

NOTAS PARA UNA REINTERPRETACIÓN DEL
CONCEPTO DE DOMINIO COMO GARANTÍA
ATÍPICA DESDE LA CLÁUSULA DE RESERVA
DE DOMINIO

*Notes for a reinterpretation of the concept of domain
as an atypical guarantee from the domain
reservation clause¹*

Alejandra Gormaz

Licenciada en Derecho, Universidad Bernardo O'Higgins
Profesora de Derecho Civil, Universidad San Sebastián, Universidad Andrés
Bello y Universidad Finis Terrae.
agormazr@gmail.com

¹ Recibido: 02.10.2018. Observado: 29.10.2018. Aceptado: 21.11.2018

RESUMEN

El artículo ofrece una reconstrucción de la regulación de la cláusula de reserva de dominio en la tradición jurídica nacional, con la pretensión de diseñar una concepción de propiedad como una garantía atípica para el vendedor. La tesis central consiste desarrollar un concepto de propiedad como garantía desde la cláusula de reserva de dominio, superando las discusiones legales de los artículos 680 inciso segundo y 1874 del Código civil chileno que regulan la materia, a través de una reflexión filosófica-jurídica de los alcances de las garantías atípicas y los efectos de la propiedad fiduciaria.

Palabras claves: *Reserva de dominio, tradición, dominio, garantía atípica.*

ABSTRACT

The article offers a reconstruction of the regulation of the retention of the title clause in the national legal tradition, with the intention of design a conception of property as an atypical warranty for the seller. The central claim is developing a concept of property as a security from the retention of the title clause, overcoming the legal discussions of the article 680 (subsection two) and 1874 of the Chilean Civil Code, through a philosophical-juridical consideration of the scope of atypical security and the effects of fiduciary property.

Keywords: *Retention of title clause, Tradition, property, atypical security.*

1. INTRODUCCIÓN

La idea de propiedad ha sido explorada en la literatura desde diferentes perspectivas², por lo que dista mucho de haber unanimidad en sus concepciones fundamentales³. El problema inicial entonces, es determinar los postulados jurídicos esenciales que permitan construir una concepción de dominio que satisfaga los intereses individuales del dueño con los compromisos de agentes externos –de la sociedad en general– respetando el concepto originario de BELLO en el artículo 582 del Código Civil y reconociendo sus límites intrínsecos normativos, esto es, la ley y el derecho ajeno.

Frente a este contexto, la noción de propiedad genera una tensión entre un individualismo del dueño de una cosa determinada, propio de una teoría liberal en la que se gestó en la codificación⁴ –potenciada con su configuración como derecho subjetivo⁵– con aquellas intervenciones que pueden producir terceros ajenos, siguiendo de cerca la idea de un derecho privado robusto, cuya justificación debe ser interna⁶, con la tentativa pretensión de justificar esta institución desde sus rasgos más esenciales.

Para llevar a cabo esta pretensión, el objetivo central de este trabajo es ofrecer, conforme un proceso interpretativo y filosófico, una noción de propiedad a través de su función de garantía atípica a través de la cláusula de reserva de dominio, esto es, en el contexto en que el vendedor de una cosa se reserva la propiedad, habiéndose llevado a cabo la tradición, hasta el pago íntegro y oportuno del precio.

Claramente, el desafío inicial que presenta este trabajo es justificar una función de garantía de la idea de propiedad, reconociendo la calidad de *numerus clausus* que tienen los derechos reales en nuestra legislación. Por ello, aun cuando esta sea una noción no reconocida por nuestro legislador a propósito del dominio, se pretende fundamentar dogmáticamente que, a través de la cláusula de reserva de dominio, la calidad jurídica del vendedor, respecto la cosa vendida, desarrolla un desmembramiento de sus facultades que permite satisfacer la función de garantía y, con ello, comprender que dicha justificación calza en la comprensión contemporánea de la propiedad, conforme las funciones de este derecho en la literatura de WALDRON (*infra*, 2.2), ampliando la

² Premisa inicial tomada de las dificultades de definir la propiedad de Alexandra GEORGE, ver: GEORGE, 2005, p.793.

³ PEÑAILLO, 2014, p. 75.

⁴ MACPHERSON, 2005, p. 13. Para el origen histórico del individualismo de la propiedad, desde el derecho romano, se sugiere, De Martino, 2005, p. 15 y ss.

⁵ Como señala Villey, la noción de derecho subjetivo, la cual se extiende a la configuración actual del dominio como un derecho real, se nos aparece, quizá, como la más central del derecho privado codificado: VILLEY, 1976, p. 11. Esta noción de derecho subjetivo es configurada por GROCIO en su *De Jure Belli ac Pacis* (1625) y corregido en ciertos puntos por THOMASIIUS, en su *Fundamenta juris naturae* (1718). Ver, VILLEY, 1976, p. 25.

⁶ WEINRIB, 2018, p. 35.

tensión normativa ya mencionada en torno al dominio y abandonando la pretérita justificación individualista que se tiene sobre este derecho.

De esta manera, la interpretación adoptada en torno a la cláusula de reserva de dominio, a lo largo de este trabajo, permitirá dar una apertura conceptual a la noción (idea) codificadora de propiedad y repensar su concepto a través de la función de garantía que tiene el vendedor sobre la cosa vendida y reservada, entendiendo que, para ello, el vendedor, al tener una cosa sujeta a una condición ajena a él, que proviene del comprador (hasta el pago del precio), su propiedad deviene en descripciones de negocios fiduciarios, por lo que el diseño de la *fiducia cum creditore* servirá de telón de fondo justificativo para llevar a cabo el presente trabajo.

De esta manera, el artículo se expondrá en tres partes. Primero, se analizará el concepto de propiedad de la codificación y se contrastará con una visión contemporánea de este derecho real y sus funciones, a la luz de la literatura de WALDRON. Segundo, se estudiarán los alcances que tiene en nuestra literatura la cláusula de reserva de dominio, tanto en su perspectiva tradicional como el estado actual de la cuestión. Tercero, se ofrecerá una respuesta conceptual de la noción de propiedad como una garantía atípica a través de la cláusula de reserva de dominio, develando las ventajas y los desafíos, de *lege ferenda*, que presenta nuestra exposición.

2. LA PROPIEDAD EN LA TRADICIÓN JURÍDICA DE BELLO Y SUS FUNCIONES CONTEMPORÁNEAS

2.1. Panorama de la codificación

La propiedad, en tanto comprensión conceptual del derecho de dominio (artículo 582 del Código Civil) en el compromiso codificador de BELLO, se enmarca ineludiblemente en la tradición jurídica liberal, ya impregnada en el *Code français*⁷ y en sus estudios posteriores⁸, cuya concepción del dominio lo identifica como un derecho real con caracteres privados, individualistas⁹, absolutos y abstractos¹⁰.

⁷ Conocida es la influencia del iusnaturalismo racionalista de Locke en el proceso de pre-codificación francesa; consúltese para todo: BARCELÓ, 1993, p. 247 y ss. Para sus antecedentes históricos, es menester considerar el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789) que considera a la propiedad como un derecho "*inviolable y sagrado*". Este esquema fue precisamente el que se cristalizó en la redacción del artículo 544 del *Code français* al definir la propiedad de la siguiente manera: "[l]a propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, poder del que no puede hacerse un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos". Sobre las fuentes y una reinterpretación del concepto de propiedad desde las mismas fuentes, se sugiere: BRAHM, 1996, p. 7-12.

⁸ Dos relevantes estudios de la propiedad en el sistema francés del siglo XX se encuentran en CARBONNIER, 2000; MAZEAUD *et al*, 1969.

⁹ Tapia señala que el Código Civil chileno respondía, en esencia, al mismo espíritu del modelo francés: un derecho de bienes marcadamente individualista y fundado casi en forma exclusiva en la riqueza inmobiliaria (agrícola); TAPIA, 2005, p. 137-138.

¹⁰ Tarello advierte que la codificación civil napoleónica creó la figura central de una propiedad abstracta (abstraída del objeto, igual a como es idéntica la propiedad del instrumento de producción y de la manzana

Ya Portalis ponía el acento de la importancia y trascendencia de la propiedad en el proceso de codificación, al esgrimir que el derecho de dominio, “era el derecho fundamental sobre el que todas las instituciones sociales reposan (...) es como el alma universal de la legislación”¹¹, a través de un estatuto amplio, protegido en sus atributos e indiscutiblemente individualista: como un verdadero elogio al egoísmo¹².

Esta regulación de la propiedad en el Código Civil chileno, tributaria del Código Napoleónico, fue considerablemente modificada por BELLO – innovando en algunos aspectos –manteniendo, sin embargo, su raíz codificadora de corte europea continental. Desde luego, nuestro codificador civil propone un individualismo que no es radical¹³ ni estrictamente absoluto o soberano, pues el Código contiene varias disposiciones que restringen particularmente la propiedad¹⁴. Además, BELLO permite la comunidad, aun cuando manifiesta su desprecio en el Mensaje del Código, refiriéndose a ella incluso en su administración, alejándose de una pretensión meramente individualista. Finalmente, consagra una propiedad limitada en su noción normativa, al expresar que el ejercicio de sus facultades absolutas “no puede ser contra ley”¹⁵, y su frase genuina y original, “no siendo contra derecho ajeno”¹⁶.

Así, es posible argumentar que se desacraliza el modelo diseñado de la propiedad de la Revolución Francesa, y se avanza al reconocimiento del derecho de dominio limitado, con influencia tanto del interés privado como público, e incluso, a través de una constitucionalización de este derecho y su respectiva propietarización de los derechos.

No obstante a esta pretensión innovadora de BELLO, el artículo 582 del Código Civil poco escapa de la tradición liberal codificadora del siglo XIX. Por ello, la propiedad leída en el estudio del derecho contemporáneo de los bienes permite avanzar en la serie de controversias interminables¹⁷ que ofrece un modelo, naturaleza jurídica y criterios de comprensión diversos al que se gestó hace ya dos siglos.

que se come), realizando una reducción de los predicados de las normas de derecho civil. TARELLO, 2002, p. 52-53.

¹¹ FENET y EWALD, 2004, p. 263.

¹² TAPIA, 2005, p. 144.

¹³ RÍOS, 2015, p. 539.

¹⁴ Ríos señala varias disposiciones que limitan la propiedad, como las servidumbres legales de uso público (artículos 839-840); el derecho del descubridor del tesoro en suelo ajeno (artículo 626), el régimen de edificación en suelo ajeno (artículo 669), entre otras. RÍOS, 2015, p. 539.

