lo que compra lo compra en firme y sin riesgo de perderlo después, sobre todo si se trata de una inversión tan importante como suelen ser las que se refieren a inmuebles. [...] Este es el espíritu y la finalidad de la ley, lo que inspira el sistema y lo que ha de servir para entenderlo e interpretarlo». El Registro de la Propiedad otorga seguridad jurídica a los derechos inscritos en él. Favorece la seguridad y agilidad del tráfico jurídico. Además, el Registro de la Propiedad hace públicos los hechos, actos y derechos en él inscritos. El art. 607 del Código Civil añade que el Registro de la Propiedad será público para quienes tengan interés en conocer el estado de los inmuebles o derechos reales inscritos.

De ahí que el titular registral puede disponer del derecho y transmitir; aunque en el ordenamiento español esta facultad es uno de los requisitos para producir la mutación dominical, también depende del adquirente.¹⁷ Por ello, en el caso de que el titular inscrito no tenga la posesión, la validez de la mutación requiere buena fe y que se haya adquirido a título oneroso.

Esto último da paso a admitir que en este sistema la inscripción protege a terceros, tanto disponiendo que aquello que no esté inscrito en el Registro les es inoponible, como confiando carácter indeleble a la inscripción si el tercero ha adquirido confiando en la veracidad y exactitud del Registro y, por consiguiente, amparándose en él (PRADI *et al.*, 2017, p. 77). Según el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, “los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a terceros”. Esto implica que si el titular que adquiere un derecho no lo inscribe, no puede luego ejercer u oponerlo al tercero que, si lo hizo, no puede dirigir pretensión alguna contra el tercero argumentando desconocimiento del derecho real constituido o transmitido conforme a la tradición y a la inscripción, que en este caso dota de publicidad a su contenido real (CÁMARA LAPUENTE, 2004, p. 944).¹⁸ Sin embargo, el efecto de que el derecho inscrito no resulte perjudicado por el que se dejó de inscribir, ni favorece la confianza en el dato registral previo, ni requiere la previa inscripción del derecho en cuya adquisición se va a proteger a quien inscribe, pues tan solo garantiza a quien inscribe que su derecho no resultará afectado por la existencia de otro que tenga su origen en un título no inscrito, pero no le protege *per se* que su adquisición sea inatacable. Para Gordillo, la oponibilidad denota el efecto de una publicidad negativa: garantiza a quien inscribe que su derecho no resultará impedido por la existencia de otro otorgado por su causante a favor de cualquiera que no lo haya inscrito; pero no garantiza que la adquisición —la del adquirente protegido por haber inscrito— es definitivamente válida y eficaz: si el transmitente no era dueño, el adquirente que inscribe quedará a merced de la acción reivindicatoria en tanto no logre consumir la usucapión (GORDILLO CAÑAS, 2004, p. 395). De este modo,

•••

17 Sentencia AP-Madrid (Penal), 25 de julio de 2019 (477/2019): El art. 38 de la Ley Hipotecaria consagra el llamado principio de legitimación registral, en virtud del cual: «A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo». En base a esta disposición la sentencia califica como ilegítima la ocupación de los bienes inmuebles. En la Sentencia AP-Madrid (Sección 13ª), sentencia 17.01.2018. «En el presente caso, el dominio consta inscrito en el Registro de la Propiedad a favor de la actora por lo que ostenta la presunción *iuris tantum* del dominio del derecho real inscrito a su favor que deriva del artículo 38 de la LH, presunción que no ha sido desvirtuada por la parte apelante que es la que ocupa la vivienda. La propia parte apelante, además, reconoce en el párrafo tercero de la alegación primera de su recurso que no ha existido relación jurídica con el anterior o anteriores titulares registrales del inmueble».

18 Véase, Sentencia AP-Málaga (Civil), 21 de julio de 2013 (345/2013).

supóngase que A no tiene la finca inscrita y la vende a B y después la vende a C, y el primero que llega al Registro es la adquisición de C; conforme al artículo 32 se protege a C frente B, porque aquel inscribió y surge una protección a su favor, que puede no ser definitiva, pero que lo coloca en una mejor posición frente a quien no inscribió. Si, por ejemplo, C transmite a D y este es adquirente a título oneroso y de buena fe (y han transcurridos los dos años a contar de la inmatriculación de la finca), D quedará protegido, pero por el artículo 34 de la LH.

En efecto, pues, el artículo 34 indica que:

el tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Esta disposición protege al tercero que a título oneroso y de buena fe adquirió un bien de titular registral e inscribió su título en el Registro de la Propiedad, aunque posteriormente se pruebe la falta de poder de disposición del transmitente. El inciso segundo hace consistir la buena fe del tercero en el desconocimiento de la inexactitud registral; pero tan cierto como ello es que, según el inciso primero de este mismo artículo, las causas no inscritas de anulación o resolución del derecho inscrito vienen a constituir uno de los supuestos de inexactitud registral respecto de los cuales se protege al tercero.¹⁹ De esta forma el sistema ampara la fe pública registral, que se traduce en la confianza de que la titularidad que aparece es real, solo así se justifica el escudo que impide las agresiones contra el tercero y torna la convicción depositada en una presunción *iuris et de iure* de veracidad y exactitud del Registro. Sin embargo, para los fines de esta investigación, el problema se presenta al momento de cuestionarse si la percepción de veracidad del titular que transmite alcanza la validez y eficacia del título. Por ejemplo, si el titular registral aparece como tal en el Registro, y se desconocen los vicios o defectos que afectan al contrato suscrito por este. Si el asiento publica un título falso o inválido, la protección que dispensa la norma ampara la ignorancia de tal invalidez. El artículo 33 de la Ley Hipotecaria dice que la “inscripción no convalida los actos o contratos que sean

...

19 Sentencia Tribunal Supremo (Sala 1º, Civil), 13 de mayo de 2011 (342/2011), destaca que la presunción de exactitud registral, que es la esencial eficacia del Registro de la Propiedad, se traduce en el principio de legitimación registral (eficacia defensiva de la inscripción) recogido en los artículos 38, 97 y 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, y el principio de fe pública registral (eficacia ofensiva de la inscripción) que proclaman los artículos 32 y 34 de la LH. Véanse artículos 9 y 51 de la LH.

nulos con arreglo a las leyes”, estos siguen siendo nulos y como tales no producirán los efectos queridos por las partes; afectarán a terceros y especialmente a los adquirentes, salvo que entrañen las condiciones del artículo 34. El artículo 33 LH únicamente incluye los supuestos de nulidad del título del proceso transmisivo y no del modo. Siendo así, la adquisición se da, aunque el modo sea inválido, pues el artículo 34 LH sana la falta de poder de disposición de la que adolece dicho modo, y con ello se dan los dos requisitos necesarios para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales en virtud del artículo 609 del Código Civil (MURGA, 2012, p. 2028).

