

CONTRATOS ESPECIALES

*Javier Rodríguez Díez**

LA CLÁUSULA “SE FACULTA AL PORTADOR” COMO MANDATO INNOMINADO
QUE TERMINA CON LA MUERTE DEL COMPRADOR

THE CLAUSE “THE BEARER IS ENTITLED” AS AN ATYPICAL MANDATE
THAT ENDS DUE TO THE DEATH OF THE BUYER

Corte Suprema, 2 de mayo de 2022, rol n.º 2.875-2020

RESUMEN

Este comentario analiza una reciente sentencia que considera que la muerte del comprador impide la transferencia del dominio de la cosa vendida. La Corte Suprema descartó que la cláusula “se faculta al portador” permitiera a un tercero realizar la inscripción después de la muerte del comprador, así como la posibilidad de que los herederos pudieran llevarla a cabo por sí mismos. Para llegar a esta conclusión, el fallo hace especial énfasis en que dicha cláusula constituiría un mandato innominado que terminaría por la muerte del mandante, lo que conduciría a la nulidad de la tradición por falta de consentimiento. Se comenta críticamente el papel asignado a las reglas sobre mandato y nulidad, las cuales desplazan a la normativa especial en materia de tradición, que conduciría en este caso a un desenlace diverso.

PALABRAS CLAVE: mandato; compraventa de inmuebles; tradición; muerte; cláusula “se faculta al portador”.

ABSTRACT

This commentary analyses a recent decision which held that the death of the buyer prevents the transfer of ownership of the thing being sold. The Supreme

* Doctor en Derecho, Erasmus Universiteit Rotterdam. Profesor de Derecho Romano, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avenida Apoquindo 3721, piso 13, Las Condes, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: javier.rodriguezdiez@uc.cl

Court dismissed that the clause ‘the bearer is entitled’ could enable a third party to register the conveyance, as well as the possibility that the heirs could do it themselves. To reach this conclusion, the decision emphasises that this clause would be an atypical mandate that would come to an end due to the death of the principal, thus rendering the conveyance null and void on account of the lack of consent. The commentary criticises the role granted to the rules on mandate and nullity, since they displace the special regulation for the conveyance of property, which would lead in this case to a different outcome.

KEYWORDS: mandate; sale of real estates; delivery; death; clause ‘the bearer is entitled’

INTRODUCCIÓN

La práctica notarial chilena conoce una cláusula de estilo que suele insertarse al final de los contratos de compraventa de inmuebles, cuyo contenido aproximado es:

“Se faculta al portador de copia autorizada de la presente escritura para requerir las anotaciones, inscripciones y subinscripciones que correspondan”.

Esta cláusula da lugar a disputas cuando una de las partes que suscribió el contrato fallece antes de que se realice la inscripción. Surge, entonces, la pregunta: ¿podrá transferirse el dominio en virtud de una inscripción realizada después de la muerte de una de las partes? La respuesta parece ser compleja atendida la considerable vacilación de las sentencias que han abordado este punto, la cual es secundada por la variedad de opiniones de sus comentaristas¹.

El fallo bajo análisis zanja la controversia invocando las normas sobre mandato y nulidad: la muerte pone fin al mandato, por lo que no se verificó el consentimiento de quien inicialmente facultó al tercero a inscribir, lo que, a su vez, acarrearía la nulidad de la tradición por faltar un requisito elemental de toda convención. Se trata de una solución que aparece recurrentemente en los fallos sobre este problema, pero que contrasta con otras decisiones que, si bien aplican las reglas del mandato, consideran que sí se verificarían los supuestos para que el mandato se lleve a cabo después de la muerte. La diversidad de doctrinas a disposición del intérprete es considerable si se tiene en cuenta no solo que las reglas del mandato permitirían llegar a desenlaces contrapuestos, sino que existen otras doctrinas que explican la naturaleza jurídica de la cláusula “se faculta al portador”, como aquella que postula que se trataría no de un mandato, sino de una oferta de mandato, o aquella que considera que habría un acto de apo-

¹ Cfr. RODRÍGUEZ PINTO (2000); BARRIENTOS (2003), pp. 273-278; CÉSPEDES (2009) y DOMÍNGUEZ (2022).

deramiento unilateral que se mantendría, incluso, después de la muerte de quien lo otorgó. En el presente comentario se discutirá el papel que cabe dar a cada una de estas doctrinas en relación con la cláusula “se faculta al portador”, así como su eventual contradicción con las reglas que gobiernan la transferencia del dominio por tradición, que parecieran ser aquellas llamadas a resolver directamente el problema.

I. LA CUESTIÓN DEBATIDA

La controversia gira en torno a una compraventa celebrada el año 2002, pero cuya inscripción se realizó en 2010. Además del considerable espacio temporal entre ambos hitos, la peculiaridad del caso es que el comprador había fallecido el año 2005, por lo que la inscripción había sido llevada a cabo por sus herederos, quienes confirieron un mandato al efecto a un tercero. Al enterarse de esto, el vendedor demandó a los herederos, alegando que el comprador jamás le había pagado el precio y que no era posible que, ahora que había muerto, sus herederos procedieran a realizar la inscripción. Solicitó que se declarara la nulidad de la inscripción por faltar el consentimiento del comprador, invocando al efecto las reglas sobre el mandato, que estimó aplicables a la cláusula “se faculta al portador”, en particular por lo que respecta a su terminación por la muerte del mandante, según lo prescrito en el art. 2163 del *CC*. Asimismo, alegó que la tradición no habría podido surtir efecto, por cuanto había desaparecido la capacidad e intención de adquirir el dominio exigidas en el art. 670. Frente a esto, los demandados señalaron que el precio sí había sido pagado, y que nada obstaba a la transferencia del dominio con posterioridad a la muerte del comprador, por cuanto la cláusula “se faculta al portador” no sería jurídicamente un mandato, sino que una autorización que subsiste a la muerte del otorgante, permitiendo así un acto de apoderamiento unilateral de los herederos. Además, en el curso del proceso los herederos acompañaron una escritura de ratificación de la inscripción realizada el año 2010, por medio de la cual confirmaron (el año 2017) el consentimiento que habían prestado en dicha oportunidad.

La jueza de primera instancia (Paloma Fernández Fernández) rechazó con costas la demanda². Luego de repasar las diversas posiciones doctrinales relativas a la naturaleza jurídica de la cláusula “se faculta al portador”, se decantó por aquella que la califica como una oferta de mandato, la cual subsiste mientras los mandantes estén vivos (considerando 12.^o). Así, al realizarse la inscripción, solo se habría perfeccionado la oferta respecto del tradente/vendedor, no respecto del adquirente/comprador; en el caso de este último, la inscripción solo podría ser realizada por los herederos, en cuanto continuadores legales del causante, sin perjuicio de lo cual ellos podían mandar al efecto a un tercero (considerando 13.^o). Por lo demás, aun si pudiera objetarse la validez del mandato conferido

² M.M.E. con A.M.R.M. (2019a).

por los herederos (por no haberse otorgado por escritura pública) la posterior ratificación del año 2017 validaría retroactivamente la tradición, tal como dispone el art. 673 (considerando 13.º). La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso³.

Para comprender de mejor manera lo resuelto, cabe hacer presente que los arts. 60, 61 y 78 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces permiten que una inscripción se pida directamente por los interesados, o por medio de sus personeros o representantes legales⁴. En el caso bajo análisis, el tribunal de primera instancia entendió, por una parte, que el tercero realizó la inscripción en cuanto mandante del *vendedor* (en virtud de la cláusula “se faculta al portador”) y que, al mismo tiempo, actuó válidamente a favor de los *adquirentes*, no en virtud de la cláusula “se faculta al portador” suscrita en un principio por el comprador, sino por el mandato otorgado luego de la muerte del comprador por sus herederos, quienes habrían estado facultados para practicar la inscripción por sí mismos.

El vendedor interpuso un recurso de casación en el fondo que fue acogido por la Corte Suprema⁵, la cual señaló que, independientemente de si la cláusula “se faculta al portador” constituye un mandato o una oferta de mandato, ella carecería de vigencia en caso de fallecer uno de los otorgantes (considerando 7.º). Tratándose de un mandato, este habría terminado en virtud de la muerte de uno de los mandantes, tal como prescribe el art. 2163 n.º 5, y no se verificaría ninguna de las hipótesis que permitirían llevar adelante el encargo con posterioridad a la muerte, descritos en los arts. 2168, 2169 y 2173⁶. Señala, además, que la tradición es una convención, es decir, un acto bilateral que requiere el consentimiento de tradente y adquirente⁷, respecto de la cual es posible aplicar las reglas sobre

³ M.M.E. con A.M.R.M. (2019b).