¹⁵ Cuya línea argumentativa se puede encontrar en Bártolo, y que posteriormente, recoge el mismo Pothier, en que “el derecho de disponer libremente de una cosa, sin menoscabar, con todo el derecho de otro ni atentar contra las leyes”. Un detallado trabajo sobre ello se encuentra en la literatura de Amunátegui sobre la teoría de las inmisiones. Cfr. AMUNÁTEGUI, 2009, pp. 505-525.

¹⁶ Cfr., AMUNÁTEGUI, 2009.

¹⁷ Como advertiría Peñailillo, en que, por su naturaleza y trascendencia, la propiedad dista mucho de comprender unanimidad en sus concepciones fundamentales. Ver: PEÑAILILLO, 2014, p. 75.

2.2. La propuesta contemporánea de la noción de propiedad en Jeremy WALDRON

Frente a la visión codificadora, es menester considerar que la propiedad, en el derecho privado contemporáneo, además de constitucionalizarse¹⁸ y tener una apertura conceptual sobre la titularidad sobre cualquier derecho¹⁹, en razón de la extensión del artículo 583 del Código Civil, la función social que se ejerce implica que los rendimientos explicativos de la noción de propiedad dejen de volcarse sobre el titular, sino que se busque alguna alternativa de exclusión sobre pretensiones de agentes externos.

Para este objetivo, la literatura filosófica de WALDRON²⁰ será ilustrativa, y nos servirá de telón de fondo argumentativo para nuestra tesis central, pues nos permitirá tener una apertura conceptual de la propiedad, lejana a la idea clásica francesa, y reconociendo las diversas funciones que desarrolla este derecho real en el tráfico jurídico actual.

En esta visión contemporánea de los bienes y derechos reales, WALDRON advertiría que respecto del pensamiento filosófico del derecho de propiedad se comprenden dos clases de problemas. Los primeros, respecto a problemas analíticos, referidos al significado de conceptos como “propiedad privada”, “cosas susceptibles de dominio” y “dominio propiamente tal” (como propiedad individual). Los segundos, se refieren a problemas normativos o justificativos, que dan cuenta del sustrato básico de comprensión del significado, es decir, ¿qué justifica que una persona tenga cierto derecho o se comporte, frente a la cosa determinada, de otra forma? Por ello, para identificar problemas de justificación, es menester, como argumento de primer orden, agudizar críticamente la comprensión analítica del concepto de dominio. Así, una concepción distinta de la propiedad permitiría dar cuenta de una apertura conceptual más diversa que aquella que el artículo 582 del Código Civil le rinde al dominio.

Para superar una visión meramente analítica de la propiedad, en razón de los problemas normativos que subyacen en la noción de este derecho real, WALDRON reconoce tres tipos de sistemas de propiedad: una propiedad común, una colectiva (estatal) y una privada²². En la primera, los recursos son gestionados por reglas cuyo objetivo es ponerlos al alcance de todos los miembros de la sociedad (v.gr., un parque público). En la propiedad colectiva la situación es diversa, pues las reglas de determinación normativa están diseñadas en base del interés social (v.gr., una propiedad destinada a la cultura de la comunidad). Finalmente, la propiedad privada es una alternativa a estas nociones. En esta propiedad, la planificación y extensión del derecho está entregada al control del individuo, sin un agente estatal u oficial de la sociedad que lo limite, aun

¹⁸ Para todos, GUZMÁN, 2001, p. 36 y ss.

¹⁹ BARROS, 1997, párrafo 38.

²⁰ Para la explicación que se sigue ver WALDRON, 1996, p. 3-23. Para un estudio detallado del derecho a la propiedad privada, se sugiere el trabajo del mismo autor en su versión genuina: WALDRON, 1988, p 26 y ss.

²² WALDRON, 1996, p. 7. En el mismo sentido, WALDRON, 1988, p. 40 y ss.

cuando se reconozcan normas secundarias que permitan su desarrollo con otros propietarios (v.gr., reglas de las inmisiones).

De esta manera, el propietario está legalmente facultado para transferir, lo que WALDRON denomina, *todo el haz de derechos* que tiene sobre la cosa de que es propietario. De esta manera, la justificación de la propiedad se encuentra no tan solo en el dueño de la cosa (como agente inicial de protección), sino que también en normas secundarias²³ que establezcan un diseño orientado que permita comprender, en la propiedad privada, diversos sistemas conceptuales.

En este orden de ideas, como propone Waldron²⁴, tendríamos un concepto de propiedad en el artículo 582 del Código Civil, pero tendríamos diversas concepciones de dominio que subyacen en el reconocimiento abstracto de su regulación normativa, a través de sus diversas funciones, protecciones, marcos reguladores y esquemas normativos, lo que en definitiva, permite elaborar una noción (idea) de propiedad con pretensiones contemporáneas, abandonando la pretérita comprensión de dominio individualista y soberano.

Lo anterior se justica debidamente, pues la propiedad abandona su raíz neutral como mero derecho real (en tanto aspecto tradicional del derecho) y cede a pretensiones respecto de terceros, soslayando una identificación meramente individual tributaria de la codificación: ya puede ceder frente a los derechos de una idéntica naturaleza entre dos o más sujetos sobre una misma cosa (propiedad colectiva); como una comprensión natural de la tierra frente a un territorio colectivo (propiedad indígena); a propósito de perturbaciones de terceros que influyen en el ejercicio de actos puros o personales del propietario (propiedad en su comprensión del derecho ajeno y las inmisiones); como una restricción de la facultad de disposición de la cosa por convención (propiedad limitada convencionalmente a propósito de la cláusula de no disponer voluntariamente de la cosa) o limitada por una condición (propiedad fiduciaria) y como una garantía eficaz para el vendedor para asegurar el pago íntegro del precio del contrato (en la cláusula de reserva de dominio), cuyo estudio sirve de fundamento para nuestra tesis central de investigación.

Desde luego entonces, esta apertura conceptual de la propiedad es posible llevarla a cabo a través de una reinterpretación de la denominada cláusula de reserva de dominio, en virtud de la cual, el vendedor – luego de perfeccionado el contrato – conserva la cosa vendida hasta que el comprador le pague el precio de forma íntegra, oportuna y eficaz. Así, el cumplimiento del contrato (pago del precio) condiciona la transferencia del dominio (efectos de la tradición).

3. ALCANCES DE LA CLÁUSULA DE RESERVA DE DOMINIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

²³ Basados en los criterios justificativos de Hart; WALDRON, 1988, p. 30.

²⁴ WALDRON, 1998, p. 47.

3.1. Posturas de la literatura tradicional

La cláusula o pacto de reserva de dominio es aquella en que el tradente mantiene el dominio de la cosa tradida hasta el cumplimiento de una condición o plazo; presentando, por cierto, una función de garantía²⁵. También se ha señalado que es aquella cláusula por la cual se suspende la transferencia del dominio, con una finalidad de garantía, hasta la ejecución de la contraprestación debida²⁶.

Esta institución, llamada "*pactum reservati dominio*" por los romanos²⁸, advierten los autores tradicionales, carecería de aplicación práctica en Chile, pues precisamente es posible encontrar una evidente antinomia entre los artículos 680 y 1874 del Código Civil, cuyo sustrato normativo regula la materia. Así, el artículo 680 prescribe que: "*La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese. Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición*". En este sentido, el artículo el comento confiere plena validez a la cláusula, en tanto suspende la transferencia del dominio hasta el cumplimiento del pago del precio.

Por su parte, el artículo 1874 consagra que "*La cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo precedente; y pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho de la cosa o los derechos que hubiere constituido sobre ella en el tiempo intermedio*". De una lectura anticipada, nos permite colegir que el efecto de la cláusula nos es otro que el derecho alternativo (remedios contractuales frente al incumplimiento de una obligación esencial) de solicitar la pretensión de cumplimiento específico o la resolución del contrato, desconociéndose el efecto suspensivo que entregaría el artículo 680 del Código Civil.

De esta manera, la cláusula de reserva de dominio presenta dos ámbitos de regulaciones cuya contradicción parece ser manifiesta, pues sus efectos, alcances e interpretaciones son disimiles, regulando el mismo supuesto de hecho: la actitud que tiene el vendedor con la cosa vendida frente al comprador que no ha cumplido íntegramente su obligación esencial de pagar el dinero.

Frente a ello, la doctrina nacional casi en forma unánime ha esgrimido que, frente a esta contradicción normativa, debe prevalecer la aplicación del artículo 1874 del Código

²⁵ PEÑAILILLO, 2014, p. 229.

²⁶ CAPRILE, 2000, p. 30.

²⁸ Un fundamento de esta cláusula se puede encontrar en la Instituta de Justiniano, que advierte que "*más las cosas vendidas y entregadas no se adquieren para el comprador de otro modo, que si este hubiera pagado el precio al vendedor, o de otra manera, le hubiere satisfecho, como por ejemplo, habiéndole dado un pagador o una prenda*". Pero continúa señalando que la disposición ya deviene de las Doce Tablas o del derecho de gentes, esto es, por derecho natural, en que incluso "*el que vendió hubiere seguido la fe del comprador, se ha de decir, que la cosa se hace inmediatamente del comprador*" (Inst. 2.1.41). Lo que da cuenta del carácter meramente consensual de esta transferencia que, dependiendo de la *bona fides* del comprador, la regla se puede invertir, en el sentido de hacerse dueño el comprador de la cosa vendida, sin haber efectuado el pago del precio al vendedor.

Civil, ya sea por el principio de especialidad del artículo 13 del Código Civil (en que se debe dar preferencia en su aplicación a una materia especial –compraventa– por sobre una de general aplicación, a propósito de las modalidades a que se sujeta la tradición), o por historia fidedigna del establecimiento de las disposiciones³¹.

En efecto, frente a una cláusula de reserva de dominio, los autores tradicionales sostienen la ineficacia de la misma, sosteniendo que su alcance debe determinarse por el artículo 1874 del Código Civil, que en materia de compraventa, el vendedor solo goza de los remedios contractuales de incumplimiento del artículo 1873 y, de aceptarse validez, como señale PEÑAILILLO, esta presentaría dificultades con la incertidumbre del tráfico y la protección del vendedor³². Por lo mismo, sin recurrir a la cláusula, si el comprador no paga el precio el vendedor encontraría protección de todas maneras en el artículo 1489 (cuyos efectos se regulan en el artículo 1490 y 1491 del Código Civil).

