

## CAPÍTULO IX.

SUMARIO.—Del dominio.—MODO DE ADQUIRIRLO. (Continuación.)—B. De la tradición.

### ART. I. DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de la tradición.—1. Sentido gramatical y jurídico de la tradición.—2. Elementos de la tradición jurídica.—3. Su concepto. ¿Consiste en un hecho material? ¿Es una regla meramente positiva?—4. Importancia actual de la tradición.—5. Verdadera influencia de la institución del Registro de la Propiedad y de la ley Hipotecaria que la reglamenta, sobre esta doctrina.—6. Definición de la tradición.—7. Elementos personales de la tradición.—8. Elementos reales.—9. Elementos formales. a. Tradición real. b. Tradición fingida y sus especies (simbólica, *longa manu*, *brevi manu* y *constitutum possessorium*). c. Cuasi tradición. d. Ministerio de la ley.—10. Reglas complementarias.

§ 2.º Jurisprudencia anterior al Código civil.—11. Tradición.

### ART. II. CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º Texto.—12. Necesidad de la tradición.—13. Especies de tradición.—14. Doctrinas complementarias.

§ 2.º Jurisprudencia según el Código civil.—15. Tradición.

§ 3.º Explicación.—16. Necesidad de la tradición.—17. Especies de tradición.—18. Doctrinas complementarias.

### ART. III. RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º Criterio de transición.—19. Reglas de Derecho.

§ 2.º Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.—20. Enumeración de las aplicables á las materias de este Capítulo.

### ART. I.

#### DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

##### § 1.º

#### Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de la tradición.

1. No es la tradición, en su sentido gramatical, lo que en su sentido jurídico. En el primero, equivale á entrega, y, por tanto, constituye siempre un hecho, el acto de entregar una cosa. En el segundo, significa derivación ó transmisión de derechos reales ó sobre las cosas.

2. Son elementos de toda tradición jurídica:

1.º Preexistencia del derecho que se transmite en el patrimonio del transmitente.

2.º Justa causa ó título de la transmisión.

3.º Voluntad de transmitir y de adquirir en el transmitente y en el adquirente.

4.º Capacidad para transmitir y adquirir, según la naturaleza del título.

5.º Acto que la exteriorice material, simbólica ó legalmente.

3. De esto se deduce que puede existir entrega de cosa sin que haya verdadera tradición jurídica ó de los derechos que por ella se pretende derivar á favor del adquirente, como asimismo faltar esa entrega material, y sin embargo, producirse la tradición jurídica. Ejemplo de lo primero es el caso de entrega de una cosa á una persona por otra que carece de todo derecho para ello; pues aunque se haga por justa causa ó título, como el de venta, aunque concorra buena fe por parte del adquirente, éste habrá ganado á lo sumo su posesión civil y podrá, con el transcurso del tiempo, fundar sobre ella una prescripción; pero no habrá adquirido por aquella entrega un dominio sobre la cosa de que el mismo transmitente carecía. Por el contrario, el dueño de una finca podrá, en uso de su derecho, limitar su dominio en ella con la constitución de una servidumbre *altius non tollendi* y crear un derecho real sobre la misma á favor de la propiedad del adquirente, sin que haya mediado entrega ni acto material alguno. En el primer caso hay tradición en el sentido gramatical, pero no en el jurídico, y en el segundo, viceversa.

El dominio de una cosa, pues, no puede ser transmitido, por tradición, sino por el que es verdaderamente dueño y puede disponer libremente de ella, así como tampoco cabe constituir, por tradición, ningún derecho real sobre la misma, más que por el dueño ó propietario ó por quien de antemano tenga ese derecho de enajenar ó gravar la cosa ajena por otros motivos particulares y específicos, como sucede con el mandatario autorizado especialmente para vender, ó con el acreedor hipotecario que puede subhipotecar este derecho en garantía de un nuevo crédito; esto es, *preexistencia del derecho que se transmite en el patrimonio del transmitente*.