La doctrina española sostiene que la estabilidad que ofrece al adquirente comprende la embestida del titular extra registral y, por lo mismo, la protección no necesariamente se extiende a los demás posibles defectos del titular que dispone del derecho, como son las circunstancias propias del estado civil, capacidad y otras situaciones jurídicas meramente obligacionales (MURGA, 2020, p. 834). Aunque se mantiene mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1968, p. 238), porque no aparece en esta otra titularidad ni tampoco circunstancias o factores que puedan anular, resolver o limitar el derecho del disponente. En consecuencia, el artículo 34 protege al adquirente frente a cualquier impugnación de su título adquisitivo, nacido de un titular registral anterior, que pretenda la anulación o la resolución del derecho del *tradente*.²⁰ No obstante, las excepciones establecidas en el artículo 37, esto es, si las acciones rescisorias y resolutorias deben su origen a causas que consten explícitamente en el registro; las de revocación de donaciones, en el caso de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el registro; las de retracto legal, en los casos y términos que las leyes establecen; las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, las cuales perjudicarán a terceros. Así, el tercero se mantiene en su adquisición, aunque después se anule o resuelva el derecho de su transmitente por causas que no constaban en el Registro. La fe pública registral, en

•••

20 “La Fundación no puede recuperar las parcelas cuyos adquirentes están protegidos por la fe pública registral. Los terceros adquirentes gozan de condición de tercero de buena fe a los efectos del art. 34 LH y al cual no le son oponibles ninguna de las excepciones contempladas en el mismo cuerpo legal. Se parte de la presunción de exactitud registral, expresión de la eficacia del sistema registral, y en la misma, la presunción *iuris et de iure*, plasmada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, conocida como principio de fe pública registral que protege decisivamente al adquirente, que es tercero hipotecario, haciendo que lo que no consta en la inscripción registral, no le afecta, en el sentido de que se le mantiene, cuando adquiere de buena fe y a título oneroso, en su adquisición, confiado en lo que expresa el Registro. Los presupuestos para la aplicación del principio los enumera el primer párrafo de dicho artículo: adquisición de un derecho de quien aparezca en el Registro con facultades para transmitirlo, buena fe, a título oneroso e inscripción del derecho. Se hace lugar al recurso de casación”. Sentencia Tribunal Supremo (Sala 1º, Civil), 30 de junio de 2008 (626/2008).

este concreto supuesto, es entonces el cauce por el que discurre la seguridad del tráfico en el sistema español: “aquella que exige que ninguna adquisición se pueda ver frustrada por defecto de causa alguna que no pudo conocer el adquirente de buena fe” (GORDILLO CAÑAS, 2006, p. 532).

3. LA INSCRIPCIÓN “CONSTITUTIVA” EN CHILE

A diferencia de lo que sucede en España, en Chile la inscripción es la única manera de realizar la tradición de los derechos reales inmuebles. En nuestro derecho esta idea se desprende del artículo 686 del Código Civil, según el cual la propiedad y los demás derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles se adquieren y transmiten por la tradición, la que se efectúa por la inscripción del título en el Registro del Conservador. Aparece, pues, en este artículo la regla basal, que dispuso un sistema de inscripción constitutiva, vale decir, ella es la que da vida al derecho real y toda modificación inmobiliaria posterior se produce merced a una nueva inscripción registral (ALCALDE, 2019, p. 213; ZÁRATE, 2019, p. 229). En efecto, como resultado de la primera revisión a la que fue sometido el Proyecto impreso en 1853,

se asumió el sistema conforme al cual la tradición de los bienes raíces, y de ciertos otros derechos, se efectuaría por la inscripción del título en el Registro del Conservador, si bien se mantenía la terminología de una ‘tradición de los Bienes Raíces’, como podía leerse en el proyecto inédito, en cuyos artículos se reflejan los resultados de esa primera revisión. En él se leía un nuevo artículo 826 que contenía los tres incisos siguientes: 1º se sustituyó la expresión tradición de los Bienes raíces por tradición del dominio de los Bienes Raíces [...]. (BARRIENTOS, 2013, p. 696)

La inscripción consiste, según afirma la doctrina, en un asiento idóneo para incorporar al Registro una vicisitud real de carácter definitivo (LASARTE, 2018, p. 352).

Es un asentamiento o traslado que se hace en los libros del Registro, del contenido de los títulos presentados, con la finalidad de otorgarles un carácter de permanencia y, asimismo, para que la persona a favor de quien se realiza la inscripción goce de la protección de su derecho frente a eventuales perturbaciones por parte de terceros. (VIVAR MORALES, 1994, p. 117)

Es una constancia que otorga protección jurídica específica al titular inscrito (JARA SILVA, 2019, p. 1). Estas concepciones aparentemente sencillas adquieren complejidad tan pronto como se indaga sobre si realmente la inscripción en el sistema chileno tiene el carácter constitutivo que se le atribuye, pues habría una mutación jurídico-real, en el sentido de

que esta inscripción al parecer no prueba el dominio (titularidad dominical), sino la posesión.²¹ Por ende, podría haber posesión y, sin embargo, inseguridad del dominio hasta que transcurra el plazo de prescripción (FLORES y PEÑA, 2014, p. 54; ALCALDE, 2019, p. 215). Así lo ha señalado la Corte Suprema a propósito de la vulneración del artículo 582 del Código Civil, toda vez que, “a pesar de no haber probado la actora su propiedad sobre el suelo que litiga, carga que pesaba sobre sus hombros, por ser el fundamento de su acción en este procedimiento”, como lo ha sentado la abundante jurisprudencia que detalla, de esta Corte Suprema, del año 1985, y de distintas Cortes de Apelaciones, de los años 1986 y 1998, entre la que realza un fallo de este tribunal,²² que, en lo pertinente, señala “que, la inscripción en el registro de propiedad del Conservador de Bienes Raíces de un inmueble no comprueba necesariamente que pertenezca en dominio al titular, lo que solo ocurriría si el tradente o el antecesor hubiese sido dueño del bien inscrito, pues nadie puede transferir más derechos de los que tiene [...]”. Explica que, en este caso particular, no aceptó únicamente la inscripción postrera, sino que también las anticipadas para acreditar el dominio del demandante, pues obraban antecedentes que demostraban que los demandados derivan su derecho de una inscripción antelada, totalmente desvinculada de la del actor.²³ En el intertanto, y en virtud

...