⁴ Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, art. 60: “Los interesados pueden pedir la inscripción por sí, por medio de personeros o de sus representantes legales”; art. 61: “Sólo si la inscripción se pide para transferir el dominio de un inmueble, o de algún otro de los derechos reales comprendidos en el número 1º del artículo 52, será necesario que el apoderado o representante legal presenten el título de su mandato o de su representación [...]”; art. 78 inciso 2.º: “Si se pidiera la inscripción de un título translativo del dominio de un inmueble o de alguno de los derechos reales mencionados en el artículo 52, número 1º; y en el título no apareciere facultado uno de los otorgantes o un tercero para hacer por sí solo el registro, será necesario además que las partes o sus representantes firmen la anotación”.

⁵ M.M.E. con A.M.R.M. (2022).

⁶ M.M.E. con A.M.R.M. (2022), considerando 9.º: “Que de las normas transcritas precedentemente, se desprende que efectivamente el mandato termina por la muerte del mandante, salvo las excepciones que la misma ley contempla, dentro de la que no se encuentra la situación de autos (inscripciones que acceden al contrato de cesión de derechos que se ha querido cumplir mediante la gestión del mandato)”.

⁷ M.M.E. con A.M.R.M. (2022), considerando 12.º: “Que cierto es que la tradición es una convención; un acto bilateral que, a diferencia del contrato, no crea obligaciones sino que las extingue. Como tal, es pacífico en doctrina que debe cumplir cuatro requisitos: la presencia de dos personas –tradente y adquirente– con facultad e intención de transferir el dominio y capacidad e intención de adquirirlo, respectivamente; consentimiento del tradente y el adquirente; existencia de un título traslativo de dominio; y entrega de la cosa”.

nulidad⁸. Como en este caso uno de los contratantes había fallecido, la inscripción sería nula por falta de consentimiento⁹.

II. COMENTARIO

1. Teorías sobre la naturaleza jurídica de la cláusula y vacilaciones jurisprudenciales

Como se puede ver, los magistrados que resolvieron la controversia tenían a su disposición variadas doctrinas y normas a las que podían echar mano. La Corte Suprema razonó fundamentalmente en base a la doctrina que propone que la cláusula “se faculta al portador” constituye un mandato, la cual fue postulada por Arturo Alessandri Rodríguez¹⁰ y se ha consolidado como la solución más frecuentemente recogida en la jurisprudencia. Si bien esta teoría pareciera prescribir como resultado obligado que la muerte de una de las partes da lugar a la terminación del mandato (art. 2163 n.º 5 del CC) y, por lo tanto, obsta a la transferencia de la propiedad¹¹ –como ocurre en la sentencia bajo análisis– este desenlace en la práctica se ha matizado por medio de otras normas sobre el mandato, tales como las reglas de los arts. 2168, 2169 y 2173¹². Sin embargo, las sentencias que aplican estos artículos no ofrecen mayor justificación de por qué la cláusula “se faculta al portador” podría encuadrarse en uno u otro supuesto¹³, por lo que resultan abiertamente contradictorias con la sentencia comentada, que niega que estas normas puedan aplicarse a una inscripción realizada luego de la muerte de una de las partes (considerando 9.º).

⁸ M.M.E. con A.M.R.M. (2022), considerando 13.º: “Que la nulidad, por el hecho de ser una sanción civil, se aplica igualmente a las demás convenciones, sea que tengan por objeto modificar, o aún extinguir obligaciones, y esto es lógico, pues las infracciones a las disposiciones de la ley pueden ser cometidas en esta clase de actos jurídicos de la misma manera que en un contrato, ya que basta que las partes que intervienen, omitan un requisito que la ley exige para la validez del acto”.

⁹ M.M.E. con A.M.R.M. (2022), considerando 14.º: “Así las cosas, por aplicación del N.º 5 del artículo 2163 del Código Civil, fallecido uno de los contratantes, la inscripción practicada por el tercero en virtud del mandato es nula, pues la tradición carece de la voluntad del contratante que murió”; considerando 15.º: “[...] al no cumplirse el requisito que en tal caso el legislador ha previsto para la enajenación de un inmueble –falta de consentimiento del adquirente– para que se llevara adelante la tradición, la cual es, por este vicio, nula [...]”.

¹⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2003), pp. 675-684, n.º 838-848.

¹¹ V. gr. A. con Conservadora de Bienes Raíces Interina de Combarbalá (2022).

¹² B.M.I. con B.U.J. (1999); M.S.M. con H.Z.N. (2004), considerando 4.º (nótese en este punto las críticas del voto de minoría); M.C.M. con J.C.M. (2016), considerandos 7.º-10.º; U.A.R. con S.A.R. (2009), considerandos 14.º-15.º; D.C.G. con Conservador de Bienes Raíces de Coronel (2009), considerandos 5.º-8.º; S.B.A. con O.L.M. (2013), considerando 6.º; L.V.S. con Conservador de Bienes Raíces de Santiago (2015), considerando 14.º.

¹³ PEÑAILILLO (1984), pp. 79-81 no acepta en principio que se verifique ninguno de los supuestos que permite que el mandato subsista después de la muerte, aunque identifica ciertos matices sobre la base de la doctrina comparada.

La teoría del mandato tiene un defecto bastante importante: difícilmente puede entenderse que exista un contrato de mandato si el mandatario es una persona indeterminada, que ni siquiera aparece en escena para manifestar su voluntad de celebrarlo con anterioridad a la inscripción¹⁴. Daniel Peñailillo fue el primero en desarrollar en detalle esta objeción, afirmando que la cláusula “se faculta al portador” sería, en realidad, una *oferta* de mandato¹⁵. Siguiendo este razonamiento, hasta que se verifique la aceptación del mandato, la cláusula quedaría sujeta a las reglas de la formación del consentimiento del *CCom*, y solo se aplicarían las normas del mandato con posterioridad a dicho hito. Pese a tratarse de un planteamiento que se ajusta de mejor forma al hecho de que el “portador” sea una persona indeterminada, su encuadramiento bajo las normas de la oferta no es tan sencillo¹⁶ y, en definitiva, son contados los fallos que recogen esta postura¹⁷. Por lo demás, en términos prácticos el desenlace ofrecido en caso de muerte es similar a aquel de la teoría del mandato, ya que también se niega que se pueda transferir el dominio después de la muerte del mandante, por cuanto la oferta habría caducado, tal como se desprende del art. 101 del *CCom*¹⁸. Debido a esta circunstancia, no es de extrañar que la Corte Suprema, en el fallo bajo análisis, se conforme con homologar los efectos de ambas teorías¹⁹.

Frente a estas teorías, que en principio tienden a negar la posibilidad de realizar la inscripción luego de la muerte de una de las partes, existe una tercera postura, planteada primero por Daniel Peñailillo y luego desarrollada por María Sara Rodríguez Pinto²⁰. Esta profesora señala que las disposiciones en materia de tradición en general (arts. 672 y 673 del *CC*) y de inscripción en particular (arts. 60 y 61 del Reglamento del Registro Conservatorio) no discurren sobre la idea de un mandato, sino sobre supuestos de representación legal o convencional, por lo que no habría por qué asumir que detrás de la cláusula “se faculta al portador” existiría un mandato. Recurriendo a nociones de derecho compa-

¹⁴ Distinto es el caso en que una de las partes que concurre a celebrar el contrato confiere autorización a su contraparte para realizar la inscripción, como ocurrió en L.A.S. con Z.N. (1911) y en E.F.J. con M.C.V. (2012), considerando 8.º y 11.º. Véase en ese sentido PEÑAILILLO (1984), p. 74.

¹⁵ PEÑAILILLO (1984). Adhiere, asimismo, a esta postura DOMÍNGUEZ (2022), p. 300. Cabe advertir que esta idea ya había sido anunciada previamente por STITCHKIN (1975), pp. 151-152, n.º 89, permaneciendo, sin embargo, desconocida para el resto de los autores que han tratado esta materia.

¹⁶ Piénsese, sobre todo, en los plazos asociados a la aceptación de la oferta del art. 98 del *CCom*, que PEÑAILILLO (1984), p. 75 logra evadir aduciendo que solo se aplicarían a las ofertas a personas determinadas, por lo que debería recurrirse a las reglas para la oferta a persona indeterminada. Véase sobre el punto WINTER (1998), p. 38.

¹⁷ V. gr. G.H.J. con G.H.N. (1985); sucesión de L.D.B. con S.D.N. (2009).

¹⁸ STITCHKIN (1975), p. 152, n.º 89; PEÑAILILLO (1984), pp. 76-77; DOMÍNGUEZ (2022), p. 301.