3.2. Estado actual de la cuestión

Frente al panorama tradicional de la cláusula de reserva de dominio, de la bibliografía nacional estudiada, se evidencian dos lecturas que resaltan distintivamente y que exponen una interpretación, alcances y efectos de la cláusula de reserva de dominio diferente a los ya mencionados. En efecto, las reconstrucciones jurídicas contemporáneas que se han realizado permitirán comprender una noción de propiedad más amplia e integradora, a través de su función de garantía. Por una parte, CAPRILE³³ ha sostenido que, frente la supuesta contradicción normativa entre el artículo 680 y 1874, debe resolverse en favor del primero, de tal manera que la cláusula de reserva de dominio implica suspender la transferencia del dominio –en tanto efecto de la tradición– hasta el pago íntegro del precio. Por otra parte, ALCALDE³⁴ ha defendido que cada disposición goza de un lugar dogmático que le es propio, por lo que la literatura debe llevar a cabo un análisis hermenéutico que permita conciliar ambas normas, para con ello, extraer las consecuencias que permiten pactar con eficacia la cláusula de reserva de dominio. Así, el artículo 680 reconoce la eficacia de la cláusula como condición suspensiva añadida al título que difiere la efectiva transferencia de propiedad de la cosa vendida y entregada al comprador, mientras que el artículo 1874 del Código Civil trata de la forma en que el vendedor podrá recuperar materialmente esa cosa cuando no se ha pagado el precio en la oportunidad señalada, fallando dicha condición³⁵.

Los comentarios iniciales radican en contraargumentar los supuestos de la doctrina tradicional. En relación a historia fidedigna, consta en los diversos proyectos que antecedieron al Código, que mientras el artículo 680 fue modificado en varias

³¹ Para estos efectos, CLARO SOLAR, 1932, p. 271-275; ROSENDE, 1957, p. 76; FUEYO, 1963, p. 47-49; DIAZ, 1988, p. 204-205; ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC, 2001, p. 221; VIAL DEL RÍO, 2003, p. 71-74.

³² PEÑAILILLO, 2014, p. 230.

³³ CAPRILE, 2000, p. 29-49.

³⁴ ALCALDE, 2013, p. 259-281.; ALCALDE, 2016, p. 1195-1258.

³⁵ ALCALDE, 2016, p. 1229.

oportunidades durante el transcurso de la redacción del Código³⁶, el artículo 1874, se mantuvo sin alteraciones desde un comienzo hasta la versión final. Lo anterior, señala CAPRILE³⁷, daría cuenta de la intención del legislador de darle eficacia a la cláusula de reserva de dominio, precisamente para regir transferencias de dominio en que el título era el contrato de compraventa. No obstante, la obscuridad en torno a la armonización de estos artículos en comento, según ALCALDE³⁸, radica en la expresión “*no producirá otro efecto*”, contenida en el artículo 1874, lo que –como primera lectura– le restaría validez a la cláusula, cuestión que comentaremos en unos párrafos siguientes.

Por otra parte, en cuanto a la regla de especialidad del artículo 13 del Código Civil, el rechazo de esta lectura se da precisamente porque el artículo 680 utiliza en su redacción las expresiones vendedor y precio, nomenclatura exclusiva de la compraventa, por lo que ambas disposiciones se referirían a dicho título traslativo del dominio, elevando con ello el conflicto interpretativo. De esta manera, el principio de especialidad es insuficiente como argumento, pues el artículo 680 abiertamente se refiere a la compraventa³⁹. Sobre lo mismo, ALCALDE⁴⁰ argumenta, incluso, que el artículo 13 del Código Civil es inaplicable a la concurrencia o concurso normativo, pues las soluciones o consecuencias jurídicas que los artículos proponen no son entre sí contradictorias: por lo que el problema sería de concurrencia acumulativa, porque las dos normas se complementan en virtud de que sus consecuencias jurídicas se pueden producir conjuntamente sin limitación recíproca.

En dicho sentido, BARCIA, por ejemplo, nos informa que no hay antecedentes en la historia fidedigna de la ley que permitan sostener la posición de ALESSANDRI⁴¹, en cuanto a que el artículo 680 solo sería aplicable a cualquier título traslativo, con excepción de la compraventa; respecto de la cual sería aplicable el artículo 1874, de acuerdo a la regla de especialidad contenida en el artículo 13. Por lo demás, el artículo 1874 se refiere a los efectos generales del incumplimiento de las obligaciones, por lo cual difícilmente podría constituir una parcela al margen de los demás títulos traslativos del dominio⁴².

En consecuencia, ALCALDE⁴³ expone que ambos artículos obedecen a criterios normativos distintos, y cada disposición tiene un lugar dogmático que le es propio. Por ello, solo reconociendo esta premisa inicial, y develando que es una cuestión hermenéutica, se podrán extraer las consecuencias que permiten dar eficacia a la cláusula de reserva de dominio.

³⁶ Consúltense los detalles de la historia fidedigna de los artículos 680 inciso 2° y 1874 del Código en ALCALDE, 2013, p. 263-269.

³⁷ CAPRILE, 2000, p. 32-33.

³⁸ ALCALDE, 2013, p. 268-269.

³⁹ CAPRILE, 2000, p. 32.

⁴⁰ ALCALDE, 2016, 1229.

⁴¹ ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC, 2001, p. 221

⁴² BARCIA, 2007, p. 114.

⁴³ ALCALDE, p. 2013, p. 270.

Superando las deficiencias de la doctrina tradicional y para efectos de la reconstrucción de la cláusula de reserva de dominio, ALCALDE comienza esgrimiendo que en cuanto a los criterios analíticos de la cláusula de reserva de dominio, es posible advertir – en la doctrina comparada– una distinción entre reserva simple, prolongada y amplia⁴⁴. La reserva simple es aquella en que el vendedor conserva la propiedad de cosa vendida (manteniéndola en su poder y bajo su detentación) hasta el pago íntegro, oportuno y eficaz del precio. La reserva prolongada existe cuando el acreedor adquiere valores patrimoniales futuros que pasan a ocupar el lugar de la garantía original, constituyendo una cesión anticipada o una cláusula de aceleración (conformando modalidades de esta cláusula). La reserva ampliada se caracteriza por la permanencia del bien reservado como garantía de un crédito distinto del que originariamente aseguraba, incluidos los créditos futuros que nazcan de contratos celebrados en un momento posterior, y por ello se denomina reserva de dominio por cuenta corriente⁴⁵. En razón de los supuestos que regula el Código en los artículos 680 inciso segundo y 1874, como advierte ALCALDE, estos se refieren a la cláusula de reserva de dominio simple, por lo cual hay que ceñirse a ella⁴⁶.

Desde luego, esta aproximación meramente analítica del paradigma de la cláusula de reserva de dominio permitiría dar cuenta su eficacia normativa (en la medida que se reconozca su validez inicial) y sus condiciones de procedencia, lo que permitiría, iniciar la discusión en torno a la concepción de la propiedad a través de una función de garantía atípica.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la cláusula de reserva de dominio si bien hay cierto consenso en el carácter suspensivo, no hay acuerdo sobre si estamos frente a una condición o *sui generis* con caracteres particulares.

En cuanto condición suspensiva, VIAL analizando el inciso segundo del artículo 680, concluye que la regla allí contenida permite afirmar que el efecto de transferir el dominio que subyace a la tradición no se encuentra supeditado al pago del precio, para luego sentenciar que “cabe tener en cuenta que la reserva del dominio por parte del vendedor hasta que el comprador pague el precio constituye una condición suspensiva, pues viene a ser equivalente a que se diga que la tradición transfiere el dominio sólo si el comprador paga el precio, lo que es un hecho futuro e incierto que configura una condición suspensiva”⁴⁷.

⁴⁴ ALCALDE, 2016, p. 1198. En el mismo sentido, la distinción se puede encontrar, a propósito de la transmisión bajo condición de la literatura alemana, en ENNECCERUS, *et al*, 1953, p. 432.

⁴⁵ Para todo, consúltese ALCALDE, 2016, p. 1199-1200.

⁴⁶ ALCALDE, 2016, p. 1200. Aun cuando se comparte este criterio adoptado, no hay mayores elementos que permitan esgrimir la cláusula prolongada y ampliada en materia de derecho civil chileno, respecto a la cláusula de reserva de dominio.

⁴⁷ VIAL, 2003, p. 77.

DIEZ DUARTE, por otro lado, ha señalado de manera categórica que el artículo 680 del Código Civil se encuentra mal redactado y que en consecuencia no reflejaría fielmente lo que el legislador deseaba exponer. Ello porque “decir que la tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva no es expresión correcta en términos jurídicos (...) [s]i el dominio se transfiriera bajo condición suspensiva como lo dice el artículo 680, pasaría por la tradición a manos del adquirente, pero esto no ocurre ni puede ocurrir, porque ello no se compadece con la propia naturaleza de la condición suspensiva, que precisamente suspende la adquisición de un derecho, conforme lo establece el artículo 1479”⁴⁸. De ahí que, para DIEZ, la estipulación de una condición suspensiva daría lugar necesariamente a una condición resolutoria. Sin embargo, cabe tener presente que lo afirmado por parte de este autor descansa en una lectura del artículo 680 en la cual ambos incisos constituyen una única regla, con lo cual la entrega mencionada en el inciso segundo equivaldría a la transferencia de dominio mencionada en el inciso primero.

Finalmente, CAPRILE refiere que un sector de la doctrina francesa se inclina por considerar que la cláusula de reserva de dominio corresponde a una modalidad especial o *sui generis*, caracterizada por afectar un elemento esencial del contrato, como es el pago del precio y que importa la creación de una obligación de dar, correspondiente a la transferencia del dominio. Este último argumento –señala CAPRILE– genera resistencia en un sistema donde la venta es traslativa del dominio⁴⁹, sin embargo, el mismo autor destaca que la cláusula de reserva de dominio, cualquiera sea la naturaleza que se le atribuya, no afecta a la compraventa, sino a la tradición, por lo cual parece aceptable en nuestro sistema afirmar que estamos frente a una modalidad especial o *sui generis*⁵⁰.

De esta manera, la cláusula de reserva de dominio constituiría una modalidad que afecta a la tradición, y en especial, su efecto de transferencia de dominio, sin comunicar dichos efectos en la compraventa. Ello se explica en la conjunción binaria de transferencia del dominio en nuestro país, en que el título (compraventa) y el modo (tradición), comparten su naturaleza convencional (la primera crea derechos y obligaciones, en tanto que la segunda, extingue derechos y obligaciones), por lo que es permisible la concurrencia de un elemento accidental que altere los efectos normales de los negocios jurídicos. Desde luego, la cláusula de reserva de dominio afecta la transferencia del dominio de la cosa que se garantiza hasta el pago del precio.