- 21 Según Trucco, la originalidad de nuestro Código Civil consiste en haber dado a la inscripción dos caracteres que antes no tenía, haciéndola desempeñar dos nuevas funciones de la mayor importancia: de símbolo de la tradición y de símbolo de la posesión. Toda la doctrina de la posesión inscrita descansa en la ficción legal de que el poseedor inscrito, con título anotado por más de un año, tiene en su favor, por el hecho de la inscripción, los dos elementos constitutivos de la posesión: la tenencia y el ánimo de señor. El Proyecto Inédito de Código Civil le quita a la inscripción el doble carácter que se le atribuía en el Proyecto del 53, como una forma ora real ora simbólica de efectuar la tradición, se la deja subsistente como la única manera válida y legal de hacer la tradición de las cosas inmuebles, y se le da, por primera vez, rol jurídico en lo concerniente a la posesión de los mismos bienes. El Código favorece al poseedor inscrito, al acordarle el privilegio de ponerlo a cubierto de toda prescripción (art. 2505) y de asegurarlo en forma tal, que no pueda perder su posesión ni aun por el apoderamiento de la cosa que haga otro, con ánimo de señor (art. 728 inc. 2º) (TRUCCO, 1910, p. 614, 616 y 622).
- 22 Véase *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo I, 1981, 2da. Parte, sección 1º, considerando 4º, p. 5.
- 23 Agrega que a la época de vigencia del Código Civil no existía tal método conservatorio para el dominio, pero dado que la finalidad era identificar «inscripción, posesión y propiedad en términos idénticos», se debió entronizar un régimen para el derecho de propiedad y demás derechos reales, a excepción de las servidumbres, respecto de los bienes raíces inscritos y no inscritos; es por ello que se sostiene que la tradición de tales derechos reales sobre inmuebles «deberá hacerse por inscripción en un registro», para luego añadir que la «transferencia y transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición; y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras esta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna. La inscripción es la que da la posesión real efectiva;

de nuestro sistema de título y modo, la inscripción dependerá de la suerte que pueda correr el título,²⁴ nulidades o resoluciones de los actos o contratos. Lo trascendente para el sistema es que, si estas acciones son acogidas, se procederá a una alteración en las inscripciones. La inscripción actualmente vigente será cancelada y revivirá la anterior o se practicará una nueva. Así, en virtud del artículo 675 del Código Civil, que para la validez de la tradición exige título y modo y siendo la inscripción la forma de efectuar la tradición “al disponer un efecto directo de la suerte del título en la tradición subsecuente y no imponer excepción relativa al Registro configurando la tradición causada, la nulidad de título provoca la nulidad de la inscripción-tradición” (PEÑAILILLO, 2019, p. 828). Como se puede ver, son diversos los problemas que produce la alternativa –título y modo– por la que optó el Código Civil. ¿Cuál es entonces el valor de nuestra inscripción, a quién protege y cómo? La doctrina viene contestando a esta pregunta y señala que es constitutiva en su función, pero no en sus efectos (PEÑAILILLO, 2019, p. 747; FLORES y PEÑA, 2014, p. 55), o bien que es constituida, aunque no convalidante, la falta de validez del título acarrea la de la inscripción (SEPÚLVEDA, 2014, p. 258; ROSSEL, 2009, p. 1).

El artículo 700 inciso 2° del Código Civil, que dispone que “el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”, ha conducido a afirmar que se reputa como titular del derecho al que figura como tal en la inscripción –mientras que el verdadero propietario no se dé a conocer o no la reclame–, atribuyéndole todas las facultades inherentes a esa calidad, pudiendo disponer con plena eficacia de su derecho inscrito y también liberar al titular inscrito de la prueba, que deberá soportar quien asevera alguna disconformidad en el registro.²⁵ En la misma línea se han pronunciado nuestros tribunales al

...

y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título no posee: es un mero tenedor». Se aclara que no se otorga “a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición” (Mensaje del Código Civil). Sentencia Corte Suprema de Chile (Tercera), 21 de noviembre de 2015 (N° 15161/2015). Véase el voto disidente en Sentencia Corte Suprema de Chile (Primera), 12 de mayo 2011 (N° 9499/2009). En el mismo sentido, Sentencia Corte Suprema de Chile (Primera), 6 de diciembre de 2016 (N° 58991/2016), y Sentencia Corte Suprema de Chile (Tercera), 7 de diciembre de 2016 (N° 34799/2016).

24 Primer Juzgado de Letras de Quillota, Chile, 22 de septiembre de 2014 (C-718-2013). Caratulados “G.M., G.A. con R.T., M.E.”, doña G.A.G.M. dedujo demanda de inexistencia y en subsidio de nulidad de inscripción conservatoria en contra de doña M.E.R.T. Por sentencia de primer grado de once de diciembre de dos mil catorce –en cuanto interesa al recurso en estudio– se acogió la demanda subsidiaria de declaración de nulidad absoluta y declaró nula la inscripción que figura practicada a fojas 2596 N 2323 del Registro de Propiedad del año 2007 del Conservador de Bienes Raíces de Quillota a nombre de la demandada y ordenó su cancelación, con costas. Corte Suprema de Chile (Civil), 17 de noviembre de 2016 (N° 22881/2015).

25 Corte de Apelaciones de San Miguel, Chile, 18 de julio de 2001. Caratulado Olivares Villarroel, Margarita con Barros Pérez, John.

admitir que la presunción de dominio establecida en el inciso 2° del artículo 700 del Código Civil importa considerar como dueño al poseedor y el efecto procesal de alterar la prueba, de manera que no es el tercerista en cuyo poder se embargaron las cosas en que recayó la traba el que deba entrar a reunir presunciones para probar su dominio, porque la ley desde ya lo presume a su favor, y es la contraparte quien debe probar que no obstante haber tenido la tercerista los bienes en su poder al momento del embargo, no era su dueña, sino otra persona, concretamente el ejecutado.²⁶ En consecuencia, si en el Registro consta la inscripción, la probabilidad de que el titular sea el propietario autoriza a presumirlo como tal. Lo que figura en el Registro se considera veraz hasta que se demuestre la diferencia entre lo reflejado en él y la realidad. La forma de demostrarlo podría ser probando que no existe el derecho inscrito o que el verdadero titular es distinto al que figura en el Registro, a fin de cuentas. De este modo, la inscripción en nuestro sistema le otorga poder al titular registral, tanto desde el punto de vista de que el derecho existe y que pertenece a dicho titular mientras el derecho permanezca inscrito, siendo tratado como dueño en todos los órdenes y manifestaciones jurídicas, esto es, con la posibilidad de ejercitar todas las facultades inherentes al dominio, como también desde que el derecho no inscrito no existe o aquellos que constan en asientos cancelados ya no están más.²⁷

