

La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español

LUIS DIEZ PICAZO
Catedrático de Derecho civil

I

La tradición, dice un famosísimo pasaje de ULPIANO (1) conservado en el *Digesto justiniano*, es la enajenación de las cosas *nec mancipi*. El dominio de estas cosas, continúa diciendo el jurisconsulto citado, lo adquirimos por la tradición si en virtud de una justa causa nos han sido entregadas (2).

A lo largo de toda la historia del derecho esta última idea se ha conservado y se ha entendido siempre y continúa entendiéndose todavía hoy, por tradición aquel mecanismo jurídico por virtud del cual se produce una transmisión y consiguientemente una adquisición derivativa del dominio. En nuestro Derecho actual esta idea aflora en el artículo 609 del Código civil, según el cual, la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y se transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Aparece, pues, en este artículo la palabra "tradición", para indicar un mecanismo traslativo del dominio que es consecuencia de ciertos contratos y que se presenta de alguna manera como un fenómeno jurídico distinto de los demás modos de adquirir la propiedad que en dicho precepto aparecen tipificados como son la ocupación, la prescripción, etc. (3).

(1) Dig. 19, 5, 7.—*Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehensimus, scilicet, si ex iusta causa traditae sunt nobis.*

(2) Por lo que se refiere a las cosas *mancipi* la tradición no constituyó, como es sabido, un modo de transferir el dominio, si bien en el Derecho pretorio el adquirente por *traditio* de cosas *mancipi* tenía una situación jurídica protegida frente a terceros por la acción publiciana y frente al transmitente por la *exceptio rei venditae et traditae*, que se puede considerar *cuasi* dominical.

(3) Cfr. CASTÁN, *Derecho Civil Español común y foral*, 7.ª edic., Tomo II, Madrid, 1950, pág. 185, donde se establece la distinción de los modos originarios y derivativos, caracterizando a estos últimos como aquellos que hacen adquirir una propiedad fundada en un precedente derecho que tenía otra persona, y se menciona como ejemplo típico —y único, podríamos añadir nosotros— la tradición. Más claramente, antes GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo II, Madrid, 1875, pág. 37: "La tradición ha sido definida como modo de adquirir derivativo por el cual el señor de una cosa corporal, que tiene derecho y ánimo de enajenarla, la traslada con justa causa a otro que la recibe". También VISO, *Lecciones Elemen-*

La tradición consiste, según viene diciendo la doctrina, en un acto extraordinariamente simple y sencillo: es la entrega de la cosa transmitida hecha por el transmitente al adquirente (4). Esta operación tan sencilla se complica, sin embargo, en una cierta medida tan pronto como tratamos de observar la estructura y el funcionamiento de este mecanismo jurídico de transmisión del dominio. El mero hecho de la entrega de una cosa, es decir, el paso de la cosa de una mano a otra, no es, ni puede ser nunca por sí solo un índice inequívoco de una transmisión dominical. La *datio rei* o entrega de una cosa es, como ponen de relieve FERRINI y URSICINIO ALVAREZ (5), un hecho en sí mismo incoloro y equívoco, que puede servir para realizar múltiples fines económicos de naturaleza profundamente diversa, como son, por ejemplo, la cesión de una cosa en préstamo (mútuo o comodato), en arrendamiento, en custodia o depósito, en garantía o prenda, etc. ¿Qué es entonces lo que da color y atribuye inequívoco sentido a la entrega para convertirla en un acto traslativo del dominio? La doctrina viene contestando a esta pregunta señalando que para que exista una verdadera transmisión del dominio es necesario: Primero, que exista una concorde voluntad de las partes de transmitir y de adquirir el dominio. Segundo, que se produzca un comportamiento traslativo, una entrega de la cosa o una *datio possessionis*, como decían los clásicos (CUIACIO, DONELLO, POTHIER, etc.), una *consignatio*, como decía DE LUCA. Tercero, que exista una justa causa. Cuarto, que el tradente sea un *verus dominus* (6).

Una más exacta comprensión del fenómeno jurídico que ahora nos ocupa, exigirá, pues, examinar con la debida separación y con el debido cuidado cada uno de estos elementos.