Es igualmente necesario, *justa causa ó título de la transmisión*, que lo es á su vez de la adquisición, ó la razón legal en virtud de la cual se adquiere, siempre que sea adecuada y bastante. Por eso no aprovecha, para adquirir el dominio de las cosas, su entrega por título insuficiente para transmitirlo: por ejemplo, la que hace el arrendador al arrendatario por título de locación.

Tanto por ser la tradición un modo de derivar derechos reales sobre las cosas por el que los tiene, quiere y puede transmitirlos, y de recibirlos por quien también puede y quiere adquirirlos, como porque el

título no es otra cosa que un acto jurídico, en el que para serlo se necesita voluntad y capacidad de los que le realizan, son indispensables factores de toda tradición jurídica la *voluntad* y *capacidad* de transmitente y adquirente. Por eso no transmiten ni adquieren, no verifican tradición, aquellos que no obran con voluntad, sino por causa de locura, de fuerza, miedo ú otras análogas ó que carecen de capacidad de obrar (1), como el menor, el cual, no obstante ser dueño, no puede por tradición transmitir su dominio.

Por último, la derivación de derechos de una persona á otra sobre una cosa, que es la *tradición*, en cuanto ella constituye el desprendimiento ó dejación de los derechos por parte del que transmite y la adquisición por la del que adquiere, ha de ser *lo más notoria posible*, manifestándose al exterior por la entrega material de la cosa objeto de aquéllos, por la de otra, por un hecho que la simbolice, ó por el ministerio de la ley cuando la naturaleza incorporea de los derechos transmitidos no consientan la representación, por actos materiales, de la tradición que de los mismos se verifique; como ocurre en las servidumbres negativas, en las hipotecas, en los juicios divisorios, y aun en las adquisiciones por causa de muerte. Esto último comprueba que muchas veces la tradición, como modo *genérico* de adquirir derechos reales, no pasa de ser una regla meramente *positiva*, mientras que otras, y casi siempre que se considera como modo *específico* de adquirir el dominio ó aun la *nuda propiedad*, la tradición ofrece un elemento *formal ó externo*, consistente, ya en la entrega ó trasfondo material de la cosa del transmitente al adquirente cuando se trata de bienes muebles, ya en la llamada *toma de posesión* respecto de los inmuebles, ya en un acto que la simbolice.

El hecho de la entrega material de una cosa, ó su representación por medios externos, es el *signo ó símbolo* de la tradición jurídica, pero no su *esencia*. De esto se deduce: que la *notoriedad* de la transmisión de derechos sobre una cosa de una persona á otra, que se consigue por el acto de la entrega de la misma, no pasa de la categoría de un fin más ó menos accidental que contribuye á evitar los fraudes, poniendo á la vez el *hecho* de la transmisión en armonía con el *derecho*, resultado de la adquisición; y que sin duda esa entrega tendrá mayor importancia cuando se trate de tradición de derechos en cosas corporales y, principalmente, muebles.

El fundamento, pues, de la tradición, como modo de adquirir el dominio ú otros derechos reales, no consiste en la *notoriedad* de las

(1) Esto es, del poder de realizar actos con eficacia jurídica; según se explica en la *Parte general*, números 9 á 12, Cap. VI, Tom. II, 2.<sup>a</sup> edic.

adquisiciones de los mismos, ni por consiguiente en ningún hecho material que es en ella mero y formal accidente de más ó menos importancia, sino en el fenómeno jurídico de transmitirse ó derivarse el dominio ú otros derechos reales de una persona á otra, por virtud de la concurrencia de las circunstancias señaladas. Es de advertir que la doctrina de tradición jurídica no es por tanto una teoría singular, caprichosa y formalista, y sí una sencilla y lógica deducción ó aplicación de aquel principio de justicia «*nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*» (1), rodeado de las especiales condiciones que exigen la transmisión de los derechos de esta clase, ó sobre las cosas.

De confundir la tradición en sentido *gramatical* con la tradición en sentido *jurídico*, ha nacido la equivocada especie de algunos escritores contemporáneos, de suponer que no representa más que la entrega material de la cosa, negándole el carácter de modo de adquirir y afirmando que sólo debe reputarse como *condición de algunos modos*, concluyendo por suponer que hoy carece de toda importancia esa teoría que es hija del formalismo romano y se halla ventajosamente sustituida con la necesidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad (2).