•••

- 26 “Conforme lo dispuesto por el artículo 700 del Código Civil, en su inciso segundo, ‘El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo’, esta norma establece una presunción simplemente legal, que en el caso en particular determina que la carga del *onus probandi* corresponderá al tercerista de posesión, quien deberá acreditar los hechos en que funda su reclamación. En la tercería de posesión el hecho que debe probarse es el siguiente: efectividad de encontrarse los bienes muebles o inmuebles objeto del embargo, al momento de la traba, en posesión del tercero opositor”. Corte Suprema de Chile (Primera), 5 de enero de 2010 (N° 4002/2008). “Se rechaza el recurso de casación en el fondo, toda vez que los jueces de la instancia establecieron como hechos de la causa que la corporación demandante es poseedora inscrita del predio materia del litigio, razón por la cual, de conformidad al inciso 2° del artículo 700 del Código Civil, debe presumirse dueña de este. A su vez, acreditado por el demandante de precario que es dueño del inmueble y que lo ocupa el demandado, cabe presumir la mera tolerancia de aquel si el último no exhibe título alguno que autorice o justifique esa posesión, punto que a él le incumbe probar, lo que no ocurrió en el juicio”. Corte Suprema de Chile (Primera), 23 de abril de 2013 (N° 5054-2012).
- 27 “Con su actuar el citado Conservador no solo transgredió el principio de legalidad, sino también el de legitimación registral y de buena fe registral. La legitimación registral es la seguridad de que el derecho incorporado al Registro efectivamente existe y con los caracteres de que da cuenta la inscripción: implica, pues, una presunción de exactitud de la constancia registral”. Corte Suprema (Primera), 19 de noviembre de 2015 (N° 1133/2015). “Así, la decisión adoptada en estos antecedentes confronta abiertamente el principio de legitimación registral conforme al cual el sistema debe otorgar certeza a los asientos registrales, lo que ha sido desconocido por los sentenciadores al modificar los títulos inscritos sin que se haya demandado, violando, de paso, la fe pública que deben proporcionar esos mismos registros y perjudicando aún a terceros ajenos al juicio, quienes también son afectados con el fallo por la sola circunstancia de ser propietarios de

En tanto, la fe pública registral no está consagrada en términos de que se repute exacto el registro y pueda, de esta forma, protegerse al adquirente que contrató con la convicción y la certeza de que el contenido del registro es exacto, según lo confirman situaciones tales como aquella que regula los efectos de la nulidad judicialmente declarada respecto de terceros: el ordenamiento contempla expresamente una acción real a la parte que tiene derecho a exigir la restitución de la cosa, la acción reivindicatoria, que dicha parte podrá ejercer en contra del tercero que la posea, sin distinción alguna.²⁸ Esta solución es consecuencia del principio de que nadie puede transferir más derechos que los que tiene sobre la cosa, lo que resulta de considerar que si el *tradente* no adquirió el dominio por la tradición que se le hizo en virtud de un contrato nulo, la enajenación que de la cosa hace a un tercero no le transfiere el dominio (1689 del Código Civil) (BARCIA, 2011, p. 146; VIAL DEL RÍO, 2011, p. 286; LÓPEZ, 2019, p. 141). En esta misma línea se han pronunciado los tribunales de justicia:

[...] la acción incoada en un juicio contencioso, diverso del que terminó con la tradición por la inscripción del título en el Conservador de Bienes Raíces, únicamente puede culminar con la cancelación de la inscripción, en la medida que se canalice contra un tercero distinto de los comuneros que participaron en la enajenación. Para ello, ‘forzoso es intentar la acción reivindicatoria’ contra el tercer poseedor.²⁹

Y la cláusula que establece la obligación del vendedor de responder por el saneamiento por evicción cuando el comprador es turbado en su dominio o posesión por actos de un tercero que pretende derechos sobre la cosa vendida de acuerdo a los artículos 1837 a 1856 del Código

...

predios colindantes a los de autos, produciéndose una suerte de expropiación a sus espaldas”. Corte Suprema (Primera), 13 de agosto de 2013 (N° 6826/2012). En el mismo sentido, Corte Suprema de Chile (Primera), 7 de febrero de 2012 (N° 1279/2012). Corte de Apelaciones de La Serena, Chile (Única), 9 de abril de 2013 (N° 1279/2012). Y Sentencia de 2° Juzgado de Letras de La Serena, Chile, 10 de mayo de 2011 (V-779-2010).

²⁸ Por ejemplo, en un caso en que se pide nulidad de los contratos y cancelación de la inscripción. «El fallo reconoce la unidad del predio y de la inscripción, pero luego de disponer las cancelaciones de las inscripciones de dominio generadas con ocasión de los contratos de compraventa declarados nulos, ordena que su parte restituya el retazo de terreno expropiado, en circunstancias que ha quedado sin inscripción y sin dueño, y, por ende, no es posible proceder a restitución alguna, e hizo constar además que la venta se realizó a sabiendas de que se trataba de un bien que estaba fuera del comercio humano, lo que corrobora la ilicitud generadora de nulidad». Corte Suprema de Chile (Tercera), 20 de febrero de 2017 (N° 35175/2016).

²⁹ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, 11 de julio de 2019 (N° 4386-2018). En el mismo sentido, Sentencia Corte Suprema de Chile (Primera), 26 de mayo de 2016 (N° 28881/2015).

Civil (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2011, p. 48),³⁰ con lo que la prueba del dominio ha de encontrarla recién en la prescripción (ALCALDE, 2019, p. 217; PEÑAILILLO, 2019, p. 785; ROSSEL, 2009, p. 1). Tampoco en el caso de la acción reivindicatoria que puede ejercer el heredero en contra de terceros de buena o mala fe, porque estima el interés del heredero por sobre el de los terceros (art. 1268), aunque en el derecho comparado la tendencia sea otra.