¹⁹ M.M.E. con A.M.R.M. (2022), considerando 7.º: “Y también carecería de vigencia la disposición contractual que autoriza al portador de copia autorizada para practicar las inscripciones que procedan si se concluyera, como lo hace el profesor Peñailillo Arévalo, que tal acto equivale a una oferta de celebrar un contrato de mandato, atendido lo estatuido en el artículo 101 del Código de Comercio [...]”.

²⁰ PEÑAILILLO (1984), p. 76, nota 18; RODRÍGUEZ PINTO (2000), pp. 171-173.

rado, María Sara Rodríguez Pinto encuadra dicha cláusula como un supuesto de apoderamiento en blanco, lo que explicaría la indeterminación del apoderado. Esto tendría como consecuencia práctica inmediata que la muerte de una de las partes resultaría irrelevante para efectos de la validez de la cláusula, por cuanto la autorización subsistiría después de la muerte. Esta postura también ha sido acogida en ciertos fallos²¹ y ha recibido el apoyo de parte de la doctrina²².

Este breve repaso demuestra la dispersión de opiniones en torno a la posibilidad de realizar la tradición luego de la muerte de una de las partes sobre la base de la cláusula “se faculta al portador”, existiendo numerosos fallos en uno y otro sentido, lo que es esperable considerando la gran cantidad de normas y teorías en juego, las cuales llevan a desenlaces discordantes entre sí. Resulta así necesario determinar cuál es el verdadero ámbito de aplicación de cada una de las normas descritas para ver cuál es la solución más consistente.

2. La voluntad en la tradición y los efectos de la cláusula “se faculta al portador”

Ante la concurrencia de diversas normas que podrían aplicarse a resolver el problema aquí planteado, se debe analizar, ante todo, las reglas sobre tradición, por la sencilla razón de que la inscripción del dominio no es otra cosa que la forma de realizar la tradición en el caso de los inmuebles (art. 686 del CC). La doctrina suele citar en relación con la cláusula “se faculta al portador” aquellas disposiciones que hacen referencia a la voluntad del tradente y del adquirente: art. 670 del CC (“habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo”), art. 672 (“Para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente o por su representante”) y el art. 673 (“La tradición, para que sea válida, requiere también el consentimiento del adquirente o su representante”). Si bien se suele citar indistintamente estas normas para respaldar el desenlace al que se llega por medio de las distintas teorías en torno a la cláusula “se faculta al portador”²³, lo cierto es que ellas ofrecen por sí mismas la respuesta al problema de los efectos de dicha cláusula en caso de muerte de uno de los contratantes originales. Para comprobarlo, bastará traer a colación la tradición jurídica de la cual emanan estas normas y, en particular, los diversos textos de las fuentes jurídicas romanas, las cuales ponen especial énfasis en la voluntad del dueño (*voluntas domini*) para determinar cuándo alguien está facultado para transferir la propiedad²⁴. En el

²¹ U.A.R. con S.A.R. (2009), considerando 16.º

²² CÉSPEDES (2009).

²³ Así, por ejemplo, ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2003), pp. 675 y 684. n.º 838 y 848 las cita en apoyo de su teoría del mandato, PEÑAILLO (1984), pp. 71- 73, 77 y 81 las cita a propósito de la teoría de la oferta y RODRÍGUEZ PINTO (2000), p. 172 las considera armónicas con la noción de apoderamiento unilateral.

²⁴ Véase en general sobre este punto RODRÍGUEZ DIEZ (2016), pp. 63-80.

caso de la *traditio* realizada después de la muerte del dueño, diversos textos enfatizan la falta de esta *voluntas*, no porque el dueño primitivo ya no pueda prestarla, sino porque no se cuenta con la voluntad de quien es dueño al momento de la tradición: los herederos²⁵.

Puesto el problema en estos términos, nos encontramos en coordenadas mucho más familiares. La muerte del dueño original de la cosa no plantea realmente un problema de la ultraactividad del consentimiento que prestó al momento de contratar, sino que lleva a preguntarse por quién era el dueño al momento de la tradición, y si acaso autorizó su enajenación. Para efectos de la transferencia de la propiedad, es en principio irrelevante si el dueño anterior de la cosa se obligó o no a entregarla (cuestión que resulta relevante sobre todo en el plano obligacional²⁶). Este es el mismo tipo de análisis que permite afirmar la validez de la venta de cosa ajena, por cuanto la ajenidad de la cosa al momento del contrato no quita que posteriormente, al momento de la tradición, sí se cuente con el consentimiento del dueño de la cosa²⁷. En el plano de los derechos reales, lo decisivo es la voluntad del dueño al momento de la tradición.

Lo dicho hasta aquí tiene relación exclusivamente con el problema de la *enajenación* a nombre de otro, pero las fuentes clásicas ofrecen lineamientos análogos respecto de los requisitos para la *adquisición* a nombre de otro, para lo cual debe contarse asimismo con la voluntad (*voluntas*) o conocimiento (*scientia*) del interesado²⁸. Cabe destacar, además, que la voluntad del tradente o del adquirente puede darse tanto antes de la tradición como después de ella, fenómeno ampliamente documentado en los textos clásicos, en los cuales esta ratificación recibe el término técnico de *ratihabitio*²⁹.

La continuidad de estas soluciones en el *Código Civil* resulta manifiesta si se considera que Robert Joseph Pothier, uno de los principales autores que Andrés Bello tuvo a la vista en materia de tradición, reproduce varias de las fuentes relativas a la *voluntas domini* y desarrolla la importancia del consentimiento al momento de la tradición, a partir de lo cual concluye que la retractación, incapacidad o muerte al momento de la entrega obstan a la transferencia del dominio³⁰. Consideran-

²⁵ *V. gr.* *D.* 23,3,9,1 (Ulpiano 31 *ad Sabinum*): “Si yo hubiese entregado a uno algunas cosas para que se consideren dadas en dote una vez efectuado el matrimonio, y yo hubiera muerto antes de efectuarse, ¿se harán acaso de la dote después del matrimonio? Me parece que no pueden hacerse de la propiedad de aquel a quien se entregaron, pues hay que reconocer que, al morir quien las entregó, como la donación se supedita al día de efectuarse el matrimonio, la propiedad se retira de él y, cuando se cumple la condición del matrimonio, *pertenece ya al heredero que no puede perder la propiedad de lo suyo sin su voluntad* [...]”. Traducción D’ORS *et al.* (1972), p. 116. Similarmente *D.* 12,1,41. En relación a estos y otros textos similares véase RODRÍGUEZ DIEZ (2016), pp. 74-76.

²⁶ RODRÍGUEZ DIEZ (2016), pp. 98-111.

²⁷ *D.* 41,3,44,1.

²⁸ *Cfr.* *D.* 41,1,13pr.; *D.* 41,2,1,20; *D.* 41,2,34,1; *D.* 41,2,42,1; *D.* 41,3,41.

²⁹ *Cfr.* en materia de enajenación: *D.* 24,1,38,1; *D.* 13,7,20; *D.* 20,1,16,1; *D.* 39,3,10,1. *Cfr.* RODRÍGUEZ DIEZ (2016), p. 79. En materia de adquisición por medio de un tercero, véase *v. gr.* *D.* 41,2,42,1 y *D.* 43,26,6,1.

³⁰ POTHIER (1825), pp. 207-208, n.º 219-221. Nótese que BELLO (1981), p. 458 citaba precisamente esta parte de la obra de Robert Pothier (a propósito del art. 671) en el Proyecto de 1853.

do estos antecedentes, no es de extrañar que el *Código Civil* destacara la voluntad del enajenante y del adquirente al momento de la tradición en los arts. 672 y 673, incluyendo la posibilidad de ratificar una tradición en la cual originalmente no se verificó ese consentimiento³¹. Por lo demás recurriendo a estas normas (y a las fuentes sobre la base de las cuales fueron elaboradas) se deriva sin mayor esfuerzo que, en caso de muerte de una de las partes del contrato, la tradición no transferirá el dominio si falta el consentimiento de los herederos³².

Esta breve exposición revela que las normas de la tradición son autosuficientes para resolver el problema de la vigencia de la cláusula “se faculta al portador” en caso de muerte de uno de los suscriptores de la compraventa, sea el vendedor o el comprador. En el caso analizado, el desenlace más ajustado a estas directrices es aquel ofrecido por el tribunal de primera instancia: por una parte, el vendedor autorizó la tradición por medio de un tercero (el portador de la copia autorizada de la escritura), autorización que se encontraba vigente al momento de la inscripción; por otra parte, si bien el comprador ya había muerto, la inscripción se realizó a solicitud de sus herederos, que son, precisamente, quienes debían prestar su consentimiento para la adquisición, en cuanto continuadores jurídicos del comprador. Si bien los herederos prestaron su consentimiento por medio de un tercero, frente a las dudas relativas a la validez de dicha autorización (por no haberse otorgado por escritura pública, cuestión cuyo análisis excede el objeto de este comentario) posteriormente ratificaron dicha voluntad.