Por ello, la determinación de la naturaleza jurídica de la cláusula de reserva de dominio es relevante al menos, desde tres dimensiones: (i) en relación a la retroactividad de los

⁴⁸ DIEZ, 1988, p. 240. En el mismo sentido, CLARO, 1912, p. 168 y ss.

⁴⁹ CAPRILE, 2000, p. 38.

⁵⁰ Señala CAPRILE que a propósito de los argumentos que se esgrimen en lo tocante a la calificación de condición suspensiva de la cláusula de reserva de dominio en la doctrina francesa, “ninguno de los argumentos anteriores es extrapolable al derecho chileno puesto que, como se dijo, la condición suspensiva no afecta la compraventa sino los efectos de la tradición, para lo cual el pago del precio constituye un evento extrínseco y, en seguida, puesto que en nuestro sistema jurídico la compraventa no genera un efecto real, de modo que la existencia de una obligación de dar no admite cuestionamientos”. En: CAPRILE, 2000, p. 38, nota 42.

efectos que se deducen de los actos realizados mientras el dominio permanece radicado en el vendedor; (ii) por la transferencia de los riesgos sobre la cosa y (iii) por la suerte de los frutos.

En efecto, si se considera el pacto de reserva de dominio como un plazo suspensivo los actos no tendrán efecto retroactivo, mientras que si se considera como condición habrá que distinguir de acuerdo a las posiciones doctrinarias en relación a la retroactividad de la condición suspensiva cumplida⁵¹. Por otra parte, la transferencia de los riesgos en los plazos suspensivos se sujeta a las reglas generales, mientras que en la condición suspensiva el riesgo por la pérdida total de la cosa corresponde al vendedor y las mejoras al comprador (artículo 1820). Por último, en relación a los frutos habrá que estarse a los artículos 1493 y 1078 inciso tercero, es decir, en ausencia de estipulación pertenecerían al vendedor.

Interesante, al menos, es lo prevenido por PEÑAILILLO, al considerar la cláusula como una *tradición anticipada*⁵², en que los efectos de la condición suspensiva cumplida se radicarán de pleno derecho en el comprador, al instante en que él pague el precio íntegro, completo y oportuno. Ello se explica en que la tradición no se posterga, sino que sus efectos se producirán una vez cumplida la condición. Así, CAPRILE propone que es oportuno advertir que esta última calificación “es plenamente concordante con el artículo 680 del Código, que regula la reserva de propiedad a propósito de las modalidades condicionales a que puede cometerse la tradición”⁵³

Por otra parte, la literatura ha centrado su análisis en los efectos y alcances del artículo 1874, especialmente, en su parte final, que señala “*pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho de la cosa o los derechos que hubiere constituido sobre ella en el tiempo intermedio*”.

De acuerdo a lo anterior, la utilización del vocablo “*subsistirán*” constituiría una prueba de la efectividad de la cláusula en orden a postergar el efecto natural de la tradición, la cual solo tendría efectos retroactivos una vez cumplida la condición suspensiva consistente en el pago del precio. De esta manera, el artículo 1874, según ALCALDE, impondría una distinción entre la suerte del contrato de compraventa –el cual en tanto consensual se reputa perfecto tras el acuerdo de voluntades en relación a la cosa y el precio- y la transferencia o entrega material de la cosa vendida, la cual tendría diferentes efectos en las etapas de constitución, ejercicio y garantía⁵⁴

⁵¹ “Del momento a partir del cual se entienda trasferido el dominio al comprador dependerá la suerte de los actos de disposición ejecutados por el vendedor en el tiempo intermedio. En efecto, si el vendedor que se reservó la propiedad enajena y logra efectuar la tradición de la cosa a un tercero, pese a la detentación material que de ella efectúa el comprador primitivo, deberá preferirse a aquel de los adquirentes a quien se haya efectuado primero la tradición (artículo 1817)”: CAPRILE, 2000, p. 38.

⁵² PEÑAILILLO, 2014, p.231.

⁵³ CAPRILE, 2000, p. 39. Es menester señalar que el mismo Caprile advierte que la doctrina nacional no ha cuestionado, precisamente, el carácter condicional de la cláusula, por lo que es perfectamente posible esgrimir estos argumentos y sus efectos. Ver: CAPRILE, 2000, p. 231, nota 48.

⁵⁴ ALCALDE, 2016, p. 1233.

De esta forma, en la etapa de constitución, el artículo 680 tiene por función permitir una entrega que no significa tradición de la cosa vendida, ya que la mera aplicación del pacto daría cuenta de la ausencia del elemento intencional de la cláusula subsistiendo, no obstante, la entrega material de la cosa. Ello porque, “[e]n cuanto acto material, la entrega es en sí misma neutra y no da indicios sobre la calidad en que queda quien recibe la cosa transferida”⁵⁵. El elemento intencional o volitivo, por otra parte, está contenido en el título traslativo que sirve de presupuesto a la tradición, en este caso, la compraventa. Luego, por aplicación del pacto, el comprador quedaría como mero tenedor de la cosa y como acreedor del derecho de dominio⁵⁶, aunque con cierta posición privilegiada⁵⁷. De esta manera, ALCALDE concluye que “pues si bien detenta materialmente la cosa, lo hace reconociendo dominio ajeno (artículo 714 CC). La reserva de dominio cumple en esta sede su función propia, porque disocia la entrega material de la transferencia de dominio, que se posterga hasta que se cumpla la condición, esto es, hasta que se pague el precio. De esta forma, el vendedor no sólo queda protegido por su propia posición de acreedor, sino que retiene el dominio de la cosa en garantía de su crédito”⁵⁸

La función del artículo 1874 en esta etapa sería simplemente dejar en claro que las acciones (remedios contractuales) derivadas del contrato de compraventa son perfectamente incoables, sin importar que el dominio no se haya efectivamente transferido, pues el contrato de compraventa se reputa perfecto sin que sea necesaria la entrega material de la cosa en que recae el contrato. En este sentido, la ubicación entre las obligaciones del comprador del artículo 1874 (y no formando un párrafo aparte como el pacto comisorio o el pacto de retroventa), daría cuenta para ALCALDE, que la finalidad de la norma es reafirmar el carácter consensual o solemne, mas no real, de la compraventa.

En la etapa de ejecución, el artículo 1874 no restaría todo efecto al pacto de reserva de dominio, sino solamente excluiría la acción reivindicatoria, “conduciendo por un cauce puramente obligacional la ejecución del vendedor”⁵⁹, mediante el ejercicio de la acción alternativa prevista en el artículo 1873. La exclusión de la acción reivindicatoria, además de tener una explicación histórica, observable en las anteriores redacciones del artículo 1874, resulta de toda lógica porque, como se dijo, el comprador no es poseedor de la cosa.

⁵⁵ ALCALDE, 2013, p. 272.

⁵⁶ RUZ al respecto explica: “Como en la mayoría de los negocios simples, como comprar café, el título y la tradición se verifican casi simultáneamente, el Código, entonces, lo que hace es “presumir” que la entrega es tradición. Para destruir la presunción basta que el vendedor exprese que se reservó el dominio de la cosa hasta el pago del precio. Con ello demuestra que esa entrega es simple intercambio de bienes, pero no tradición”. RUZ, 2014, p. 257.

⁵⁷ ALCALDE, 2016, p. 1239.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ ALCALDE, 2013, p. 278.

Como se puede apreciar, una de las consecuencias de la reconstrucción diseñada por ALCALDE supone que el acreedor se vería, en un primer momento, privado de la acción reivindicatoria, debiendo acudir a las acciones personales derivadas del contrato de compraventa.

En este punto, la solución señalada por VIAL es ligeramente diferente, ya que para este autor: “[I]o que debe hacer el vendedor que tiene la intención de recuperar la cosa es demandar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la obligación de pagar el precio. Declarada judicialmente la resolución de la compraventa, el vendedor puede entablar una acción personal en contra del comprador para que éste cumpla la obligación de restituir la cosa, obligación que encuentra su fuente en la ley, o bien puede entablar una acción real, la acción reivindicatoria (...). Resuelto el contrato, se entiende que la tradición que se hizo al comprador no le permitió adquirir el dominio, aunque sí pudo adquirir la posesión. Por lo tanto, se entiende que el comprador es un poseedor no dueño”⁶⁰. En otras palabras, mientras que para ALCALDE el comprador no dueño siempre sería mero tenedor, para VIAL el comprador no dueño devendría en poseedor de la cosa y en tal calidad sería sujeto activo de la acción reivindicatoria.

Esta es una diferencia fundamental con las demás posiciones que intentan conciliar las soluciones a que conduce la aplicación de la cláusula de reserva de dominio. Así, por ejemplo, CAPRILE, destaca precisamente la utilidad que prestaría la acción reivindicatoria, para recuperar la cosa de quien la detente, teniendo la virtud de que no sería necesario obtener previamente la resolución de venta para el ejercicio de la acción reivindicatoria⁶¹.

Partiendo también de la distinción entre los planos de operatividad de los artículos 1874 y 680, RUZ ofrece una interesante variante de la propuesta realizada por ALCALDE. Así, reconociendo la distinción entre los efectos de la cláusula de reserva de dominio en el título y el modo, concluye que lo relevante estaría constituido por la redacción de la cláusula, ya que dependiendo de aquello habrá comunicabilidad de los efectos desde la compraventa a la tradición.

Al efecto, continúa RUZ señalando: “Si se expresa esta condición en el título traslativo, del cual como dijimos no nacen derechos reales sino personales, el efecto no puede ser otro que el de permitir sea la resolución del contrato (título) o el cumplimiento de la obligación correlativa de pagar el precio. Pero esta condición no está referida sino a los efectos del contrato o título. Otra cosa es que en el título pactemos la condición de que

⁶⁰ VIAL, 2003, p. 81.

⁶¹ Criterio que es compartido por la *Corte de Casación francesa*, argumentando incluso que “pese a que la compraventa no esté resuelta, el vendedor que por medio de la reivindicación obtuvo la restitución de la cosa recobra el derecho de disponer de ella y extingue al mismo tiempo su crédito contra el comprador hasta concurrencia del valor de la cosa debida. Ver CAPRILE, 2000, p. 47-48. El énfasis de la jurisprudencia francesa se encuentra en CAPRILE, 2000, p. 48, cita 88 y 89.

de no pagarse el precio no se transfiere el dominio, pues aquí el título estaría entrando a regular los efectos de otra convención, los de la tradición propiamente tal”⁶².