Repetimos que tal opinión, producto, en los unos, de exagerar la tendencia espiritualista que constituye la fisonomía del Derecho moderno, y en los otros, de no separar lo que es en sí distinto, cual es la esfera vulgar y la esfera científica, el conocimiento del hecho y el del principio, es equivocada y á ella oponemos cuanto va dicho en este artículo y nuestras reflexiones en la teoría general del *modo y título de adquirir* (3).

4. La *tradición jurídica*, en su verdadero concepto de *modo de adquirir*, que deriva derechos de una persona á otra, tiene hoy la misma necesidad é importancia que en otros tiempos y legislaciones, puesto que sin el concurso de todos los elementos que la forman—ya examinados—no se puede producir la generación del dominio y de otros derechos reales de una persona á otra; es decir, faltaría la *causa eficiente* en las adquisiciones.

5. Lo que sí ha perdido su importancia, mediante la institución

(1) Fr. 54, D. X. 17; que es la 4.<sup>a</sup> de las reglas consignadas, al tratar de la adquisición de derechos civiles en la *Parte general*, núm. 26, Cap. XIX, Tom. II, 2.<sup>a</sup> edic.

(2) Esta opinión profesan varios escritores de Filosofía del Derecho, entre otros, Bellime y Capitelli, en oposición á Rotteck que sostiene la tradición jurídica; y entre nuestros escritores de Derecho español la niega, también, verdad científica y legal el señor Falcón.

(3) *Parte especial*, Lib. I, Cap. VII de este Tom.

del Registro de la Propiedad, son los hechos ó variedad de signos exteriores por los cuales se la representaba; ó sea el servicio que la tradición jurídica prestaba á la *notoriedad* de las transmisiones de cosas y derechos reales, hoy en efecto ventajosamente servida con la inscripción en el Registro, cuya influencia, aun en este extremo de *notoriedad*—que según demostramos no afecta á la *esencia* de la tradición y si á uno de sus fines más ó menos accidentales—es hasta incompleta en cuanto solamente surte efecto respecto de tercero (1), y en lo que se refiere á la transmisión de bienes inmuebles ó derechos reales en ellos constituidos, únicos capaces de inscripción (2).

¿Cómo desconocer la virtualidad y necesidad de la tradición, cual causa eficiente del derecho del comprador respecto del vendedor de la cosa, aunque el título traslativo no se haya inscrito en el Registro? ¿Por qué medio, sino por la tradición jurídica, se deriva el dominio de una persona en otra respecto de las cosas muebles que no pueden ser inscritas? Como se ve, la institución del Registro de la Propiedad no anula ni puede suplir á la *tradición jurídica*, que subsiste hoy y subsistirá siempre en su legítimo concepto de *modo de adquirir* el dominio ú otros derechos reales.

Otra prueba *legal* de la integridad actual de la doctrina de *tradición* y de que ésta, y no la inscripción, es la *causa eficiente* del dominio y de otros derechos reales, consiste en la excepción contenida en el tercer párrafo del art. 396 de la ley Hipotecaria, que acredita la *posibilidad legal* de que el verdadero adquirente, en virtud de tradición, que no inscribió su título, pueda, justificando la adquisición, obtener la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de algún asiento contrario á aquélla; siquiera en el caso de doble venta de una misma cosa é inscrita solamente una de ellas, como en todos los demás á que se refiere el art. 38 de dicha ley, se conserve la preferencia de la regla general, que establece no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho.

6. En suma: por *tradición jurídica* entendemos, «un modo derivativo de adquirir el dominio ú otros derechos reales, por el cual, concurriendo voluntad y capacidad en el transmitente y adquirente y preexistencia de aquéllos en el patrimonio del primero, se transmiten al segundo por la mediación de un justo título».

7. *Elementos personales*.—Se refiere este epígrafe á la capacidad necesaria en las personas que realizan la *tradición*, capacidad que depende de la naturaleza del título por cuya mediación tenga lugar. Así,

(1) Arts. 23 y 25, L. Hip.