Atendida la autosuficiencia de las normas sobre tradición para resolver los efectos de la cláusula “se faculta al portador” luego de la muerte de una de las partes del contrato, resulta claro que, al menos en materia de transferencia de la propiedad, es irrelevante calificar dicha cláusula como un mandato o como una oferta de mandato. La voluntad del tradente y del adquirente descrita en los arts. 672 y 673 no tiene por qué enmarcarse dentro de un contrato típico, a tal punto que, incluso, es posible que se preste dicha autorización con posterioridad a la tradición³³. La existencia de un contrato entre el dueño de la cosa y quien realice la tradición, o entre quien adquiera la cosa y aquel que la reciba a su nombre, puede tener toda clase de efectos relevantes para explicar las obligaciones que surgen entre las partes, pero no es un presupuesto para que se configure el consentimiento de los arts. 672 y 673. Por lo mismo, no es de extrañar

³¹ Art. 672 inciso 2.º del CC: “Una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño”; art. 673 inciso 2.º: “Pero la tradición que en su principio fue inválida por haber faltado este consentimiento, se valida retroactivamente por la ratificación”.

³² Así lo enfatiza también POTHIER (1825), p. 208, n.º 221: “[...] la tradition, que vous lui en aves faite, n’a pu lui en transférer la propriété sans le consentement de mon héritier, qui, par ma mort, en était devenu le propriétaire” (la tradición que has hecho no ha podido transferirle la propiedad sin el consentimiento de mi heredero, que, por mi muerte, ha devenido en propietario).

³³ En el mismo sentido RODRÍGUEZ PINTO (2000), p. 172, quien deriva, sin embargo, como conclusión que la autorización para enajenar debería enmarcarse no como un supuesto de mandato, sino como un acto de apoderamiento unilateral, postura que se revisa críticamente más abajo.

que, aunque algunas normas en materia de tradición hagan referencia al mandato³⁴, son más abundantes las expresiones genéricas relativas a actos concluidos *a nombre del* tradente o adquirente (art. 671 inciso 1.º del CC), o por sus *representantes* (arts. 672 y 673 del CC). Resulta así innecesario recurrir a las normas en materia de mandato para dotar de una identidad jurídica a la autorización que otorgan el tradente y el adquirente; dicha voluntad encuentra un fundamento autónomo en los arts. 672 y 673³⁵.

3. Origen histórico de la cláusula

Una vez que se asigna a las reglas sobre tradición el papel central que les corresponde para determinar la validez de la cláusula “se faculta al portador”, es más fácil entender y justificar la fisonomía de dicha cláusula. Entre los autores que han analizado su naturaleza jurídica suele deslizarse la crítica de que estaríamos ante una figura prácticamente inclasificable desde el punto de vista jurídico, por cuanto a duras penas podría ser calificado como un mandato o una oferta de mandato; se trataría, más bien, de una cláusula de estilo elaborada por consideraciones pragmáticas, respecto de la cual la dogmática jurídica debería hacer la vista gorda³⁶. Sin embargo, no existiendo ninguna necesidad de “contractualizar” esta cláusula, que encuentra su fundamento en los arts. 672 y 673, las dudas en torno a su juridicidad se despejan. Para ilustrar este punto, resulta pertinente un breve excursus sobre el origen histórico de esta cláusula, que permitirá a su vez comprender de mejor forma sus consecuencias a nivel práctico.

Las cláusulas de estilo que conceden la autorización para realizar la tradición son un fenómeno que precede al actual sistema registral. Ya en los más antiguos protocolos de escribanos de Santiago se encuentran ejemplos de compraventas en las cuales el vendedor faculta al comprador para apropiarse del inmueble vendido³⁷. Similares fórmulas continuaban siendo nombradas por los autores españoles de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX³⁸. El propósito que

³⁴ Art. 671 inciso 2.º del CC: “Pueden entregar y recibir a nombre del dueño sus mandatarios, o sus representantes legales”; inciso 4.º: “La tradición hecha por o a un mandatario debidamente autorizado, se entiende hecha por o a el respectivo mandante”.

³⁵ Entre los autores más antiguos esto parece evidente; por ejemplo, BARROS (1930), pp. 342-343, considera que la cláusula ‘se faculta al portador’ cumple el objetivo puntual de satisfacer el consentimiento de tradente y adquirente al momento de la tradición. Resulta, asimismo, ilustrativo considerar, por ejemplo, que en L.A.S. con Z.N. (1911) se decidió la controversia sobre la base de las normas sobre tradición, pese a que sí existía un mandato entre las partes.

³⁶ Véase en particular WINTER (1998), p. 38.

³⁷ V. gr. JARA y MELLAFE (1996), pp. 32-33: “[...] y vos doy poder cumplido para que sin mi licencia ni de ninguna justicia ni de otra persona podáis entrar e tomar e aprehender la pertenencia e posesión de todo ello que cual posesión entráredes y tomáredes y para vos y en vuestro nombre se entrare e tomare, tal prometo e me obligo de haber firme [...]”.

³⁸ V. gr. FEBRERO (1789), p. 447: “Y le confiere poder irrevocable con libre, franca, y general administración, y constituye Procurador actor en su propia causa, para que de su autoridad, o judicialmente entre, y se apodere de la nominada casa, y de ella tome, y aprenda la real tenencia, y posesión que por derecho le compete [...]”.

perseguían estas fórmulas es evidentemente práctico: evitar que las partes tengan que concertarse para realizar la entrega física del inmueble, pudiendo el adquirente hacerlo cuando quisiera, pues contaba con la autorización del tradente para apropiarse de la cosa. Cabe notar que esa autorización nunca discurría sobre la idea de un contrato específico (como el mandato), sino que bajo expresiones generales relativas al “poder” para aprehender la cosa.

Considerando la importancia práctica que cumplía este tipo de autorizaciones, no es de extrañar que el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces de 1857 realizara, en los arts. 60, 61 y 78, referencias a la intervención de “apoderados” o “representantes” en la inscripción. En estas disposiciones no se describe la existencia de un mandato u otra figura contractual, del mismo modo que este tipo de menciones se encuentran prácticamente ausentes en los cuerpos legales en los que pudo inspirarse el Reglamento del Registro Conservatorio³⁹. Por su parte, los autores nacionales de forma gradual incorporaron en los formularios de escrituras públicas la autorización del vendedor para que el comprador realizara la inscripción⁴⁰ y así se adueñara de la cosa, al igual como ocurría con la entrega material en el antiguo derecho. Sin embargo, en algún momento debió resultar evidente que no había ningún obstáculo en que, en el contexto del nuevo sistema registral, ambas partes facultasen a un tercero indeterminado para realizar la inscripción, por lo que la cláusula “se faculta al portador” se encuentra delineada con claridad ya en los formularios notariales de fines del siglo XIX⁴¹.

Como se puede apreciar, el origen de la cláusula “se faculta al portador” evidencia un importante grado de continuidad respecto del antiguo derecho, en términos tales que a ojos de los notarios que comenzaron a implementarla no debe haber habido dudas respecto a su juridicidad: la tradición/inscripción requiere el consentimiento del tradente y del adquirente, y si ambas partes de la compraventa manifiestan su autorización para que un tercero cualquiera realice la inscripción, no habría motivo alguno para dudar de la aptitud de dicho acto para transferir el dominio⁴². La única razón por la que modernamente se ha visto esta cláusula como una figura jurídicamente inclasificable es porque el punto de partida de los autores modernos se encuentra en consideraciones dogmáticas ajenas a aquellas que llevaron a su configuración original⁴³.

³⁹ En relación con las fuentes de este articulado, véase ZÁRATE (2019), pp. 435-436.

⁴⁰ VERA (1884), p. 207: “El vendedor [...] transfiere en el comprador la propiedad y dominio que hasta ahora ha ejercido sobre el citado inmueble, facultándolo para que haga las inscripciones del caso en el respectivo registro Conservador de bienes raíces”.

⁴¹ Cfr. PINTO (1897), quien alterna esta cláusula con la antigua autorización del vendedor para apropiarse de la cosa: “El vendedor [...] faculta a la persona que presente copia de esta escritura para que requiera la inscripción del título [...]” (p. 88; similarmente pp. 89 y 94); “Queda facultada la persona que presente copia de esta escritura para requerir y firmar las inscripciones correspondientes en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces respectivo” (p. 91; similarmente pp. 96-97).

⁴² Cfr. en el mismo sentido BARROS (1930), pp. 342-343.