Desde luego, la fórmula diseñada por ALCALDE, si bien se asoma como la interpretación más robusta en relación a la viabilidad de la cláusula de reserva de dominio en nuestro sistema, le resta fuerza, ya que ante el incumplimiento el acreedor no tendrá a su disposición la acción reivindicatoria, sino solamente la resolución del contrato, para lo cual, por lo demás, debería constituir previamente en mora al comprador que no ha cumplido con su obligación de pagar el precio⁶³. En dicho sentido, la propuesta de ALCALDE tendría, en la práctica, los mismos efectos deslizados por PEÑAILILLO al proponer su solución a la antinomia entre los artículos 680 y 1874: “sin recurrir a la cláusula, si el comprador no paga el precio, el vendedor encuentra protección en el artículo 1489 y respecto de terceros, se dispone de los artículos 1490 y 1491”⁶⁴.

Por otra parte, la reconstrucción de ALCALDE excluye el ejercicio de la acción reivindicatoria respecto del comprador que no pagó el precio, lo cual resulta discutible en atención que, tras la resolución de la compraventa, la situación debiera retrotraerse como si dicho contrato jamás hubiese existido, tal como afirma VIAL.

4. PROPUESTA METODOLÓGICA DEL DOMINIO COMO UNA GARANTÍA ATÍPICA

4.1 Justificaciones iniciales del dominio con función de garantía condicionada: la *fiducia* en el tráfico jurídico.

La función de garantía ha sido caracterizada por nuestra dogmática como una función más propia de los contratos. En efecto, en la doctrina nacional, LÓPEZ SANTA MARÍA considera que la cláusula de reserva de dominio se asimila, junto a la prenda, la hipoteca y la fianza, a la función de garantía que prestan los contratos. Esta función se caracteriza por fortalecer el “derecho del acreedor a obtener el pago de la obligación principal”. En relación a la cláusula de reserva de dominio este autor señala: “[M]uy interesante es la función de garantía que cumple, en la compraventa con pago del precio a plazo, *la cláusula de reserva de la propiedad* (...) Hasta hoy esta eficiente caución no se utiliza en Chile, a pesar de hallarse contemplada por el legislador en el artículo 680.2 del Código Civil. Impide su empleo eficaz el artículo 1874 del mismo Código. En el Derecho Comparado, en cambio, la cláusula de reserva de la propiedad es usual en el tráfico jurídico”⁶⁵.

En este trabajo se prefiere la vinculación entre la cláusula de reserva de dominio, en tanto un tipo particular de garantía, con el derecho de propiedad y no como una función de

⁶² RUZ, 2014, p.259.

⁶³ Consúltese en este sentido: CLARO SOLAR, 1932, p. 184 y ss.

⁶⁴ PEÑAILILLO (2014) p. 230.

⁶⁵ LÓPEZ, 2014, p. 10-11, nota 21.

los contratos. Lo anterior tiene fundamento en que el acreedor se beneficia de la protección que le concede la cláusula de reserva de dominio al permitirle mantener la propiedad de la cosa en su patrimonio, y no del contrato por el cual tal situación jurídica se produce.

En otras palabras, el contrato en el cual se estipula la cláusula de reserva de dominio es el medio por el cual se canaliza la autonomía de la voluntad destinada a crear obligaciones resguardando, a la vez, al acreedor contra los peligros de la insolvencia del deudor por la vía de diferir la transferencia de dominio que dicho acuerdo de voluntades supone.

En este orden de ideas, y nuevamente reconociéndole validez a la cláusula de reserva de dominio conforme lo señalado por la doctrina contemporánea, es posible abstraer que el vendedor, mientras no se le pague íntegramente el precio, mantiene la cosa vendida reservada en su patrimonio. De esta manera, la propiedad se encuentra sujeta a la condición de consolidarse, como propiedad plena, por la transferencia del dominio, que se encontraba suspendida por el evento del hecho futuro e incierto del pago del precio. Así, es razonable pensar que en el vendedor, en tanto condicionado y en tanto acreedor del pago del precio, se consolida una propiedad fiduciaria, cuya función de garantía es insoslayable.

Con ello, el pacto de reserva de dominio se fundaría entonces en un pacto o negocio fiduciario, por la que se entrega una cosa –para nosotros simbólicamente, pues se encuentra reservada en el patrimonio del vendedor– a fines de garantía. Como advierte PEÑAILILLO, el negocio fiduciario no constituye un negocio nuevo o particular, sino que es una característica agregada a ciertos contratos. Esta característica consiste en “producir una atribución patrimonial que excede el fin perseguido, obligándose el que la recibe a utilizarla dentro de los límites del fin y a su posterior restitución”⁶⁶.

De esta manera, y de acuerdo a los efectos del negocio fiduciario, en el pacto de reserva de dominio seguiría entonces, la hipótesis – con su debida explicación doctrinaria– de la *fiducia cum creditore*, que le permite al vendedor valerse de un medio eficaz de garantía del pago del precio.

Como señala KUNKEL, la *fiducia cum creditore* o también llamada “enajenación aseguratoria” consiste en la entrega de una cosa al acreedor, por medio de la *mancipatio* o *in iure cessio* pero con el pacto de devolución al deudor tan pronto la deuda fuera cancelada⁶⁷, la que usualmente podría llevar aparejada la cláusula de comiso (*lex commissoria*). Desde luego entonces, la *fiducia cum creditore* se extiende en la época clásica del derecho romano, y aun en la clásica, aunque inicial, como un medio de dar en garantía cosas *mancipi*.

⁶⁶ PEÑAILILLO, 2010, p. 11.

⁶⁷ KUNKEL, 1965, p. 221.

Así, la *fiducia cum creditore*, a diferencia de la *fiducia cum amico*, se contrae perfectamente en interés propio del fiduciario (acreedor) del negocio⁶⁸, cuya función no es otra que de garantía del negocio por el cual se antecede la transferencia de la propiedad.

Por ello, PEÑAILLO sostiene que en el negocio fiduciario, tal cual expuesto, y con su reconocida raíz histórica en el derecho romano, estaría compuesto de dos actos, cuyas naturalezas son independientes y que producen, respectivamente, un efecto real y un efecto obligatorio o personal. Aun cuando el negocio fiduciario no tenga una regulación expresa en el Código Civil, esta debe ser enmarcada dogmática en la teoría del doble efecto, fuertemente criticada por la literatura⁶⁹, pero que por su construcción en la literatura contemporánea, luego de su formulación del pantectismo alemán, se ha extendido doctrinariamente⁷⁰. En cuanto al primero, el fiduciario queda como propietario pleno, erga omnes, adquiriendo el dominio absoluto del objeto, ilimitado y definitivo⁷¹, con su correspondiente atribución patrimonial⁷². Por el segundo, se produce un efecto obligatorio: el fiduciario tiene para con el fiduciante la obligación de emplear el objeto conforme el fin convenido y restituir (transferir) el dominio⁷³.

El fin perseguido el negocio fiduciario cobra entonces relevancia, pues permite construir no tan solo los límites del sujeto fiduciario sino que justifica la titularidad sobre la cosa para su luego transferencia. En efecto, en la *fiducia cum creditore* el fin será la garantía del negocio, más precisamente, en la venta en garantía, cuyo fundamento descansa en la autonomía de la voluntad, cuya especialidad radica en que “los contratantes han elegido un medio (la venta) a sabiendas que sobrepasa el fin propuesto (garantía), pero lo han hecho con el solo propósito de obtener dicho fin de manera más expedita, más cómoda o con mayor seguridad”⁷⁴

De esta manera, y relacionando dogmáticamente los alcances del negocio fiduciario con la cláusula de reserva de dominio, el vendedor, fiduciario acreedor para el negocio, tendrá entonces la propiedad formal de la cosa vendida –también denominada titularidad fiduciaria– pues su transferencia se encuentra suspendida hasta el pago íntegro y oportuno del precio. Por otra parte, el comprador, entonces fiduciante deudor, tendrá la propiedad real, puesto que si no paga el precio, el vendedor mantendrá la propiedad, consolidándose, desde luego, y el contrato podrá resolverse o dejarse sin efecto.

La particularidad dogmática y la virtud de desmembramiento de titularidades, que brinda entonces la *fiducia cum creditore* en el fundamento teórico para nuestra tesis, es

⁶⁸ PEÑAILLO, 2010, p. 15, ver nota n°7.

⁶⁹ DE CASTRO, 1967, p. 431.

⁷⁰ GALICIA, 2012, p. 182.

⁷¹ PEÑAILLO, 2010, p. 18-19.

⁷² GALICIA, 2012, p. 182.

⁷³ PEÑAILLO, 2010, p. 19. En el mismo sentido, GALICIA, 2012, p. 182, que expone que el fiduciante queda con un derecho de crédito contra el fiduciario, el correspondiente a la obligación de éste utilizar la titularidad adquirida de modo que no contraiga la finalidad para la que se le ha confiado. Sobre lo mismo, en DE CASTRO, 1967, p. 381.

⁷⁴ GALICIA, 2012, p. 184.

relativamente esencial. La sutileza de su tratamiento merece entonces una calificada atención. Para ello, GALICIA argumenta que, aun cuando respecto del medio español, a pesar de un sistema cerrado de derechos reales, el principio de libertad contractual junto con las formas de adquisición del dominio, permitirían la existencia de un *numerus apertus* de negocios reales *quoad affectum*, siempre que el derecho real transmitido o constituido responda a uno de los esquemas típicos. Por lo tanto, el negocio fiduciario puede ser uno de los contratos hábiles para provocar la transferencia del derecho de propiedad⁷⁵.

En síntesis, la *fiducia cum creditore*, en cuanto a su estructura dogmática, permite al vendedor tener en propiedad (formal) la cosa vendida, cuando por transferencia *a non domino*, suspendida por el pago del precio, le concede al comprador, una calidad de propietario real, que goza de un crédito para exigir la transferencia definitiva cuando cumpla su obligación de pagar el precio. Por otra parte, el mismo vendedor goza de un crédito, garantizado por el bien vendido, para exigir el pago del precio que se encuentra insoluto.

Incluso, para nosotros, es posible comprender que el vendedor, en esta estructura dogmática, dispone de una propiedad formal sobre el bien que permite asegurar el pago, garantizar el crédito y evitar la insolvencia del deudor. A esta la denominaremos *propiedad en garantía*. Pero además, el vendedor dispone de la cosa vendida sujeta al límite resolutorio de extinguirse por el pago, la que denominaremos *propiedad condicionada*.