(2) Arts. 2.º y 5.º, idem.

si el título es oneroso (compra-venta, permuta), es necesaria la libre administración de bienes en el transmitente y en el adquirente (1); si es lucrativo, igual capacidad en el transmitente y sólo el consentimiento en el adquirente (2); y siempre, en ambos, el ánimo de transmitir ó de adquirir.

8. *Elementos reales*.—Las cosas que pueden ser objeto de tradición son únicamente las que están en el comercio jurídico, llamadas *res singulorum* entre los romanos, ó de *particulares*. Esta es la cualidad esencial que las da aptitud para ser materia de *tradición*, pues no bastará que se hallen en el comercio jurídico, toda vez que pueden entrar en él, como las *nullius*, á las cuales, según es visto en el Capítulo anterior, no es aplicable más modo de adquirir que la *ocupación*.

9. *Elementos formales*.—Dice relación este epígrafe á lo que comúnmente se llama *especies* de la tradición; en la cual distinguen las leyes y los escritores, la *real*, la  *fingida*, la *cuasi tradición* y el *ministerio de la ley*.

a. *Tradición real*.—Tiene lugar por la entrega ó paso de una cosa de mano á mano, si es mueble; y si fuera inmueble, por ciertos actos materiales ó posesorios realizados por el adquirente á presencia y con consentimiento del transmitente, como entrar y salir de la finca, arrancar matas ó frutos, abrir y cerrar puertas, etc., á cuyos hechos suele llamarse *toma de posesión* (3).

b. *Tradición fingida*.—Existe cuando la entrega de cosas muebles é inmuebles no es real ó material y se representa por la de otros signos ó por ciertos hechos demostrativos de ella. Son sus especies:

1.ª La tradición *simbólica*, que consiste en la entrega de signos ó cosas representativas de la que se transmite; las llaves ó título de una finca (4).

2.ª La tradición *longa manu*, que se verifica por la designación que hace una persona á otra de la cosa que se transmite, hallándose ésta á la vista (5).

3.ª La tradición *brevi manu*, que se realiza cuando el que posee la cosa por título que no es de dominio sigue poseyéndola en lo sucesivo en virtud de un título de esta clase, v. gr., el arrendatario, que compra la cosa arrendada, que en rigor debiera devolverla primero al dueño vendedor y recibirla después de éste; pero la ley supone hechas estas

(1) L. 2.ª, tit. 5.º, Part. V.

(2) L. 1.ª, tit. 4.º, Part. V.

(3) L. 1.ª, tit. 30, Part. III.

(4) LL. 7.ª y 8.ª, tit. 30, Part. III.

(5) L. 6.ª, tit. 30, Part. III.

sucesivas entregas; y, por prescindir de ellas, la tradición se llama *abreviada* (1).

4.<sup>a</sup> La tradición *constitutum possessorium* es una hipótesis contraria á la anterior, que ocurre cuando el dueño de una cosa la enajena y sigue, sin embargo, poseyéndola por otro título que el de dominio, como el de depósito, arrendamiento, prenda, etc. También en rigor serían precisas aquí dos entregas, una del dueño enajenante al adquirente, y otra posterior de éste á aquél; pero la ley evita esta duplicidad de entregas siempre que, según ha declarado el Supremo, la cosa exista en poder del enajenante al tiempo de la enajenación (2).

c. *Cuasi tradición*.—Representa la misma esencia jurídica que la tradición; pero por los prácticos y por la ley se aplica á la transmisión de las cosas incorporales ó derechos, y puede definirse, «*el ejercicio del derecho por parte del adquirente, y la aquiescencia por la del transmitente*» (3).