⁴³ Se comprobará, por lo mismo, cuán inconveniente resulta el actual proyecto de ley que modifica el sistema registral y notarial (*Boletín* n.º 12.092-07) en cuanto pretende reemplazar el actual

Estas reflexiones permiten constatar no solo que la cláusula se ajusta a derecho, sino que tiene un carácter pragmático que puede traer consigo consecuencias curiosas. Ya en el antiguo derecho castellano, la autorización del enajenante para que el adquirente se hiciera la tradición a sí mismo suponía un evidente riesgo para el vendedor, que es que él cumpliera desde ya con su obligación de entrega, pero que el comprador no satisficiera inmediatamente su obligación de pagar el precio. En otras palabras, el cumplimiento de la obligación del vendedor quedaba en manos del comprador (entregarse a sí mismo la cosa). Este riesgo podía evitarse de distintas maneras, desde pactar una venta al contado hasta establecer una reserva de dominio. En la actualidad el riesgo asociado a la cláusula “se faculta al portador”⁴⁴ no siempre es advertido por los contratantes, lo que tiene efectos muy tangibles en casos como el aquí analizado, ya que puede ocurrir que la inscripción se efectúe aun cuando el vendedor tuviera razones para no efectuarla –por ejemplo, porque el comprador no ha pagado el precio–, pese a lo cual subsiste su autorización para hacerlo. El hecho de que el vendedor luego impugne la tradición a la cual él mismo se había obligado lo expone, a su vez, a ser demandado por incumplir su obligación de mantener al comprador en la posesión tranquila de la cosa⁴⁵. Por lo anterior, las ventajas prácticas de permitir que un portador de copia autorizada realice la tradición deben sopesarse en cada caso con el riesgo de que el comprador esté más dispuesto a llevar a cabo las obligaciones de su contraparte que las propias. De todas formas, en caso de incorporarse dicha cláusula, el vendedor no estará totalmente desprotegido frente al eventual incumplimiento del comprador, pues tendrá la posibilidad de revocar su autorización⁴⁶, cuestión que no hizo el vendedor en el caso bajo análisis.

4. *Terminación del mandato y nulidad de la tradición*

Una vez que se admite que no es necesario recurrir a las normas sobre mandato u oferta para dotar de contenido jurídico a la cláusula “se faculta al portador” y

art. 60 por una norma que consagre legislativamente la teoría del mandato de Arturo Alessandri Rodríguez (“Podrá conferirse mandato para requerir la inscripción al portador de copia autorizada del título, bastando en tal caso la exhibición de la copia auténtica del respectivo instrumento”). El aporte de una disposición de este tipo sería muy pobre si se considera que en casos problemáticos como los aquí analizados rara vez se habrá perfeccionado el mandato antes de la inscripción, y que, en definitiva, será necesario recurrir de todas formas a los arts. 672 y 673 para determinar el desenlace de la controversia.

⁴⁴ PEÑAILILLO (1984), p. 79. Es interesante notar que una forma de evitar este efecto indeseable es que la autorización para inscribir sea otorgada por el comprador al vendedor, inscribiendo este último una vez que haya recibido el precio. Véase en relación con esta práctica L.A.S. con Z.N. (1911).

⁴⁵ Véase sobre este punto L.A.S. con Z.N. (1911); R.d.P. con P.(1932), donde se dedujo demanda reconventional en este sentido; M.S.M. con H.Z.N. (2004), considerando 7.º; I.V.C. con O.M.M. (2011), considerando 12.º. En materia doctrinal véase ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2003), pp. 681-682, n.º 843; PEÑAILILLO (1984), pp. 83-86; RODRÍGUEZ PINTO (2000), pp. 173-174; CÉSPEDES (2009), pp. 198-199.

⁴⁶ Respecto a la forma de llevar a cabo la revocación, véase PEÑAILILLO (1984), pp. 77-78 y 81-82.

explicar sus efectos en caso de muerte de una de las partes, cabe notar que, de todos modos, las normas en materia de mandato u oferta en principio no ofrecen un desenlace distinto a aquel que se desprende de los arts. 672 y 673; en todos estos supuestos, no se transferirá el dominio, sea porque falta el consentimiento del tradente o del adquirente, o porque terminó el mandato, o porque caducó la oferta⁴⁷.

El verdadero problema se da cuando se combinan las reglas sobre mandato con las normas sobre nulidad, que es lo que ocurre en el fallo comentado. Una idea profundamente arraigada en la doctrina y jurisprudencia nacional es que, en el caso de la cláusula “se faculta al portador”, la desaparición de la voluntad de uno de los contratantes originales daría lugar a una tradición nula por falta de consentimiento, requisito mínimo de todos los actos y declaraciones de voluntad (art. 1445 del CC)⁴⁸. Por lo mismo, en la gran mayoría de las sentencias aquí citadas –incluyendo el caso analizado– el demandante alegó la nulidad de la tradición *ex art.* 1682⁴⁹, en lugar de interponer una acción reivindicatoria y/o declarativa de dominio, que parecerían más pertinentes cuando lo que se discute es si se transfirió o no la propiedad⁵⁰. Además, desde hace algún tiempo los conservadores han rechazado las inscripciones cuando advierten que una de las

⁴⁷ En algunas materias puntuales podría pensarse en consecuencias prácticas diversas, como ocurre en materia de revocación, ya que PEÑAILILLO (1984), pp. 77-78 y 81-82, duda sobre la posibilidad de admitir una retractación unilateral en supuestos de oferta o mandato. Sin embargo, estas observaciones solo son válidas desde el punto de vista de obligacional, ya que nada obsta a que se revoque el consentimiento para hacer la tradición o adquirir la cosa, sin perjuicio de las consecuencias que ello pueda tener en la esfera contractual. Véase como referencia en las fuentes clásicas *D.* 6,2,14, comentado en RODRÍGUEZ DIEZ (2016), pp. 73-74 y 187-194. La jurisprudencia ha negado lugar a la revocación de la cláusula “se faculta al portador” en caso de pactarse expresamente su irrevocabilidad: *L.V.S. con Conservador de Bienes Raíces de Santiago* (2015). También podría pensarse en la contradicción entre las normas sobre tradición y las normas en materia de mandato que constituyen excepciones a su terminación por la muerte del mandante (arts. 2168, 2169 y 2173), problema que resulta menos apremiante en el caso de la cláusula “se faculta al portador” considerando que rara vez se perfeccionará un mandato antes de la inscripción.

⁴⁸ *V. gr.* PEÑAILILLO (1984), p. 84; RODRÍGUEZ PINTO (2000), pp. 174-175; DOMÍNGUEZ (2022), p. 299. En materia jurisprudencial véase *A.A.J. con L.C.M.A.* (1999), considerandos 6.º-9.º; *J.C.V.M. con I.C.R.G.* (2001), considerandos 4.º-6.º; *M.S.M. con H.Z.N.* (2004), considerandos 4.º-6.º del voto de minoría; *E.F.J. con M.C.V.* (2012), considerando 12.º. Critica esta postura BARRIENTOS (2003), pp. 273-278, quien considera que atender en la tradición a una voluntad distinta de aquella manifestada en el título es incompatible con un sistema causal de transferencia, afirmación que se cuestiona en RODRÍGUEZ DIEZ (2016), pp. 408-414. Nótese, por lo demás, que las reglas sobre nulidad prácticamente no representan ningún papel en el análisis original de ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2003), pp. 675-684, n.º 838-848, salvo por la frase aislada “Una inscripción verificada en esta forma es nula en todo sentido, por carecer de consentimiento”, p. 683.

⁴⁹ *L.A.S. con Z.N.* (1911); *R.d.P. con P.* (1932); *G.H.J. con G.H.N.* (1985); *A.A.J. con L.C.M.A.* (1999); *J.C.V.M. con I.C.R.G.* (2001); *M.S.M. con H.Z.N.* (2004); sucesión de *L.D.B. con S.D.N.* (2009); *U.A.R. con S.A.R.* (2009); *V.C.H. con M.L.J.* (2010); *E.F.J. con M.C.V.* (2012); *M.C.M. con J.C.M.* (2016), considerandos 15.º-17.º, donde se demandó la nulidad junto con la reivindicación.

⁵⁰ *Cfr.* *C. con D.* (1942).

partes ha fallecido⁵¹, atendido lo dispuesto en el art. 13 del Reglamento Conservatorio

“El Conservador no podrá rehusar ni retardar las inscripciones: deberá, no obstante, negarse, si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisible; por ejemplo [...] si es visible en el título algún *vicio o defecto que lo anule absolutamente*”.