II

El primero de ellos era, como se recordará, una concorde voluntad de las partes de transmitir y de adquirir el dominio. Es claro que el sencillo acto de entrega de una cosa sólo puede producir un efecto

tales de Derecho Civil, Tomo I, Valencia, 1879, pág. 283: "Se entiende por tradición un acto por el cual el propietario que tiene capacidad para enajenar sus bienes los traspasa a otro con intención de que adquiera su dominio en virtud de una justa causa". Cfr. igualmente SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, 1900, pág. 234: "No es la tradición, en su sentido gramatical, lo que en su sentido jurídico. En el primero equivale a entrega y, por tanto, constituye siempre un hecho, el acto de entregar una cosa. En el segundo significa derivación o transmisión de derechos reales o sobre las cosas".

(4) Cfr. DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, Tomo II, Madrid, 1941, pág. 355; ESPÍN, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, Madrid, 1959, pág. 99; ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho Civil*, II, Barcelona, 1964, pág. 100.

(5) FERRINI, *Manuale di Pandette*, 4.^a edic. por Giuseppe Grosso, Milán, 1953, pág. 303 y sigs.; ALVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa de la tradición*, Madrid, 1945.

(6) Cfr. ARU, *Traditio*, en *Nuovo Dig. ital.* XII, 2, pág. 267 y sigs.

traslativo de la propiedad cuando va acompañado de la voluntad de enajenar por parte del tradente y de la voluntad de adquirir por parte del accipiente. Esta doctrina tiene su base fundamental en una serie de textos romanos que exigen para que la tradición se produzca una concorde voluntad de transferir y de adquirir el dominio (una *voluntas transferendi et acquirendi domini*) (7).

Ahora bien, ¿cuándo puede decirse que existe una concorde voluntad de las partes de adquirir y de transmitir el dominio? En principio cabe pensar que la respuesta será clara en todos aquellos casos en que el acto de transmisión de la cosa vaya acompañado por una expresa declaración de la voluntad traslativa. Sin embargo, un supuesto semejante no será frecuente en la práctica del tráfico económico. Puede ocurrir y esto será lo más probable, que el acto de transmisión en sí mismo no vaya acompañado de una especial declaración de la voluntad traslativa y que esta voluntad traslativa tenga que inducirse de la existencia de un negocio jurídico previo del cual la transmisión sea consecuencia. Puede incluso llegar a decirse a mi juicio que, existiendo este negocio jurídico previo o antecedente, debe presumirse que la entrega se realiza con ánimo traslativo. Una presunción semejante no puede, sin embargo, ser considerada como una presunción absoluta, sino, por el contrario, como una presunción *iuris tantum*, que debe admitir prueba en contrario. Es hoy día muy frecuente en el tráfico económico que, no obstante haberse celebrado un contrato del que es consecuencia natural la transmisión del dominio y haberse producido ya la entrega de la cosa, la voluntad de las partes haya sido diferir para un momento futuro la transmisión de la propiedad. Un esquema como el mencionado se encuentra a la orden del día en las ventas a plazos de bienes muebles con cláusulas especiales de reserva de dominio a favor del vendedor hasta tanto el precio no sea íntegramente pagado. Es evidente que la expresada reserva de dominio excluye la voluntad traslativa actual en el acto de entrega de la cosa y que, por consiguiente, en tal caso hay entrega de la cosa, pero no en rigor tradición. Un problema mucho más delicado consiste en averiguar si la reserva de dominio, no declarada en forma expresa, puede ser inducida tácitamente de las circunstancias del caso, de acuerdo con los usos del tráfico. El problema es importante en las ventas de inmuebles (pisos, apartamentos, etc.) cuando se realiza también con precio aplazado y el contrato consta en un simple documento privado. Aunque no suele introducirse en ellos una expresa reserva de dominio, es claro que muchas veces la verdadera intención de las partes, de acuerdo con los usos del tráfico, ha consistido en no entender transmitido el dominio hasta que el contrato es elevado a escritura pública. También en estos

(7) JAVOLENO, en Dig. 44, 7, 55: "In omnibus rebus quae dominium transferunt concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium".

casos existiría entrega y faltaría tradición, porque la tácita reserva de dominio excluye la voluntad de transmitir y de adquirir (8).