De esta manera, la reciprocidad del vínculo obligacional que antecede la transferencia, sumado al efecto real de la propiedad desmembrada, permite construir, dogmáticamente, una función real de la propiedad cuando se trata de la concurrencia de alguna cláusula de reserva de dominio. Así, la función de la propiedad puede entenderse, a lo menos en clave de negocios fiduciarios, a la luz de la garantía que brinda la validez de dicha cláusula, que justifica debidamente, el fin protegido constituido por la misma garantía.

4.2 Bases teóricas y metodológicas para considerar la cláusula de reserva de dominio como una garantía atípica

Como señalan SOMARRIVA, las cauciones y garantías presentan la función esencial de “suplir las insuficiencias del derecho general de los acreedores frente al patrimonio del deudor” (*derecho general de los acreedores frente al patrimonio del deudor o también llamado derecho de prenda general*). Por ello, “en términos generales, las garantías constituyen los diversos medios de que puede hacer uso el acreedor para ponerse a cubierto de la insolvencia del deudor”⁷⁶. En un sentido similar, es posible comprender la garantía como una obligación condicionada cuyo contenido fundamental es asegurar la verdad de una

⁷⁵ GALICIA, 2012, p. 184-185.

⁷⁶ SOMARRIVA, 1943, p. 8.

situación presente o la realización de un evento futuro⁷⁷. Por ello, la garantía no tan solo asegura la ejecución de una obligación, dando cuenta de un supuesto de hecho (presente o futuro), sino que también evitaría, con ello, la insolvencia (falta de posibilidad o exigibilidad de cumplimiento) del deudor.

Es claro entonces, que la cláusula de reserva de dominio, como se ha señalado, importe considerarla como una garantía real, esto es, que, en virtud de la afectación de un bien determinado, se garantiza el cumplimiento de una obligación, concediéndole un pago preferente al acreedor⁷⁸. El problema radica en que nuestro ordenamiento jurídico reconoce, como garantías típicas (*tradicionales*), la prenda y la hipoteca⁷⁹, conforme lo prescrito en el artículo 46 del Código Civil.

A pesar del límite del artículo 46 y de la conocida reserva legal en la creación de los derechos reales del artículo 577 del Código Civil⁸⁰, en lo que sigue se ofrecerán las bases teóricas y metodológicas que permitan considerar la cláusula de reserva de dominio como una garantía atípica (*no tradicional*)⁸¹, urgiendo, en la materia (y como consideración de *lege ferenda*) la necesidad de incluirla en reformas legales del Código Civil⁸².

Así, la cláusula de reserva de dominio presenta la singularidad fundamental de las garantías consistente en su (i) accesoriadad, no tan solo respecto de la tradición (constituyendo una especie de modalidad), y más precisamente respecto al efecto originario de ella, esto es, de la transferencia de dominio, sino que también, respecto de la cesión del crédito realizada por el pago insoluto, que llevará consigo la transferencia de la propiedad reservada al cesionario y la extinción del derecho personal a exigir el pago del precio, que acarreará la transferencia de la propiedad reservada al comprador⁸³.

Este carácter, permite identificar que en cuanto a su (ii) extinción, la cláusula se ajuste al carácter general de las cauciones, esto es, que se pueda extinguir por vía principal o por vía accesoria. El primer caso ocurrirá cuando se resuelva el contrato, como remedio del vendedor, u opere un modo de extinguir las obligaciones no satisfactorio para el

⁷⁷ TAPIA, 2009, p. 28.

⁷⁸ Cfr. SOMARRIVA, 1943, p. 10; MEZA, 1997, n°86.

⁷⁹ Aun cuando, SOMARRIVA advierte que también milita entre las cauciones reales la anticresis, pero su importancia y aplicación parece ser insignificante, SOMARRIVA, 1943, p. 10.

⁸⁰ PEÑAILLO, 2014, p. 33 y ss.

⁸¹ En la literatura nacional hay evidencias de aproximaciones teóricas sólidas en torno a la consideración de la cláusula de reserva de dominio como una garantía eficaz en el medio chileno, en CAPRILE, 2000, p. 40 y ss.; y como una garantía atípica, en: ALCALDE, 2016.

⁸² Un ejemplo de ello es la reforma del derecho de las garantías en Francia que, a través de la ordenanza de 23 de marzo de 2006, introdujo un nuevo libro IV en el Código Civil, llamado "*De las Garantías*", organizado en tres capítulos (disposiciones generales, garantías personales, garantías reales). En esta reforma, se incluyó la reserva de propiedad (que en el sistema francés constituye una modalidad del contrato, pues la compraventa presenta efectos traslativos de dominio) como una garantía, entre los artículos 2367 a 2373, retomando los aportes jurisprudenciales y doctrinarios en la materia. Se sugiere: RÍOS, 2006, n°26 y ss.

⁸³ Como advertiría CAPRILE, 2000, p.49.

acreedor, por ejemplo, que el vendedor remita la deuda o renuncie a su derecho. En cuanto al segundo caso, este ocurrirá cuando el comprador pague el precio del contrato que se encontraba debido, lo que significará que su derecho se consolide, dejando sin efecto la reserva, y permita la restitución íntegra de la cosa.

Además, constituye (iii) un derecho real, por lo que se concibe como una relación persona-cosa, de carácter inmediato, directo y determinado (*ius in re*), pero que se construye no como un derecho real absoluto, sino que (iv) parcial, pues es razonable que el uso y goce de la cosa vendida corresponda plenamente al comprador desde la entrega, pero el vendedor conservará la facultad de disposición como medio de resguardo del pago del precio íntegro y oportuno⁸⁴. Así, mientras conserve la propiedad el comprador, el vendedor deberá ser considerado, para todos los efectos legales, como un mero tenedor.

Se observa también que, aun cuando se piense que la cláusula produciría efectos relativos, es decir, obligatorio solo para las partes integrantes de la convención no tendría efectos expansivos, ello no es del todo correcto, pues el vendedor al conservar la disposición de la cosa vendida permitiría (v) oponer su derecho de propiedad sobre la cosa con caracteres absolutos, esto es, con efectos *erga omnes*. Esta oponibilidad de la propiedad reservada a los terceros genera resguardos a los acreedores del comprador y a los futuros adquirentes de la cosa. Incluso, se advierte la posibilidad de intentar la acción reivindicatoria respecto de terceros poseedores⁸⁵.

Con todo, si bien se reconoce la utilidad de la cláusula de reserva de dominio como una garantía, (vi) presenta una tipicidad especial, presentando incluso ventajas frente a las otras garantías tradicionales. Así, ALCALDE señala que es una garantía eficaz debido a la libertad, simplicidad y bajo coste que comporta su composición; por otra, su carácter de exclusividad (y ya no solo de mera preferencia) que proviene de la titularidad dominical que confiere tranquilidad al acreedor⁸⁶, conformando una garantía reforzada, pues no confiere un derecho de realización en valor, sino que fortalece la posición contractual del vendedor mediante la facultad de disposición que permanece en su órbita patrimonial y permite la ulterior recuperación de la cosa⁸⁷

Por ello, su versatilidad jurídica, su eficiencia económica, su utilidad en cuanto a los remedios contractuales (en especial respecto la insolvencia del comprador), y su particular composición, le concede a la cláusula de reserva de dominio una significación especial dentro del estudio de las garantías en el derecho civil, que, sin dudas, importa que sea regulada de forma expresa en el Código Civil.

⁸⁴ ALCALDE, 2016, p. 1253.

⁸⁵ Para CAPRILE no es necesario obtener previamente la resolución de la compraventa para intentar la acción reivindicatoria. Ver CAPRILE, 2000, p. 47 y ss.

⁸⁶ ALCALDE, 2016, p. 1201-1202.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 1202.

4.3 ¿Puede el dominio ser una garantía?

La discusión en torno a la naturaleza jurídica o función (*utilidad*) de la propiedad como una garantía ya ha sido discutida⁸⁸, aunque muchas veces fue soslayada, pues como se advirtió, los autores nacionales le atribuyen la función de garantía a la cláusula de reserva de dominio mas no al derecho real. De esta manera, la transferencia del dominio supeditada a la condición suspensiva de pagar el precio íntegro y oportuno caracteriza la función de aseguramiento, pero solo a la cláusula, en tanto modalidad, que se incorpora a la tradición. El tema relevante entonces es determinar si esta función puede alcanzar (o extenderse) a la propiedad como derecho real.

Aun cuando se reconozca la función de garantía que presenta la cláusula de reserva de dominio, ALCALDE advierte que “no podría formularse como un derecho real a favor del vendedor, dado que el reforzamiento de su posición crediticia no proviene de la constitución de una nueva titularidad, sino de la facultad de disposición que (con ciertas limitaciones) conserva sobre el bien vendido mientras no se pague en su integridad el precio convenido”⁸⁹.

Sin perjuicio a ello, no es posible desconocer que –a pesar de no existir una nueva titularidad (*aun cuando ello se puede discutir*)– el desmembramiento de las facultades del propietario permite identificar que en el sujeto vendedor converge la titularidad de la cosa vendida (pues el efecto traslativo de la propiedad está suspendido) y la titularidad de la cosa reservada (como aseguramiento del pago). Si bien, los contornos de ambas titularidades son difusos, importan una clara diferencia, cuya significación especial radicaría en la concepción de la propiedad, que conforme a la estructura dogmática de la *fiducia cum creditore*, se permite realizar. En la primera, el vendedor conserva la disposición que se sujeta a la condición suspensiva del pago del precio por parte del vendedor (que llamaremos *propiedad condicionada*); en cuanto a la segunda, el vendedor, si bien, conserva la facultad de disposición, dicha detentación, tiene como objetivo asegurar el cumplimiento de una obligación, garantizando el crédito, y evitando una eventual insolvencia del comprador (que llamaremos *propiedad como garantía*).

Precisamente, esta última función que genera la reserva importa considerar que la propiedad tendría, a lo menos, una función de garantía, en la medida que altera la facultad de disposición que se tiene sobre la cosa vendida respecto de pretensiones del comprador, en cuanto al crédito. Esta función, reconoce las particulares intenciones (eventuales derechos) que terceros⁹⁰ puedan tener sobre la cosa que aún no se consolida

⁸⁸Un interesante aporte se puede encontrar en TERNERA, 2009, p. 343-358. Para la literatura francesa no es una discusión contemporánea, en que la propiedad ya ha sido analizada como una garantía. Consúltese para todo, CROCQ, 1995.