Pese a tratarse de una opinión muy difundida, la idea de la nulidad de la tradición entraña una profunda distorsión de toda la sistemática del *Código Civil*. La nulidad de la tradición por falta de consentimiento del mandante resulta incorrecta si se recurre a las reglas del mandato, ya que los actos que realiza el mandante en virtud de un mandato terminado no son nulos, sino que no producen efectos respecto del mandante⁵². Por otra parte, las contradicciones en materia de tradición son todavía más evidentes. La Corte en el fallo reseñado se conforma con asumir que los arts. 672 y 673 tratarían un supuesto de nulidad⁵³, sin dar cuenta de esa afirmación. Probablemente se tuvo a la vista el empleo en el *Código Civil* de expresiones relativas a la ‘validez’ de la tradición, cuestión que en sí misma no justifica que la consecuencia jurídica sea la nulidad. De hecho, si se leen las otras normas sobre tradición, ese tipo de expresiones son recurrentes, sin que se encuentren vinculadas a las normas sobre nulidad de los actos o con-

⁵¹ Cfr. D.C.G. con Conservador de Bienes Raíces de Coronel (2009); S.B.A con O.L.M. (2013); L.V.S. con Conservador de Bienes Raíces de Santiago (2015); A. con Conservadora de Bienes Raíces Interina de Combarbalá (2022).

⁵² Así lo señalan, incluso, algunas sentencias a propósito de la cláusula se faculta al portador: G.d.B. con G.d.H. (1935), considerando 19º de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco; M.S.M. con H.Z.N. (2004), considerando 7º; U.A.R. con S.A.R. (2009), considerandos 11.º-12.º; M.C.M. con J.C.M. (2016), considerandos 15.º-17.º. También ALESSANDRI BESA (2010), pp. 402-403 en relación con la cláusula “se faculta al portador” reconoce que lo obrado en ejecución del encargo luego de la muerte de una de las partes no es jurídicamente nulo: “Más recientemente y conociendo la Corte Suprema de una situación especialmente compleja, como son los eventuales efectos de la denominada ‘cláusula se faculta al portador’ en el evento de fallecimiento de una de las partes de la compraventa en que consta dicha cláusula, nos parece que también se incurrió en una errada calificación de los efectos de lo obrado por las partes. [...] si se sostuviese –como terminó haciéndolo la Corte Suprema en este caso– que el mandato en cuestión había expirado al fallecer la vendedora, cabría más bien concluir que lo obrado en representación de ésta era inoponible a sus herederos; pero en ningún caso nulo [...]”. Sin embargo, el mismo ALESSANDRI BESA (2010) acepta pocas páginas antes (pp. 389-392) que una *tradición* puede ser nula por falta de consentimiento, siendo esta la opinión citada en M.M.E. con A.M.R.M. (2022), considerando 13.º. Más allá de esta palmaria contradicción, la idea según la cual solo la *tradición* es nula lleva a la conclusión algo absurda –advertida por PEÑAILILLO (1984), p. 86– de que el contrato subyacente y las obligaciones que de él emanan seguirían plenamente vigentes.

⁵³ M.M.E. con A.M.R.M. (2022), considerando 13.º: “Si bien es cierto que no es dable aplicarla [sic] a las diversas convenciones que no son contratos las reglas de la nulidad por analogía, ello es posible debido a las diversas disposiciones legales en las cuales se preceptúa que la omisión de un determinado requisito acarrea la nulidad del acto; así sucede respecto de la tradición (artículos 670 a 673 inclusive, del Código Civil). (Arturo Alessandri Besa, *La nulidad y la escisión en el derecho civil chileno*)”.

tratos del libro IV del CC. Nadie diría, por ejemplo, que la exigencia de un título traslativo para “que valga la tradición” (art. 675) se vincula con el problema de nulidad de la tradición. De hecho, el *Código Civil* no regula las consecuencias de una tradición nula, sino solo del título nulo (art. 704 n.º 3) por lo que ni siquiera es posible saber cuáles serían las consecuencias de una tradición nula desde el punto de vista de la prescripción adquisitiva. Por lo anterior, resulta evidente que el problema de fondo que tratan las normas sobre tradición es la transferencia del dominio, por lo que en todas ellas la “validez” de la tradición implica que no se produce el efecto propio de la tradición. Así se desprende, por lo demás, de la redacción de estos preceptos en proyectos anteriores: por ejemplo, la redacción original del art. 672 en el Proyecto de 1853 comenzaba con las palabras “El primer requisito de la tradición, para que trasfiera el dominio es que sea ejecutada por voluntad del que tiene facultad de enajenarla [...]”⁵⁴. Es evidente que la redacción definitiva obedece a un ligero ajuste estilístico y no a un revolucionario cambio dogmático relativo a la aplicabilidad de las disposiciones generales del título II del libro IV a la tradición. En fin, más allá de los cuestionamientos dogmáticos que uno pueda hacer respecto al ámbito de aplicación que Andrés Bello quiso dar a dicho título⁵⁵, bastará aquí señalar que el art. 1445 comienza con el encabezado “Para que una persona *se obligue a otra* [...]”, por lo que su aplicación –y, peor aún, superposición– a las normas sobre tradición, bajo el argumento de ser esta última un acto jurídico bilateral, resulta evidentemente forzado.

Por si todas estas consideraciones no fuesen suficientes, existe un sencillo argumento de texto que permite descartar que estemos ante un supuesto de nulidad: tanto el art. 672 como el art. 673 reconocen la posibilidad de ratificar la tradición realizada sin la voluntad del dueño o del adquirente, cuestión que sería inimaginable si estuviésemos frente a un supuesto de nulidad absoluta (art. 1683). Sin embargo, en el caso bajo análisis la Corte Suprema aplicó las reglas sobre nulidad en tales términos que se desentendió del papel de la voluntad de los herederos (o su posterior ratificación) al momento de la inscripción, ofreciendo un desenlace diverso a aquel prescrito por los arts. 672 y 673⁵⁶. En otras palabras, la falta de voluntad del causante/mandatario (que configura el supuesto de nulidad de la tradición) asumió tal importancia que eliminó el papel crucial que debería desempeñar la voluntad de los herederos/adquirentes para efectos de la adquisición del dominio.

⁵⁴ BELLO (1981), p. 458.

⁵⁵ En relación con el ámbito de aplicación de este título (tanto en general como con respecto a la tradición) véase RODRÍGUEZ y WEGMANN (2023), pp. 125-128, 133-134, 149, 159-160 y 161-162.

⁵⁶ En este punto debe advertirse que la posibilidad de que los herederos presten su consentimiento al momento de inscribir o ratifiquen una inscripción previa es algo aceptado de forma casi pacífica por la doctrina y jurisprudencia: ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2003), pp. 682-684, n.º 846 y 848; PEÑAILILLO (1984), pp. 76-77; L.A.S. con Z.N. (1911) (voto de minoría); R.d.P. con P. (1932); M.S.S. con Sucesión B.T.M.L. (2009); V.C.H. con M.L.J. (2010), considerando 7.º. De hecho, la opinión de Arturo Alessandri Rodríguez en este punto es reproducida por la Corte Suprema en el fallo reseñado (considerando 9.º), pero curiosamente fue pasada por alto.

Para concluir esta sección, cabe notar la curiosa circunstancia de que, mientras la generalidad de los casos de tradición de cosa ajena se resuelve sin referencia a la supuesta nulidad por falta de consentimiento, dicha doctrina tenga un papel tan protagónico a propósito de la cláusula “se faculta al portador”. La explicación parece ser, ante todo, histórica, pues la idea de demandar la nulidad en estos casos se remonta a ciertos juicios de la primera mitad del siglo XX, en los cuales se indicó un fundamento completamente distinto, según el cual la infracción del art. 78 del Reglamento del Conservador implicaría, a su vez, una vulneración al art. 690 del CC (que enumera los requisitos de la inscripción), lo que traería consigo la sanción de nulidad de la inscripción⁵⁷. Eventualmente esta fundamentación cayó en el olvido y fue reemplazada por la tesis de la nulidad por falta de consentimiento *ex art.* 1682, sin que ella se haya expandido a otros supuestos de enajenación por alguien que actúa al margen de la voluntad del dueño (como sería una venta de cosa ajena común y corriente). Ello ha traído consigo que, en el contexto particular de la cláusula “se faculta al portador”, se haya consolidado la tendencia de demandar la nulidad de la inscripción en lugar, por ejemplo, de perseguir la cancelación de una inscripción por medio de una acción reivindicatoria o declarativa de dominio, como se haría en cualquier supuesto normal en el que el demandante alegue que la tradición no transfirió el dominio.

318

5. ¿Burlar a la muerte?

Superación de los inconvenientes prácticos del fallecimiento del tradente o del adquirente

La naturaleza jurídica de la cláusula “se faculta al portador” es un problema delicado en la práctica jurídica, sobre todo por las complicaciones asociadas a reconocer que la muerte de una de las partes impida al portador inscribir el título. Muchos autores que tratan el tema reconocen abiertamente que admitir este desenlace resultaría problemático desde el punto de vista práctico, en cuanto proyectaría una sombra de duda sobre las inscripciones realizadas al amparo de esta cláusula⁵⁸.