En efecto, estos principios, aunque se dicen reconocidos o reflejados en el Reglamento por ejemplo, en los artículos 13, que señala cuándo el Conservador de Bienes Raíces puede negar la inscripción; 57, que determina lo que se exige para llevar a efecto la inscripción; 61, de cuándo el apoderado o representante legal ha de presentar el título de su mandato o representación; 62, de la admisión como auténticas de las copias autorizadas, y 65, de la anotación del extracto de la copia auténtica en el Repertorio, no parecen estar contemplados en las normas sustantivas del Código Civil, según demuestran las disposiciones citadas, lo que proyecta incoherencias entre ambas normativas (PEÑAILILLO, 2019, p. 829), las que se deben resolver si se pretende proteger el tráfico inmobiliario (OTÁROLA, 2020, p. 192). Así lo ha reconocido la jurisprudencia al señalar que lo fundamental en esta materia es que:

los derechos y obligaciones adquieran certeza, y publicidad necesaria para lograr estabilidad social [...], por ende, es imprescindible la continuidad en sus registros debiendo estos representar la real situación que afecta a los bienes o derechos comprometidos, en conformidad con el principio de fe registral, por el que se insta por la protección de los actos jurídicos que se hayan producido confiando en el contenido del registro, con el objeto de amparar a los terceros adquirentes de derechos, sobre la base de la información contenida en el Libro en que se deja constancia de la debida inscripción de los títulos.³¹

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico chileno, esta protección parece estar contemplada en otras figuras vinculadas a enajenaciones a terceros que siguen a relaciones obligacionales,

...

³⁰ También, sentencia de Juzgado de Letras de Molina, Chile, 3 de marzo de 2012 (C-669-2010) que señala: “Junto con aquello, al tenor de lo dispuesto en los artículo 1837 y siguientes del Código Civil, citaron de evicción al Banco de Chile, ya individualizado, en su calidad de vendedor, a fin de que defienda los derechos de ambos y los ampare en la posesión que afirmaron tener sobre el inmueble, o en caso contrario los indemnice, petición a la cual el Tribunal accedió mediante resolución de fojas 40”. En el mismo sentido, sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso (Civil), 6 de junio de 2011 (N° 104/2009).

³¹ Corte Suprema de Chile (Cuarta), 22 de junio de 2017 (N° 10.251-2016); Corte Suprema de Chile (Tercera), 19 de junio de 2017 (N° 82.344-2016); Corte Suprema de Chile (Primera), 24 de mayo de 2016 (N° 10.646-2015); Corte Suprema de Chile (Cuarta), 9 de noviembre de 2017 (N° 55.060-2016); Corte Suprema de Chile (Cuarta), 30 de julio de 2014 (N°918-2014); Corte de Apelaciones de Valdivia, Chile (Civil), 8 de marzo de 2016 (N° 60-2016).

entre ellas el pago de lo debido (art. 2303); el artículo se pone en el caso de que el *accipiens* que indebidamente recibió un pago haya enajenado la especie a un tercero. En tal evento, quien pagó indebidamente tendrá acción contra terceros adquirentes a título gratuito (“lucrativo”), si es reivindicable la especie y existe en su poder (LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, 2015, p. 95). Por el contrario, si el tercero adquirió de buena fe y a título oneroso, el *solvens* no tendrá acción en su contra, tanto porque ha efectuado un desembolso patrimonial para adquirir, como porque no sabía o ignoraba la existencia del pago indebido (ABELLIUK, 2009, p. 712). Nótese que la buena o mala fe no tiene importancia, si el tercero adquirió a título gratuito: siempre habrá acción en su contra. Esta misma consideración parece estar presente en la enajenación de bienes muebles efectuada por un cónyuge en sociedad conyugal, los terceros que contraten a título oneroso con cualquiera de los cónyuges quedarán a cubierto de toda reclamación que estos pudieren intentar fundada en que el bien es social o del otro cónyuge, siempre que el cónyuge contratante haya hecho al tercero de buena fe la entrega o la tradición del bien respectivo, en ambas se requiere buena fe y que el acto o contrato sea a título oneroso (art.1739). También, aunque con diferencias en la resolución, la rescisión y revocación de las donaciones entre vivos. El artículo 1432 de este Código dispone que “la resolución, rescisión y revocación de que hablan los artículos anteriores, no dará acción contra terceros poseedores, ni para la extinción de las hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas [...]”. Según esto, la “rescisión” de una donación entre vivos, es decir, la declaración de nulidad relativa, no daría acción contra terceros poseedores de buena fe, sino cuando se hubiera cumplido con lo dispuesto en algunos de los numerales del artículo citado; es decir, habría casos de rescisión en que esta no daría acción contra terceros, de modo que la disposición altera las normas sobre nulidad respecto de terceros (DUCCI CLARO, 2010, p. 230). Aunque algunos niegan esta cuestión argumentando que no se trata realmente de una acción de nulidad debido a que la donación puede ser perfectamente válida, no contener vicios de ninguna especie; pero si llega a menoscabar las legítimas rigorosas o la cuarta de mejoras, debe quedar sin efecto en la parte que cause ese menoscabo (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2010, p. 359; TAVOLARI, 2009, p. 248). En consecuencia, se está frente a una resolución, es decir, el cumplimiento de una condición resolutoria que no da lugar a una acción contra terceros de buena fe;³² mas no frente a una verdadera resolución. Algo análogo disponen los artículos

• • •

32 “La norma que supuestamente afecta a su mandante, la del artículo 1689 del mismo Código, contiene ciertas excepciones, operando una de ellas en el presente juicio. Que dispone el artículo 1432, en relación al 1426, ambos del Código Civil, normas a propósito de las donaciones entre vivos, que por regla general, al operar la resolución, rescisión (nulidad) y revocación de la donación, no existe acción reivindicatoria en contra de terceros poseedores. Que sin embargo, dicha norma limita el ejercicio de dicha acción a partir de los numerales en ella enunciados. Que el numeral 3 de dicha norma dice que cuando se ha procedido a

1490 y 1491 del Código Civil que, en caso de resolución, no procede acción reivindicatoria si el tercer adquirente estaba de buena fe, aunque la adquisición sea a título gratuito. En este último caso el Código Civil permite privar de efecto solo a aquellas enajenaciones en las que el adquirente sabía o debía saber el derecho resoluble de su causante; vincula la adquisición a la buena fe para determinar si esta se consolida o sana, a partir de lo dispuesto por sus artículos 1490 y 1491. Para Mejías, en este caso estamos ante una “colisión de intereses entre la seguridad del tráfico y la seguridad de la riqueza ya adquirida que se resuelve a favor de la primera en aquellos casos que el tercero actúa de buena fe a partir de una creencia errónea, por medio de un título en oneroso” (MEJÍAS, 2016, p. 288-289). En el mismo sentido, indica Cornejo que el interés del propietario original es postergado en favor de la protección al tercero adquirente, debiendo conformarse con los eventuales efectos personales que se siguen de la relación que mantenía con el primer adquirente. El ordenamiento hace primar la protección de la apariencia, incluso contra el titular real del bien (CORNEJO, 2018, p. 73).