⁸⁹ ALCALDE, 2016, p. 1201.

⁹⁰ Se utiliza la voz “tercero” no para significar a cualquier sujeto, sino que precisamente, y en particular, al comprador de la cosa. Si bien, es parte de la relación contractual que implicó el título traslativo de dominio, será considerado un tercero (sujeto ajeno) al derecho de propiedad que ejerce el vendedor sobre la cosa reservada. Por ello, para este estudio, este tercero importará una significación esencial en la comprensión robusta del derecho de propiedad con pretensiones ajenas al individualismo de la codificación. Por ello, los

(que la literatura alemana denomina como “*mera expectatio real o derecho real de expectatio*”⁹¹): así, el pago del precio consolidará la situación jurídica que se llevó a cabo con la tradición de la cosa, seguida del perfeccionamiento del contrato.

Por ello, esta denominada *propiedad como garantía* permitiría justificar una concepción de propiedad a través de rendimientos explicativos de intervenciones ajenas del propietario, pues el dominio no tan solo se encuentra condicionado al pago del precio (hecho que depende de un tercero ajeno), sino que constituye una eficaz garantía para el cumplimiento del crédito (garantía propiamente tal). De esta forma, la garantía propietaria que entrega la cláusula de reserva de dominio significa evidenciar los problemas normativos o de justificación que presenta el concepto de dominio. Así, la cláusula que se incorpora a la tradición es la herramienta o el mecanismo convencional que da forma (consistencia o significación) a la función de aseguramiento de la propiedad respecto de la cosa vendida para el vendedor.

Pensar entonces en una reformulación del artículo 582 del Código Civil, a través de esta función de la propiedad importaría reconocer los compromisos ajenos de un tercero (comprador a través del pago del precio) respecto de la disposición que conserva el vendedor de la cosa reservada, pues su facultad estaría condicionada⁹² al pago del precio, es decir, se partiría del reconocimiento de la función de aseguramiento que presta la cláusula de reserva. Con todo, la original frase que BELLO incorpora en el artículo conceptual de dominio, esto es, “*no siendo contra derecho ajeno*”, abre una puerta justificativa, de segundo orden, al rendimiento (e incluso desempeño argumentativo) de la función de garantía de la propiedad en el derecho contemporáneo de los bienes.

Una valiosa expresión legislativa de este desmembramiento de titularidades se puede encontrar en el artículo 130 de la ley 20.720, en que el deudor que se encuentra incurso en un procedimiento concursal de liquidación, luego de la resolución de liquidación “no perderá el dominio de sus bienes sino solo la facultad de disposición sobre ellos y sobre sus frutos”, es decir, conserva –incluso lo podemos entender como reserva– la propiedad

compromisos de esta concepción de propiedad, en el derecho contemporáneo, se pueden articular a través de rendimientos explicativos de intervenciones de terceros en la propiedad individual. Un ejemplo de esto se puede encontrar en los esfuerzos explicativos de reformular el concepto de propiedad a través de una perspectiva kantiana, a la luz de la teoría de las inmisiones, en CUBILLOS, 2017. Agradezco al autor por facilitar este texto inédito.

⁹¹ Se sugiere: ENNECCERUS, *et al.*, 1953, p. 431.

⁹² Doctrinariamente puede pensarse en que en esta materia se cae en una confusión, pues la cláusula de reserva de dominio, como se ha dicho, opera en los efectos traslativos del modo de adquirir y no en la propiedad, por lo que advertir *prima facie* que la propiedad está condicionada significaría un error. Por nuestra parte, pensamos que ello no es correcto, toda vez que esto se explica en que si bien, los efectos de la tradición se encuentran alterados por la cláusula, sus efectos propios y originarios son precisamente la transferencia del dominio, la cual está ligada precisamente a la propiedad. Así, si la transferencia del dominio está condicionada al pago del precio por parte del comprador, es porque la facultad de disposición (que se encuentra ligada al modo, tradición), no logra desmembrarse completamente del sujeto vendedor. De esta forma, es la propia propiedad la que está condicionada, pues su facultad (que le concede su esencia) está en la misma circunstancia. En otras palabras, los efectos de la cláusula de reserva de dominio alteran el efecto traslativo de la facultad de disposición, por ello, para nosotros, no se altera lo prevenido en cuanto a la condición de la reserva, que modifica el efecto de transferencia del dominio.

pero pierde precisamente la facultad que concede la esencia al mismo derecho real: la disposición. De esta manera, ¿cómo se entiende entonces que el deudor insolvente conserve la propiedad pero pierde la facultad disposición? Quizás por una extraña técnica legislativa⁹³ se permite colegir abstractamente un desmembramiento de titularidades que se tiene sobre la administración de los bienes del deudor insolvente, lo que abre una puerta de discusión en torno a la función que tiene la propiedad respecto de este deudor. De esta manera, aun cuando los intereses del legislador ha sido mantener una prolija protección de las funciones de la propiedad en todo el ordenamiento jurídico, no es clara su intención en esta materia.

Reforzando la idea anterior, la misma ley 20.720 admite una suerte de reserva de dominio de carácter legal, pues su artículo 156 “faculta al vendedor no pagado dejar sin efecto la tradición, recuperar la posesión y pedir la resolución de la compraventa”, con ello, impide perseverar en un contrato cuyo cumplimiento del pago del precio no se ha efectuado, solicitando la resolución, y recuperando la posesión de la cosa vendida.

Finalmente, estas explicaciones ya se han desempeñado en la literatura comparada, en especial énfasis en el derecho alemán. Para esta pretensión, es menester tener en cuenta que el sistema de transferencia de la propiedad en la tradición alemana se caracteriza, como expone PEÑAILILLO, “por la abstracción de los negocios jurídicos, separándose el modo del negocio causal (del título), intercalando – como un tabique – el convenio traslativo”⁹⁴. Así, el título se separa de forma abstracta del convenio traslativo, que se efectúa por la entrega (respecto los muebles) o la inscripción (respecto de inmuebles). De esta forma, lo que respecta al título (contrato), como su nulidad o incumplimiento no afectan a la traslación del derecho de dominio⁹⁵. Por ello, para la literatura alemana, el caso más frecuente de transmisión condicional es la venta con reserva de propiedad, advirtiendo (nuevamente) que la venta es incondicionada, pero la transmisión está sujeta a una condición suspensiva⁹⁶, llegando a constituirse como una verdadera *garantía hipotecaria mobiliaria*⁹⁷.

Para la literatura alemana, la cláusula de reserva de dominio se refiere al caso en que el vendedor, en una compraventa a plazo de una cosa mueble⁹⁸, conserva la propiedad de

⁹³ No se evidencian discusiones sustanciales en la historia fidedigna de su establecimiento, en torno a la función de la propiedad respecto la administración de bienes del deudor insolvente en el procedimiento de liquidación, de acuerdo al artículo 130 de la Ley 20.720.

⁹⁴ PEÑAILILLO, 2014, p. 192, nota 248.

⁹⁵ Criterio compartido por la jurisprudencia alemana. Consúltese para todos, ENNECCERUS, *et al.*, 1953, p. 17.

⁹⁶ ENNECCERUS, *et al.*, 1953, p. 432.

⁹⁷ Hay autores que advierten que, si bien se evidencia una garantía para el vendedor para el pago íntegro del precio, ello no significa que la propiedad se encuentre sujeta a una condición, pues lo único que se condiciona es la transmisión. Ver SERICK, 1990, p. 20 y ss.

⁹⁸ Para el derecho civil alemán, la cláusula de reserva de dominio solo opera en transferencias de cosas muebles, pues para los inmuebles se evidencia el límite legal del §925.2 del BGB, en que textualmente consagra que la *Auflassung* (transmisión de inmuebles) sometida a término o a condición es ineficaz. De esta forma, cualquier infracción a esta norma imperativa, acarrea la nulidad del acuerdo real de transmisión.

la cosa vendida hasta el pago íntegro por parte del comprador. De pronto, para esta tradición, esta cláusula se ha convertido en la garantía más utilizada a favor de los vendedores y suministradores⁹⁹.

De este modo, en cuanto a su naturaleza jurídica, no ha existido mayores discusiones en considerar a la cláusula de reserva de dominio según las reglas de la condición suspensiva. Ya esta tesis fue defendida por FLUME, concediéndole al comprador una expectativa real sobre la cosa vendida y que se encuentra reservada hasta el pago íntegro, oportuno y efectivo por parte de él. Así, para el derecho civil alemán, los efectos de la condición suspensiva pendiente (del pago del precio), significa para el vendedor una eficaz garantía de cumplimiento del contrato (título) y una expectativa real (*Anwartschaftsrecht*), que se consolidará únicamente con el pago íntegro del precio¹⁰⁰.

Incluso, BLOMEYER, equipara la reserva de dominio a un derecho de prenda sui generis, con carácter de comisoría, sin conceder la posesión, y que se constituye dicha tenencia en garantía del crédito pecuniario que grava la propiedad del comprador deudor. Desde luego, le concede al acreedor (vendedor) una eficaz garantía que constituye en la retención de la cosa vendida hasta el pago íntegro. Con ello, se identifica la íntima relación que se comprende en el efecto suspensivo de la transferencia y mera expectativa del comprador con la cosa, con la garantía real del vendedor.

El fundamento normativo de la cláusula de reserva de dominio en los contratos de compraventa de cosas muebles a plazos se encuentra actualmente en el §449 del BGB apartado modificado en el año 2002¹⁰¹, es que dispone que: “(1) Si el vendedor de una cosa mueble se reserva la propiedad de esta hasta el pago del precio de venta, debe tener en cuenta que, en caso de dudas, la transferencia de la propiedad queda sujeta a la condición suspensiva del pago total (íntegro) del precio de venta (retención del título/de la propiedad de la cosa); (2) A consecuencia de la reserva (retención) de la propiedad de la cosa, el vendedor solo puede exigir la resolución del contrato si el comprador retarda el pago del precio; (3) La cláusula de reserva de propiedad es nula e inválida en la medida en que la transferencia de ella está condicionada a que el comprador cumpla con los reclamos de un tercero, en particular de una compañía afiliada (empresa asociada) al vendedor”¹⁰²

⁹⁹ VELASCO, 2006, p. 118.

¹⁰⁰ Sobre esta expectativa a través de un análisis crítico de la reserva de propiedad, se sugiere: SERICK, 1990.