Estas consideraciones han llevado a distintas fórmulas para lograr sustraerse a los efectos de la muerte de una de las partes. Considérese, por ejemplo, la fanática defensa de la vigencia *post mortem* de dicha cláusula por parte de Nefalí Cruz Ortiz, quien en su célebre “Prontuario jurídico bancario” considera que, como se trataría de un mandato, y como los contratos –como indica el art. 1545– son leyes para las partes, “no puede dejarse sin efecto sino de común acuerdo de partes”⁵⁹.

⁵⁷ L.A.S. con Z.N. (1911); similarmente R.d.P. con P. (1932) y C. con D. (1942) considerandos 10.º-12.º, en las cuales, sin embargo, dicho argumento convive con la alegación de nulidad por falta de consentimiento.

⁵⁸ V. gr. CÉSPEDES (2009), pp. 197-198.

⁵⁹ CRUZ (1985), p. 10, n.º 31.

Ello no solo asume que la cláusula configuraría un contrato perfecto antes de la muerte de una de las partes –cuestión que, como queda dicho, rara vez ocurre–, sino que la única causa de terminación de un contrato sería el acuerdo de las partes, pasando por alto, incluso, las normas especiales sobre terminación del mandato.

Otra teoría que permitiría sustraerse en términos absolutos de los efectos de la muerte es aquella del llamado “acto de apoderamiento unilateral”, ya que, si se acepta que la voluntad manifestada en un comienzo por una de las partes se independiza conceptualmente del posterior acto de apoderamiento del portador, la muerte del comprador o del vendedor resultaría irrelevante. Sin embargo, esta teoría tiene el claro reparo de implicar una abierta contradicción con las reglas de los arts. 672 y 673, en cuanto permite prescindir de la voluntad de quienes deberían manifestarla al tiempo de la inscripción (los herederos), careciendo, por lo demás, de una fundamentación legal autónoma que permita justificar una contradicción de esta magnitud⁶⁰. Al igual que en el caso anterior, se trata de una teoría que parte de la base de la importancia de evitar las consecuencias prácticas indeseables asociadas a la muerte de una de las partes⁶¹, pero que no advierte de qué modo ello podría afectar a los herederos.

Una solución más matizada es ofrecida por Daniel Peñailillo, quien propone alterar el texto consolidado de la cláusula “se faculta al portador”, añadiendo una segunda parte en la cual las partes autorizan que la inscripción se realice aun después de su muerte y renunciando a la revocación⁶². Sin embargo, las consecuencias prácticas de una cláusula de este tipo son más que dudosas, sobre todo si se considera que ella podría surtir ciertos efectos entre las partes contratantes solo si se verificara el supuesto de aceptación de mandato⁶³, pero que no puede servir, en caso de fallecimiento –sea que se aceptara o no el mandato en vida– para pasar por alto la voluntad de los herederos, quienes serían quienes deberían prestar su consentimiento al momento de la tradición.

Como se puede ver, todas las posturas antes reseñadas privilegian la voluntad originalmente manifestada por sobre la voluntad de quien debería manifestarla al tiempo de la inscripción. En otras palabras, todas estas teorías se concentran en proyectar más allá de la muerte la voluntad inicialmente manifestada por uno de los contratantes, olvidando que ello afectaría los derechos de sus herederos,

⁶⁰ El mismo PEÑAILILLO (2019), p. 883, si bien puede considerarse el primer exponente de esta teoría, reconoce que se trata de un planteamiento “con menos base legal, pero no por eso descartable”.

⁶¹ RODRÍGUEZ PINTO (2000), p. 171 aprueba un fallo que reconoció la posibilidad de realizar la inscripción después de la muerte de una de las partes, por cuanto sería una solución “práctica, en cuanto deja a salvo una estipulación de estilo, indispensable para el tráfico de bienes, atendida la naturaleza bidimensional de nuestro sistema de transferencia de la propiedad”.

⁶² PEÑAILILLO (1984), pp. 82-83. Adhiere a esta solución WINTER (1998), p. 38.

⁶³ Cfr. Sucesión de L.D.B. con S.D.N. (2009), donde, si bien las partes señalaron en la escritura pública que se facultaba “irrevocablemente” al portador, dicha mención no tuvo ningún efecto ya que la inscripción se practicó después de la muerte de una de las partes.

que son quienes deben manifestar su voluntad. Normalmente los herederos estarán interesados en realizar la inscripción para cumplir con la obligación del causante, pero existen diversos supuestos en los que preferirán no hacerlo, partiendo por el caso en que el comprador no haya pagado y ellos quisieran retardar su prestación hasta tener mayores certezas sobre su eventual cumplimiento. De esta forma, si se pasa por alto el texto de los arts. 672 y 673 y se privilegia únicamente la voluntad manifestada en un comienzo en la escritura pública, se acrecientan significativamente los riesgos ya descritos asociados a la cláusula “se faculta al portador”: no solo el comprador puede llevar a cabo la tradición en beneficio de sí mismo –sin importar el cumplimiento de sus propias obligaciones– sino que, incluso, puede pasar por alto la falta de voluntad de los herederos de la contraparte, a quienes les correspondería manifestarla en ese acto.

Por lo anterior, a la luz de las normas sobre tradición, resulta claro que la muerte de una de las partes que originalmente celebró el contrato impide que el portador de la escritura pública pueda invocar la autorización exigida por los arts. 672 o 673. El problema no es tanto que el contratante original no pueda autorizar la tradición, sino que las personas que a la época de la inscripción deberían hacerlo (sus herederos) no lo han hecho. Por lo mismo, desde un punto de vista práctico, el problema de la muerte de una de las partes de la compraventa tiene efectos bastante acotados, pues bastará con obtener la participación de los herederos para realizar o autorizar la inscripción. Por lo demás, como ese consentimiento podría darse, incluso, después de la tradición, en caso de una inscripción realizada por el portador que no contó con la autorización de los herederos, estos podrían posteriormente ratificarla; en el intertanto solo habría una inscripción que no transfiere el dominio (no una tradición “nula”), pero que pone al comprador en estado de adquirir el dominio por prescripción adquisitiva. Los herederos podrían eventualmente querer impugnar dicha inscripción realizada sin su consentimiento con una acción reivindicatoria o declarativa de dominio dirigida a obtener la cancelación de la inscripción. Sin embargo, en la generalidad de los casos los herederos tendrán buenos motivos para ratificar la inscripción.

Como se puede apreciar, la aplicación rigurosa de los arts. 672 y 673 permite llegar a una solución más consistente para resolver, en base a un mismo criterio, las dificultades que puedan surgir luego de la muerte de uno de los contratantes originales. Volviendo al caso bajo análisis, cabe observar que estos artículos son aplicados de forma correcta por el tribunal de primera instancia, en cuanto reconoce que la autorización del vendedor sí subsistía al momento de la tradición –por cuanto jamás fue revocada– y que la tradición podía ser válidamente realizada a instancias de los herederos del comprador, o ratificada por ellos. Podrá criticarse este desenlace si se admite que el comprador original nunca pagó el precio (cuestión que no resultó probada en el juicio), pero este es precisamente uno de los riesgos asociados a la cláusula “se faculta al portador”, como ya se

indicó. Si en algún momento llegó a ser cierto que el vendedor no quería por ningún motivo que se verificara la inscripción, debió revocar su autorización.

Mucho menos satisfactorio es el desenlace ofrecido por la Corte Suprema, en cuanto presenta una variante de la “teoría del mandato” que pone un énfasis absoluto en la falta de consentimiento del mandante, en términos tales que anula la posterior tradición. Esta solución no solo contradice la posibilidad de que los herederos concurren a la inscripción o que la ratifiquen, sino que resulta inconveniente en términos prácticos, pues haría virtualmente imposible que se verifique la tradición de la cosa vendida luego de la muerte de una de las partes, por cuanto nunca podrá obtenerse o sanearse la falta de consentimiento de la parte que murió.

CONCLUSIONES

Frente al confuso panorama doctrinario y jurisprudencial producido por la existencia de múltiples teorías que ofrecen distintos fundamentos normativos para la cláusula “se faculta al portador”, debe privilegiarse la aplicación directa de las normas sobre tradición –y en particular los arts. 672 y 673–, las cuales resultan autosuficientes para explicar las consecuencias de la muerte, antes de la tradición, de una de las partes que concurrieron a celebrar el contrato: la enajenación seguirá siendo posible, pero deberá obtenerse la voluntad de los herederos del difunto, sea antes o después de la inscripción. No existe, por lo mismo, ninguna necesidad de “contractualizar” la autorización dada originalmente en la escritura pública y de sujetar los efectos de la cláusula “se faculta al portador” a una eventual terminación de un supuesto mandato u oferta de mandato, debiendo, asimismo, rechazarse la posibilidad de calificar la subsecuente tradición como “nula”.