De ahí que a partir de las situaciones descritas es posible advertir que el legislador considera que los terceros están protegidos de la acción por medio de la buena fe y por la apariencia que rodea la tradición del bien, esto es, la existencia de hechos o conjunto de hechos que provocan que el tercero confíe, aunque con oposición de quienes sostienen que “la eficacia no puede descansar en la apariencia, esta se basa en un error, esconde una realidad distinta, es una cosa que parece ser y no es” (SEPÚLVEDA, 2014, p. 81), sino en la veracidad y la calidad de la información que se consigna y publica en el Registro. Es lo que ocurre con quien desconoce la existencia de una condición por no constar en el título o el tercero que reúne los requisitos establecidos en las disposiciones citadas. El principal efecto de la apariencia es que, “respecto de estos terceros de buena fe que se han guiado por el acto aparente, se generan derechos que bajo otras circunstancias no se habrían originado” (SALAH ABUSLEME, 2008, p. 196). En efecto, nace para el tercero que ha confiado en la apariencia un derecho de carácter originario.

Por lo tanto, habiendo adquirido los terceros la cosa, la buena fe se da por “la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”. Así, en los títulos traslaticios 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 (art. 706, incisos 1º y 2º, del Código Civil). La creencia, en estos casos, importa creer que es verdadera, aunque no lo sea; el que duda de la legitimidad de la adquisición posee de mala fe. Así queda de manifiesto en “las palabras que usa la ley:

...

enajenar los bienes donados o a constituir los referidos derechos, de los mencionados en el inciso primero, después de intentada la acción hay acción reivindicatoria en contra de terceros poseedores”. Sentencia Cuarto Juzgado Civil de Valparaíso, 19 de octubre de 2012 (C-3904-2008).

‘conciencia’ y ‘persuasión’; ambas exigen una convicción en el adquirente, excluyendo un juicio vacilante” (ALCALDE, 2019, p. 157-182). Conforme a la disposición, este estado requiere: i) haber adquirido el dominio de la cosa; ii) haberlo adquirido por medios legítimos; iii) haberlo adquirido exento de fraude y iv) haberlo adquirido exento de todo otro vicio. También, solicita i) haber empleado medios legítimos; ii) no haber habido fraude y iii) no haber habido ningún otro vicio, aunque estas exigencias en la realidad no se den, empero asiste la convicción de que existen (GUZMÁN BRITO, 2002, p. 11-23).

Entonces, para determinar si los actos de disposición son válidos, la situación debiera ajustarse a los requisitos exigidos en aquellas situaciones en que el legislador ha decidido situar la seguridad del tráfico por sobre el derecho de propiedad. Si se recuerda, los artículos 1432, 1491, 2303, 1739 del Código Civil aplican el principio de protección a terceros adquirentes de buena fe, no obstante que el legislador no utiliza el mismo criterio en todas las normas, es decir, no distingue siempre entre terceros de buena o mala fe y adquirentes a título oneroso o gratuito. Sin embargo, la tradición causada estrechamente ligada al título demuestra la debilidad de la inscripción y amerita resolver el problema planteado por medio de la protección del tercero.

El tercero es protegido por medio del reconocimiento jurídico de la realidad, que se basa en actos realizados a partir de la convicción de estar celebrando con quien tiene derecho para disponer de los bienes o celebrar el negocio en cuestión. Se trata de casos en los que no existe correspondencia entre la actividad del individuo y la realidad de los actos que practica. Por esa razón, los terceros de buena fe pueden tener en cuenta esa exteriorización e ignorar la realidad oculta, de manera tal que su conducta se funda en la convicción de estar frente al verdadero detentor del derecho (PANTOJA, 2014, p. 219). Así, se han determinado –en otros ordenamientos– ciertos requisitos para que proceda esta protección: i) que se trate de un tercero registral; ii) que el tercero actúe de buena fe y iii) que la adquisición sea a título oneroso. El tercero registral es aquel que se encuentra protegido por el Registro, o bien quien ha adquirido los bienes de un sujeto que no es el que reclama los bienes. Su derecho deviene de que adquirió a título oneroso y de buena fe de quien aparece en el registro con el derecho inscrito y que tiene, a su vez, inscrito su título. Como tercero que es, no forma parte del acto jurídico que pretende oponérsele, porque no participó en él (CAICEDO, 2001, p. 67).

La buena fe exigida al tercero para ser considerado como tal consiste en ignorar la existencia de la inexactitud en lo publicado en el Registro. De modo que debe ignorar las causales jurídicas que afectan al acto para que pueda ampararse en el principio de fe pública.

Enseguida, el que adquiere debe hacerlo a título oneroso, es decir, solo por medio de aquellos actos que tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravando cada uno a beneficio del otro (DOMÍNGUEZ, 2014, p. 27). La razón de aquello radica en que, si se invalida, el adquirente no solo deja de obtener la utilidad, sino también el sacrificio patrimonial que hizo (MEDINA DE LEMUS, 2006, p. 355). Finalmente, la onerosidad es un requisito que solo se pide a la adquisición del tercero (LASARTE, 2018, p. 370).

En ese contexto, y habiendo reunido los requisitos que se citan, el tercero debe ser protegido, porque por sobre todo la inscripción del título es el presupuesto de su posesión inscrita; la tutela jurídica solo se concede a este titular, de modo que será amparado mientras se mantenga como tal.

En conclusión, en Chile, la inscripción constitutiva permite presumir legítimamente que la titularidad consignada en el Registro es análoga al derecho mismo; gracias a esta el titular es tratado como propietario, en todos los órdenes y manifestaciones jurídicas, mientras este derecho subsista está legitimado para disponer de su derecho. En tanto, en lo que dice en relación con los terceros que confiaron en el Registro, no protege de manera absoluta su adquisición, pues para que la hubiese, toda transmisión del dominio debería ser precedida por un acto o contrato válido, y la permanencia del derecho en el patrimonio del *tradente* hace imposible la transferencia desde el adquirente al tercero, porque nadie puede dar lo que no tiene. Cuando estas diferencias ocurren, el sistema chileno definitivamente no rectifica la realidad en favor de la situación aparente que la inscripción refleja.