d. *Ministerio de la ley*.—Con estas palabras quieren los tratadistas denominar todos aquellos casos de tradición á los cuales no cabe aplicar ninguna de las especies ó formas anteriores, ya de la entrega manual, ya de la toma de posesión, ya de la mediación de signos, ya de la designación de cosas que están á la vista, ya de la conservación de la posesión de otras, cambiando el título anterior, ya del ejercicio *positivo* ó afirmativo de los derechos adquiridos por la *cuasi tradición*, afirmando que la ley, al definir ciertos derechos como reales y siendo precisa en su transmisión la intervención de este modo de adquirir, suple la falta de hechos que representen la transmisión y que la naturaleza de los derechos transmitidos no consiente, con su propio ministerio. La verdad no es ésta, sino que las especies de tradición expuestas no constituyen más que aspectos *formales* de la misma, que son indiferentes, con tal que se cumpla su esencia jurídica de derivar ó transmitir el dominio ú otros derechos reales de persona en persona, aunque esa derivación ó transmisión no vaya acompañada de *hechos ó entregas* que la representen.

10. Completan esta doctrina legal de la *tradición* cuatro importantes reglas, á saber:

1.<sup>a</sup> Que para la traslación del dominio por título de compra-venta, no basta la entrega de la cosa si no va correspondida del pago del precio, ó en su defecto, convenio especial de las partes sobre este extremo, ó prestación de fianza en garantía de aquél (4).

(1) L. 47, tit. 28, Part. III.

(2) L. 9.<sup>a</sup>, tit. 30, Part. III, y Sent. 4 Mayo 1860.

(3) L. 1.<sup>a</sup>, tit. 30, Part. III.

(4) L. 46, tit. 28, Part. III.

2.<sup>a</sup> Que según otra ley (1), otorgada donación de una cosa hasta cierto tiempo y concluído que sea éste, pasa la posesión y el dominio de la cosa donada á los herederos del donante, ó á la persona designada para este caso (2).

3.<sup>a</sup> Que para perjudicar la tradición á *tercero* es preciso que se halle inscrito el título del adquirente en el Registro de la Propiedad (3).

4.<sup>a</sup> Que, por consiguiente, en la doble enajenación de cosa inmueble se entenderá hecha la *tradición jurídica*, y ganado el dominio ú otro derecho real enajenado, en favor de aquel de los dos adquirentes que haya inscrito su título en el Registro de la Propiedad, aunque la entrega ó posesión de la cosa se hiciera al otro (4).

## § 2.º

### Jurisprudencia anterior al Código civil.

11. TRADICIÓN.—El contrato de compra-venta se perfecciona por el consentimiento de los contrayentes en la cosa y en el precio, consumándose por la mutua entrega de una y otro y pasando el dominio de aquélla al comprador aunque no satisfaga el precio si hubiese *tomado plazo para pagar ó dado fiador ó peños, ó si el vendedor se fiase en él*, según lo dispone la ley 46, tit. 28 de la Part. III (5).

Nadie puede ser compelido á la entrega de una finca de que no tiene la propiedad ni la posesión, ni á la celebración de una escritura para que no está autorizado (6).

No puede haber tradición simbólica de una cosa vendida cuando antes del contrato no existía la misma en poder del vendedor (7).

Si la certificación presentada por el demandante de haberse inscrito en el Registro de la Propiedad á nombre de un Ayuntamiento la posesión de la parcela de terreno que se litiga no es título cuya entrega equivalga á la tradición material de la cosa vendida, y además no aparece que él la hubiese recibido en tal concepto de la Corporación municipal, en cuyo poder debería encontrarse, requisitos necesarios para que pueda tener efecto la tradición simbólica que autoriza la ley 8.<sup>a</sup>, tit. 30, Part. III, al absolver de la demanda, no se infringe la expresada ley (8).

(1) 7.<sup>a</sup>, tit. 4.º, Part. V.

(2) Covarrubias contraría esta opinión, á pesar de lo terminante de la ley, y exige la realidad de la entrega por parte del donatario, ó lazo en favor de los llamados á sucederle en este dominio revocable.

(3) Arts. 23 y 25, L. Hip.

(4) Ídem id. y art. 38, causa 4.<sup>a</sup>, L. Hip.

(5) Sent. 1.º Abril 1874.

(6) Sent. 9 Noviembre 1869.

(7) Sent. 4 Mayo 1860.

(8) Sent. 20 Noviembre 1878.