Siguiendo esta solución, los efectos de la muerte de una de las partes de la compraventa son mucho menos graves que aquellos que se desprenden de la sentencia de la Corte Suprema aquí reseñada, que sanciona la tradición con la nulidad en cuanto atiende exclusivamente a la voluntad del difunto y a su ausencia a la época de la inscripción. En contraposición a esto, la aplicación de los arts. 672 y 673 morigerará los efectos de esta muerte al atender a la voluntad de los herederos, sin caer en el exceso de pretender que la autorización original dada en la escritura pública podría superponerse a cualquier voluntad posterior. Se ofrece así un criterio uniforme y de sencilla aplicación sobre la base de las reglas directamente aplicables a la tradición, sin que sea necesario recurrir a la pluralidad de doctrinas y normas invocadas en la actualidad por la jurisprudencia, las cuales han conducido a una gran incerteza respecto a la eficacia *post mortem* de la cláusula “se faculta al portador”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI BESA, Arturo (2010). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, vol. 1.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003). *De la compraventa y de la promesa de venta*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I, vol. 2.
- BARRIENTOS, Javier (2003). “Título y modo de adquirir. Intención de transferir el dominio en la tradición. Tradición por mandatarios. Cláusula ‘se faculta al portador’”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 1. Santiago.
- BARROS, Alfredo (1930). *Curso de derecho civil. Primer año*. 4ª ed. corregida y aumentada. Santiago: Editorial Nascimento.
- BELLO, Andrés (1981). *Obras completas, vol. XIV: Código Civil de la República de Chile I*. Caracas: La Casa de Bello.
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos (2009). “Valor de la cláusula ‘se faculta al portador de copia autorizada’ (Corte de Apelaciones de Concepción)”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, n.º 20. Concepción.
- CRUZ ORTIZ, Neftalí (1985). *Prontuario jurídico bancario*. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- D’ORS, Álvaro *et al.* (traductores) (1972). *El Digesto de Justiniano*. Pamplona: Aranzadi, tomo 2.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2022). “Validez de la tradición en muerte del mandante. Cesión de derechos, inscripción. Nulidad absoluta de la tradición”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 251. Concepción.
- FEBRERO, Josef (1789). *Librería de escribanos e instrucción jurídica theorico práctica de Principiantes*. Primera parte. Madrid: Imprenta de D. Pedro Marín, tomo 2.
- JARA, Álvaro y Rolando MELLAPE (transcripción paleográfica) (1996). *Protocolos de los escribanos de Santiago, primeros fragmentos, 1559 y 1564-1566*. Santiago: Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, Fuentes para el Estudio de la Colonia, tomo I.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1984). “Se faculta al portador de copia autorizada...”. *RDJ*, vol. 81, primera parte, n.º 3. Santiago.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2019). *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*. 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters.
- PINTO, Francisco (1897). *Recopilación de formularios de instrumentos públicos de uso más frecuente, con algunas instrucciones al particular*. Santiago: Imprenta Gutenberg.
- POTHIER, Robert Joseph (1825). *Œuvres*, tome VIII: *Traité de la propriété*. Paris: Bechet Ainé/F.-M. Maurice.
- RODRÍGUEZ DIEZ, Javier (2016). *Potestas alienandi. Transfer of ownership by a non-owner from Roman law to the DCFR*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers.
- RODRÍGUEZ DIEZ, Javier y Adolfo WEGMANN STOCKEBRAND (2023). “Título II. De los actos y declaraciones de voluntad”, en Carlos AMUNÁTEGUI (ed.), *Comentario histórico-dogmático al libro IV del Código Civil de Chile*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2000). “La cláusula ‘se faculta al portador’ y la transferencia de la propiedad por tradición”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, n.º 1. Santiago.
- STITCHKIN BRANOVER, David (1975). *El mandato civil*. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VERA, Robustiano (1884). *Manual del notario público, del receptor y del procurador de número, o sea cartilla para el desempeño de estos cargos*. Santiago: Imprenta de la Librería Americana.
- WINTER IGUALT, Rodrigo (1998). “El portador facultado”. *Revista del Abogado*, n.º 13. Santiago.
- ZÁRATE GONZÁLEZ, Santiago (2019). *Tratado de derecho inmobiliario registral*. Santiago: Editorial Metropolitana.

Normas citadas

Código Civil.

Código de Comercio.

Decreto S/N, Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 24 de junio de 1857.

Jurisprudencia citada

- A. con Conservadora de Bienes Raíces Interina de Combarbalá (2022): Corte Suprema, 4 de febrero de 2022, rol n.º 66.161-2021.
- A.A.J. con L.C.M.A. (1999): Corte Suprema, 13 de julio de 1999, rol n.º 2.720-1998, Legal Publishing CL/JUR/778/1999.
- B.M.I. con B.U.J. (1999): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de septiembre de 1999, en *RDJ*, tomo 96, 2.º parte, sección 2.º. Santiago.
- C. con D. (1942): Corte de Apelaciones de Valdivia, 14 de julio de 1942, en *RDJ*, tomo 39, 2ª parte, sección 2ª. Santiago.
- D.C.G. con Conservador de Bienes Raíces de Coronel (2009): Corte de Apelaciones de Concepción, 29 de septiembre de 2009, rol n.º 214-2009, Legal Publishing CL/JUR/8377/ 2009.
- E.F.J. con M. C.V. (2012): Corte Suprema, 25 de enero de 2012, rol n.º 2.914-2011, Microjuris MJJ30944.
- G.d.B. con G.d.H. (1935): Corte Suprema, 6 de agosto de 1935, en *RDJ*, tomo 33, 2ª parte, sección 1ª. Santiago.
- G.H.J. con G.H.N. (1985): Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de mayo de 1985, en *RDJ*, tomo 82, 2.º parte, sección 1.º. Santiago.
- I.V.C. con O.M.M. (2011): Corte Suprema, 13 de junio de 2011, rol n.º 463-2010, Tirant lo Blanch LTM11.354.111.

- J.C.V.M. con I.C.R.G. (2001): Corte Suprema, 25 de enero de 2001, rol n.º 39.39-1999, Legal Publishing CL/JUR/3300/2001.
- L.A.S. con Z.N. (1911): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2 de diciembre de 1911, en *Gaceta de los Tribunales*, tomo II, sentencia n.º 1271. Santiago.
- L.V.S. con Conservador de Bienes Raíces de Santiago (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de diciembre de 2015, rol n.º 10.296-2015, Microjuris MJJ43211.
- M.C.M. con J.C.M. (2016): Corte Suprema, 31 de marzo de 2016, rol n.º 7.996-2015, Legal Publishing CL/JUR/2146/2016.
- M.M.E. con A.M.R.M. (2019a): 1º Juzgado de Letras de San Antonio, 10 de junio de 2019, rol n.º C-310-2013.
- M.M.E. con A.M.R.M. (2019b): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 24 de diciembre de 2019, rol n.º 2.342-2019.
- M.M.E. con A.M.R.M. (2022): Corte Suprema, 2 de mayo de 2022, rol n.º 2.875-2020, Legal Publishing CL/JUR/15175/2022 – Microjuris MJJ10106.
- M.S.M. con H.Z.N. (2004): Corte Suprema, 3 de agosto de 2004, Microjuris MJJ10106.
- M.S.S. con Sucesión B.T.M.L. (2009): Corte Suprema, 8 de septiembre de 2009, rol n.º 2.635-2008, Microjuris MJJ21376.
- R.d.P. con P. (1932): Corte Suprema, 30 de diciembre de 1932, en *RDJ*, tomo 30, 2.ª parte, sección 1ª. Santiago.
- S.B.A con O.L.M. (2013): Corte de Apelaciones de La Serena, 11 de junio de 2013, rol n.º 1.031-2012.
- Sucesión de L.D.B. con S.D.N. (2009): Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de abril de 2009, rol n.º 562-2007, Microjuris MJJ20254.
- U.A.R. con S.A.R. (2009): Corte de Apelaciones de Concepción, 8 de mayo de 2009, rol n.º 545-2007, Legal Publishing CL/JUR/8345/2009.
- V.C.H. con M.L.J. (2010): Corte Suprema, 31 de agosto de 2010, rol n.º 8.068-2008, Tirant lo Blanch LTM11.558.336.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

art.	artículo
arts.	artículos
CC	<i>Código Civil</i>
CCom	<i>Código de Comercio</i>
cf.	<i>confer</i> (compárese con)
D.	<i>Digesto</i>
ed.	edición <i>a veces</i> editor
eds.	editores <i>a veces</i> editoras
n.º	número
p.	página

pp. páginas
RDJ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*
v. gr. *verbi gratia*
vol. volumen