CONCLUSIÓN

En el sistema chileno la transferencia del dominio como consecuencia de la tradición queda sometida a que efectivamente el *tradente* tenga la calidad de dueño de la cosa; en el caso de que no sea así, la cuestión queda sujeta a si ha operado a su respecto el modo de adquirir prescripción. En este contexto, el rol de la inscripción registral ha resultado fundamental para la plena eficacia de la mutación jurídica de los derechos reales inmobiliarios: si el título precede a la tradición, la inscripción se erige como necesaria para el nacimiento del derecho (constitutiva); si el contrato precede la transferencia de la propiedad o de otros derechos reales, en los sistemas de inscripción como el chileno, sus defectos pueden impedir la disposición del derecho desde el punto de vista registral. Al contrario, si el derecho logra ser inscrito, se presume que el derecho existe y que pertenece a dicho titular. Además, que exime al titular de probar el derecho e impone a quien se oponga a él la carga de la prueba de los hechos que destruyen la presunción. Sin embargo, no despliega, con todo su alcance, la protección de los terceros que hayan constituido un derecho, pues si por alguna causa no hay concordancia entre el Registro y la realidad, o el derecho inscrito es agredido, incluso por circunstancias que no figuran en el Registro, no se genera a su favor una situación aparente que lo haga inatacable. El ordenamiento no otorga seguridad absoluta a todo aquel que adquiere el dominio de que el *tradente* es dueño o titular del derecho en los términos indicados en la inscripción.

La circunstancia de calificar a la inscripción chilena de constitutiva supone llevarla hasta el final, esto es, mantener su validez y eficacia, aunque el título que la precede sea afectado por alguna causal (CÁMARA, 2004, p. 944). Esta cuestión en nuestro sistema no descansa en el valor de la inscripción, sino en su fiabilidad objetiva, supeditada a la rigurosa organización

del Registro y a las cautelas exigidas para la registración. Sin embargo, no se ha tomado la decisión de hacer del Registro Inmobiliario chileno un instrumento al servicio del tráfico inmobiliario de buena fe; es claro que su fundamento en la actualidad ha sido proteger al propietario (titular registral) y no al tercero poseedor (titular aparente), como consecuencia de la conducta desplegada por quien adquirió el bien del primero y lo enajenó al segundo, el ordenamiento no ha resuelto este conflicto. Mientras esto no ocurra, la solución depende del rigor con que el Conservador chileno realice la calificación (OTÁROLA, 2019, p. 335-336), o bien de la aplicación de criterios como la buena fe del tercero adquirente o el hecho de que este haya efectuado un desembolso patrimonial por parte de los tribunales, pues constituyen una razón que justifica la protección de la confianza de quien para adquirir actúa dejándose guiar por el Registro (GORDILLO, 1994, p. 32).

REFERÊNCIAS

ABELIUK MANASEVICH, René. *Las obligaciones*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

ACEDO PENCO, Ángel. *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. 4. ed. Madrid: Dykinson, 2019.

ALCALDE, Jaime. De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 32, p. 157-182, julio 2019.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la compraventa y de la promesa de venta*. Tomo II, volumen 1. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio. *Tratado de los derechos reales*. 5. ed. Bogotá: Temis, 1993.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil chileno*. Tomo I, Del acto jurídico. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

BARRIENTOS, Javier. *Código Civil*. Santiago: Legal Publishing/Thomson Reuters, 2013.

BARRIENTOS, Javier. De la “tradición” y su definición en el Código Civil chileno. A propósito del artículo 670. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 1, p. 11-108, 2003.

BAYERLE, Katrin. Trennungs- und Abstraktionsprinzip in der Fallbearbeitung. *Juristische Schulung (JuS)*, 12/2009, Beck. [El principio de la separación y el de la abstracción en casos concretos].

BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

CAICEDO, Eduardo. *Derecho Inmobiliario Registral*. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis, 2001.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio. Los sistemas registrales en el marco del derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos. *Anuario de Derecho Civil*, v. 57, n. 3, p. 929-1002, 2004.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español, común y foral*. Madrid: Reus, 2007.

CORNEJO A., Pablo. Protección de la apariencia y circulación de los bienes. Un intento de explicación a partir de la buena fe. In: BAHAMONDES, Claudia *et al.* (eds.). *Estudios de Derecho Civil XIII*. Santiago: Thomson Reuters, 2018.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; TORRES URZÚA, Ricardo. La protección del comprador en la venta de cosa ajena. *Revista Chilena de Derecho*, v. 42, n. 3, p. 785-818, 2015.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tomo III, Las relaciones jurídico-reales. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2001.

DOMÍNGUEZ, Ramón. *Teoría general del negocio acto jurídico*. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014.

DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

FLORES, María Fernanda; PEÑA, Carlos. *Sistema registral inmobiliario chileno*. Santiago: Thomson Reuters, 2014.

GAETE ROJAS, Sergio. La tradición en el derecho romano y en el derecho civil chileno. *Revista Chilena de Derecho*, v. 19, n. 1, p. 67-80, 1992.

GORDILLO CAÑAS, Antonio. La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica. *Anuario de Derecho Civil*, v. 47, n. 2, p. 21-82, 1994.

GORDILLO CAÑAS, Antonio. El principio de inoponibilidad, el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral. *Anuario de Derecho Civil*, v. 57, n. 2, p. 381-548, 2004.

GORDILLO CAÑAS, Antonio. El principio de fe pública registral (1). *Anuario de Derecho Civil*, v. 59, n. 2, p. 509-656, 2006.

GORDILLO CAÑAS, Antonio. *El registro de la propiedad principios y sistema*. Madrid: Editorial Reus, 2020.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. La buena fe en el Código Civil de Chile. *Revista Chilena de Derecho*, v. 29, n. 1, p. 11-23, 2020.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. La tradición como modo de adquirir el dominio en el Derecho romano, en el común y en el Iusnaturalismo y su destino en los derechos patrios de la América. *Revista Chilena de Derecho*, v. 42, n. 1, p. 329-344, 2015.

JARA SILVA, Diki Yasmar. ¿Qué es la inscripción registral?, 2019. Disponible en: <https://idoc.pub/documents/que-es-la-inscripcion-registral-pnxk36g1pg4v>.

JEREZ DELGADO, Carmen. La inscripción constitutiva al debate. *Anuario de Derecho Civil*, v. 56, n. 2, p. 675-689, 2003.

JEREZ DELGADO, Carmen. El Sistema Inmobiliario Registral a la luz de la Ley 13/2015, de 24 de junio: ¿Nuevos principios hipotecarios? *Revista de Derecho Civil*, v. III, n. 1, p. 1-23, enero-marzo 2016.

KEGEL, Gerhard. Verpflichtung und Verfügung – sollen Verfügungen abstrakt oder kausal sein? In: *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung. Festschrift für F.A. Mann zum 70. Geburtstag am 11. August 1977*, Beck, 1977. [“Obligaciones y disposiciones – ¿Deberían ser las disposiciones abstractas o causales?”].