¹⁰¹ Antes de la reforma parcial del BGB (que entró en vigencia el 1 de enero de 2002), esta cláusula de reserva de dominio se consagraba en el §455, en que disponía expresamente que cuando el vendedor de una cosa mueble se reservó la propiedad de esta hasta el pago del precio de venta, debe considerarse, en caso de dudas, que la transferencia de propiedad queda sujeta a la condición suspensiva del pago íntegro del pago del precio de la venta y que el vendedor queda habilitado para provocar la resolución del contrato si el adquirente retarda el pago.

¹⁰² Traducción libre del alemán.

Desde luego, la virtud que presenta dicha cláusula es que otorga la posibilidad que el acreedor (vendedor que se reserva la propiedad) pueda hacer efectiva la reserva no en el momento del simple incumplimiento contractual del deudor (por el no pago del precio), sino que, una vez resuelto el contrato, siendo la novedad más relevante del apartado¹⁰³.

De esta forma, esta *garantía hipotecaria mobiliaria*, como incluso se denominó en la jurisprudencia y literatura alemana, no tan solo constituía una garantía real sin transmisión (pues el vendedor conserva la facultad de disposición hasta el cumplimiento de la condición suspensiva), sino que permite satisfacer el crédito mediante la integridad de la cosa reservada y objeto de la prestación del contrato de compraventa, teniendo la propiedad una verdadera condición especial (o calificada) sobre la cosa vendida y cuya reserva mantiene el vendedor.

Por ello, la dualidad de titularidades permite justificar, teniendo en cuenta la pretensión de un sistema de transferencia dual, la garantía del vendedor respecto la validez de la cláusula de reserva de dominio.

5. CONCLUSIONES

La cuestión hermenéutica que existe entre los artículos 680 inciso 2º y 1874 del Código Civil, siguiendo de cerca el estado actual de la literatura nacional, expuesta por CARPIRLE y ALCALDE, permiten colegir que la cláusula de reserva de dominio goza de plena validez en el contrato de compraventa, pues cada disposición presenta una función dogmática específica y que armónica y sistemáticamente deben ser comprendidas como tal.

De esta forma, la reconstrucción funcional de los alcances de cada disposición permite argumentar no tan solo el efecto suspensivo de la transferencia, con carácter accesorio del crédito que se tiene solo el pago del precio insoluto, sino que también, reforzar el carácter obligacional del contrato, entregando los remedios contractuales de tutela frente al incumplimiento por el evento del no pago. Con ello, se impide la transferencia (artículo 680 inciso 2º) y se refuerza la tutela del vendedor acreedor por el no pago del precio con los remedios de pretensión de cumplimiento específico o la resolución (artículo 1874 remitiéndose al artículo 1873), excluyendo la acción reivindicatoria para efectos de recuperar la cosa tras la insatisfacción del vendedor.

Este carácter tutelar de la cláusula de reserva de dominio permite entonces pensar una noción de propiedad –diversa a la comprensión analítica del artículo 582– a la luz de su función de garantía atípica a través de la validez de esta cláusula. Para ello, la confianza en los vínculos contractuales y el carácter fiduciario de la propiedad del vendedor permite comprender la naturaleza jurídica de la propiedad formal que tiene el sujeto

¹⁰³ VELASCO, 2006, p. 123.

vendedor y acreedor del crédito que le permite exigir el cumplimiento de la obligación del pago del precio. De esta manera, la *fiducia cum creditore* sirve de telón de fondo justificativo para comprender la noción de propiedad a la luz de su función de garantía conforme la cláusula de reserva de dominio.

En efecto, la propiedad vista desde un punto de vista de garantía le otorga al vendedor una convergencia de titularidades de diverso ámbito: por una parte, la facultad de disposición sujeta a una condición suspensiva hasta pago del precio por parte del comprador y la facultad de disposición que tiene como objetivo asegurar el cumplimiento de una obligación, garantizando el crédito y evitando la insolvencia del comprador. La primera la denominamos *propiedad condicionada (fiduciaria)* y la última, *propiedad como garantía*.

Así, este ejercicio doctrinario permite resaltar no tan solo la utilidad de la reserva de dominio frente al resto de las garantías tradicionales, sino que también, permite abrir, desde la validez de esta cláusula, un acápite justificativo de análisis del dominio con sus diversas funciones en el derecho contemporáneo de los bienes, como ya lo expuso WALDRON: en que la propiedad deja de tener una comprensión meramente analítica (o de cúmulo de atribuciones), para ser estudiada desde un punto de vista robusto con diversas funciones. En este caso, se brinda una seguridad jurídica al vendedor en razón de la confianza que le entrega la cláusula, en tanto vínculo obligacional y la transferencia de la propiedad sujeta a condición. Por ello, la propiedad (reservada) alcanzaría, a lo menos dogmática, una función de garantía.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALDE Jaime (2013), «Notas sobre la reserva de dominio», En: TURNER Susan/ VARAS Andrés (Coordinadores) *Estudios de Derecho Civil IX. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*.

ALCALDE Jaime (2016), «La eficacia de la reserva de dominio en el Derecho chileno», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, facsímil IV.

ALESSANDRI Arturo/ SOMARRIVA Manuel/ VODANOVIC Antonio (2001) *Tratado de los derechos reales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

AMUNÁTEGUI Carlos (2009), «No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, N°3.

BARCELÓ Joaquín (1993), «Acerca del fundamento del derecho de propiedad», *Estudios Públicos* N°52.

BARCIA Rodrigo (2007), *Lecciones de Derecho Civil Chileno. De los Bienes*, Tomo IV, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

BARROS, Enrique (1997), *Curso de Derecho Civil, Derechos reales*, Santiago, Universidad de Chile.

BRAHM Enrique (1996), «El concepto de propiedad en el Código Napoleónico. Una nueva interpretación de su artículo 544 en la historiografía jurídica alemana», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N°1.

CARBONNIER Jean (2000), *Droit Civil tome 3, Les biens*, 19° edición, Paris, PUF.

CAPRILE Bruno (2000), «La reserva de propiedad: ¿Garantía eficaz en el derecho chileno?», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27 N°21.

CLARO Héctor (1912), *Elementos de Derecho Civil en conformidad al programa universitario*, Tomo I, Santiago, Imprenta Cervantes.

CLARO SOLAR Luis (1932), *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Vol. VII*, Santiago, Editorial Cervantes.

CROCQ Pierre (1995), *Propriété et Garantie*, t.248, Francia, Biblioteca de Derecho Privado.

CUBILLOS Yerko (2017), «¿Cómo redefinir la noción de propiedad a partir de la teoría de las inmisiones desde un enfoque kantiano?», Conferencia presentada en Seminario universitario “*Diálogos kantianos*”, organizada por el Centro de Investigación Estudiantil de Derecho, Universidad Andrés Bello (texto inédito).

DE CASTRO, Federico (1967), *El negocio jurídico*, INEJ, Madrid (reed., facsímil de Civitas, Madrid, 1985).

DE MARTINO, Francesco (2005), *Individualismo y derecho romano privado*, trad. Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

DÍAZ Raúl (1988), *La compraventa en el Código Civil Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur.

ENNECCERUS Ludwig/ KIPP Theodor/ WOLFF Martin (1953), *Tratado de Derecho Civil*, t. III, vol. I, trad., de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Editorial Bosch.

FENET, Pierre-Antoine y EWALD, François (2004), *Naissance du Code Civil: la raison du législateur*, Paris, Flammarion.

FUEYO Fernando (1963), *Derecho Civil, Los Contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones*, Vol. II-1, Santiago, Imprenta Universo.

GALICIA, Gorka (2012), *Causa y garantía fiduciaria*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.

GEORGE, Alexandra (2005), «The difficulty of Defining ‘Property’», en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, N°4, p. 793-813.

GUZMAN, Alejandro (2001): *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso-Universidad Católica de Valparaíso.

KUNKEL, Wolfgang (1965), *Derecho Privado Romano*, trad., de L. Prieto Castro, Madrid, Editorial Labor.

LÓPEZ Jorge (2014), *Los Contratos parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

MAZEAUD Henri, MAZEAUD León y MAZEAUD Jean (1969), *Lecciones de Derecho Civil*, trad., de Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Editorial Ejea.

MACPHERSON, Crawford (2005), *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Madrid, Editorial Trotta.

PEÑAILILLO, Daniel (2010), «La confianza en Derecho Privado. La fiducia en el derecho chileno», en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, n°227-228, p. 7-59.

PEÑAILILLO Daniel (2014), *Los Bienes la propiedad y otros derechos reales*, Santiago, Editorial Jurídica.

RÍOS Sebastián (2006), «La reforma del derecho de garantías en Francia. Puesta al día necesaria y fracaso parcial de una reforma de conjunto», *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°7.

RÍOS Sebastián (2015), «Ciento cincuenta años de evolución del derecho de propiedad», en MARINI Dora/ TAPIA Mauricio (directores): *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, LexisNexis.

ROSENDE, Hugo (1957), *De los Objetos del Derecho. Bienes*, Santiago, Conosur.

RUZ Gonzalo (2014), *Explicaciones de Derecho Civil. Bienes*, Tomo III, Santiago, AbeledoPerrot.

SERICK Rolf (1990), *Garantías mobiliarias en Derecho alemán*, Madrid, Editorial Tecnos.

SOMARRIVA Manuel (1943), *Tratado de las cauciones*, Santiago, Editorial Nascimento.

TAPIA Mauricio (2009), «Noción de garantía», en: TAPIA Mauricio, et al (dirs), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al Profesor Manuel Somarriva Undurraga*, t. 1, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

TAPIA, Mauricio (2005), *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

TARELLO Giovanni (2002), *Cultura jurídica y política del derecho*, Granada, Editorial Comares.

TERNERA (2009), «La propiedad como garantía», en: TAPIA Mauricio, et al. (dirs.) *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al Profesor Manuel Somarriva Undurraga*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

VELASCO Guillermo (2006), «La reserva de dominio simple en Alemania», *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°7.

VIAL Víctor (2003), *La Tradición y la Prescripción como Modos de Adquirir el Dominio en el Código Civil Chileno*, Tercera edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

VILLEY, Michel (1976), *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso.

WALDRON Jeremy (1988), *The Right of Private Property*, Oxford, Clarendon Press.

WALDRON Jeremy (1996), «Property Law», en: PATTERSON Denis (ed.), *“A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory”*, trad., Mariano Soto Gajardo, Oxford, Blackwell.

WEINRIB, Ernest (2018), *La idea de derecho privado*, Madrid, Marcial Pons.