KIVERSTEIN, Abraham. *Síntesis del Derecho Civil – De los objetos del derecho: Bienes*. 4. ed. corregida y actualizada por Carlos López. Santiago: La Ley, 2000.

LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBUDILLA, Francisco de Asís. *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Librería Bosch, 1968.

LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. 7. ed. [Parte general del Derecho Civil]. München: Beck, 1989.

LASARTE, Carlos. *Compendio de Derechos Reales*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2018.

LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, Francisca. Los conceptos de onerosidad y gratuidad en el Código Civil chileno. *Revista de Derecho*, Valparaíso, n. 45, p. 85-98, 2015.

LÓPEZ, Patricia. Obligaciones y responsabilidad civil. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 32, p. 127-145, 2019.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M. Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria. *Revista Análisis del Derecho InDret* n. 4, p. 1-22, 2008.

MAYOR DEL HOYO, María Victoria. La protección del titular registral mediante la acción del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en el sistema inmobiliario registral español. *Revista de Derecho – Escuela de Postgrado*, n. 7, p. 137-152, 2015.

MCGUIRE, Mary-Rose. National Report on the Transfer of Movable in Germany. In: FABER, Wolfgang; LURGER, Brigitta. *National Reports on the Transfer of Movable in Europe*. Vol. 3. Munich: Sellier – European Law Publishers GmbH, 2011.

MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 9. ed. [Parte general del BGB-Código Civil]. Heidelberg: C. F. Mueller, 2006.

MEDINA DE LEMUS, Manuel. *Derecho Civil: derechos reales e inmobiliario registral*. Madrid: Dilex, 2006.

MEJÍAS, Claudia. Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución. *Revista Ius et Praxis*, año 22, n. 1, p. 271-322, 2016.

MORALES MORENO, Antonio. La inscripción y el justo título de usucapión. *Anuario de derecho civil*, v. 24, n. 4, p. 1123-1142, 1971.

MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 732, p. 1969-2041, 2012.

MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. Il Sistema della Pubblicità Immobiliare in Spagna e la Tutela dei Terzi Acquirenti in Buona fede. *Rivista di Diritto Civile*, año LXVI, n. 4, p. 827-847, 2020.

OTÁROLA, Yasna. Comprensión y alcance de la función de calificación de acuerdo al Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces en Chile. In: TORRE, Gómez de la *et al.* (eds.). *Estudios de Derecho Civil XIV*. Santiago: Universidad de Chile, 2019.

OTÁROLA, Yasna. La buena fe y la fe pública registral a propósito de un juicio de acción reivindicatoria. In: ARANCIBIA, Jaime (ed.). *La buena fe y el derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

PANTOJA, Carlos. El heredero aparente. *Revista Judicial*, Costa Rica, n. 113, p. 213-241, 2014.

PEÑAILILLO, Daniel. *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*. 2. ed. Santiago: Thomson Reuters, 2019.

PEÑAILILLO, Daniel. *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2016.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado del derecho de dominio de la propiedad*. Tomo VII. Traducido por Manuel Deó. Madrid: Librería de V. Suárez; Barcelona: Librería de J. Llordachs, 1882.

PRADI, Andrea; MARTÍNEZ-VELENCOSO, Luz M.; BAILEY, Saki. *Transfer of immovables in European Private law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

RODRÍGUEZ DIEZ, Javier. Contratos especiales. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 32, p. 147-155, 2019.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. *Ius ad rem* y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1295.2 y 1124.4 del Código civil. *ADC*, tomo LXII, fasc. IV, p. 1687-1723, 2009.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. Cobro de lo indebido, tradición y usucapación: estudio de los artículos 464 y 1897 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria. *Anuario Derecho Civil*, v. 57, n. 3, p. 1003-1104, 2004.

ROGEL VIDE, Carlos. *Derecho de cosas*. 2. ed. Madrid: Reus, 2016.

ROSSEL RICCI, Sergio. *El carácter constitutivo de la inscripción chilena*, 2009. Disponible en: www.fojas.conservadores.cl/articulos/el-caracter-constitutivo-de-la-inscripcion-chilena.

ROZAS VIAL, Fernando. *Los bienes*. 4. ed. Santiago: Legal Publishing, 2007.

SALAH ABUSLEME, María Agnes. Las doctrinas de los actos propios y de la protección a la apariencia: una mirada comparativa. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, n. 2, p. 189-202, 2008.

SÁNCHEZ, Joaquín. La teoría general de la transmisión de bienes y el registro de la propiedad en España. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n. 30, p. 3-29, 2008.

SÁNCHEZ-CALERO, Francisco Javier; SÁNCHEZ-CALERO-ARRIBAS, Blanca. *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

SEPÚLVEDA, Marco Antonio. *Teoría general del derecho registral inmobiliario*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2014.

SOLER PRESAS, Ana. La liquidación del contrato resuelto: el remedio restitutorio. *ADC*, tomo LXXI, fasc. IV, p. 1227-1276, 2018.

SOZA RIED, María de los Angeles. La naturaleza jurídica de la tradición: ¿acto o hecho jurídico? *Revista Chilena de Derecho*, v. 30, n. 2, p. 287-305, 2003.

TAVOLARI, Raúl. *Obligaciones*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

TRUCCO, Humberto. Teoría de la posesión inscrita, dentro del Código Civil chileno. *RDJ Doctrina*, tomo VII, n. 6, p. 131-155, 1910.

VIAL DEL RÍO, Víctor. *La tradición y la prescripción como modos de adquirir el dominio*. 3. ed. Santiago: Ediciones UC, 2009.

VIAL DEL RÍO, Víctor. *Teoría general del acto jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

VIVAR-MORALES, Elena. Naturaleza jurídica de la inscripción en el sistema registral peruano. *Derecho PUCP*, n. 48, p. 117-130, 1994.

VODANOVIC, Antonio. *Manual de Derecho Civil*. V. 2: De las partes preliminar y general. Santiago: Editorial Cono Sur, 2001.

VON BORCH, Peter. Federal Republic of Germany. In: CAMPBELL, Dennis (ed.). *Legal Aspects of Alien Acquisition of Real Property*. Deventer: Kluwer, 1980.

ZÁRATE, Santiago. *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2019.

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

OTÁROLA-ESPINOZA, Yasna Elizabeth. El valor de la inscripción de inmuebles en el Registro chileno: una visión comparada. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, n. 3, set./dez. 2022, e2229. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202229>

Yasna Elizabeth Otárola Espinoza

PROFESORA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y SUBDIRECTORA DE DOCTORADO, UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, CHILE. ABOGADA DE LA UNIVERSIDAD DE TALCA, CHILE. DOCTORA EN DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE.

yotarola@uandes.cl