III

He tratado de poner de relieve cómo efectivamente un mero traspaso posesorio es, en sí mismo considerado, un acto incoloro y equívoco que puede tener jurídicamente una pluralidad de significados (te doy la cosa para que la custodies, para que te sirva de garantía, para que la uses y después me la devuelvas, para que la hagas definitivamente tuya), y cómo lo que dota de significación y de sentido a la tradición como acto jurídico específico es una determinada dirección de la voluntad de las partes. Cuando esta voluntad de las partes no aparece expresamente declarada, debe ir unida a un determinado comportamiento, al que podemos llamar desde ahora comportamiento traslativo. Ahora bien, ¿cuál es este comportamiento traslativo? ¿Qué tipos de actos deben realizar las partes para que esos actos puedan ser calificados jurídicamente como tal comportamiento traslativo? Dicho de otra forma, ¿a través de qué actos se manifiesta o se declara la voluntad de adquirir y transmitir? (9).

Asistimos en este punto a un fenómeno que resulta extraordinariamente curioso. Los Derechos primitivos exigieron siempre que la voluntad traslativa se manifieste a través de una serie de actos solemnes y formales (*mancipatio*, cesión *in iure*, etc.). La tradición aparece precisamente como una vía idónea para flexibilizar estas rígidas solemnidades primitivas, atendiendo a las exigencias de rapidez y de celeridad que el tráfico económico impone sobre todo en materia de mercaderías. Sin embargo, y a pesar de que toda la evolución del fenómeno traslativo parece consistir en una progresiva espiritualización del elemento formal, subsiste la necesidad de que los actos traslativos encarnen en una conducta objetivamente identificable. De esta manera, la tradición, que originariamente es la simple entrega material de la cosa, al irse progresivamente espiritualizando, permite que el requisito del consentimiento de las partes vaya ganando terreno hasta

(8) Los casos son tres: a) expresa declaración de la voluntad traslativa; b) expresa exclusión de la voluntad traslativa (reserva de dominio); c) falta de una expresa declaración y de una expresa exclusión de la voluntad traslativa. Obviamente solo el caso sub c) plantea el problema, que es, en rigor, un problema de interpretación, que habrá de ser resuelto acudiendo a los criterios hermenéuticos generales. En línea de principio se sientan, sin embargo, estas dos ideas: (1) la voluntad traslativa puede inducirse cuando un traspaso posesorio subsigue a un negocio jurídico del que debe resultar la transmisión: (2) no obstante el traspaso posesorio, la voluntad traslativa actual puede entenderse excluida por las circunstancias del caso de acuerdo con los usos del tráfico.

(9) Lo que aquí llamo "comportamiento traslativo" cumple claramente una doble función: (1) *inter partes* *embebe* la voluntad traslativa, de la cual es además ya un acto de ejecución, (2) frente a terceros constituye lo que puede llamarse un "signo de reconocibilidad de la transmisión".

dejar reducido el acto material de entrega a un puro símbolo primero y a la nada después, hasta que termina por imponerse el principio *nudum consensus parit proprietatem*. Sin embargo, la evolución continúa y termina por exigirse, al menos respecto de aquellos bienes de gran valor, como son los inmuebles, que el *consensus* deje de ser desnudo y se vista con un documento solemne. Todo ello constituye, además, una ineludible exigencia económica. La aprehensión material o corporal de las cosas tiene un indudable sentido económico como signo de la transmisión del dominio de las cosas muebles corporales, pero es, en cambio, muy difícil y queda muy desdibujada en la transmisión del dominio de las cosas inmuebles y de las cosas incorporales. Un estudio de este ciclo exigirá hacer alguna referencia a las fuentes donde es posible encontrar toda una serie de casos en los cuales el elemento material de la tradición se va presentando cada vez más espiritualizado. La doctrina romanista suele comprender todos estos casos bajo la rúbrica *traditio ficta*, frente a los casos de aprehensión material que se llamaron de “tradición real” o efectiva.

Según RICCIBONO (10) ha puesto de relieve, la terminología ha sido en muchos casos mal aplicada. De hecho, entre los textos usualmente comprendidos en la categoría de la *traditio ficta* deben distinguirse nítidamente aquellos casos en los cuales, aunque muy espiritualizada la entrega, existe un traspaso posesorio, que deben incluirse entre los casos de *traditio* efectiva y aquellos otros donde en cambio el acto material de entrega no es que haya sido reducido a un mero símbolo, sino que en rigor no existe ya. Sólo estos últimos constituyen los casos de verdadera y propia *traditio ficta*.

Una comprensión más clara del fenómeno exige probablemente realizar una enumeración, aunque sea somera, de cada uno de los casos en cuestión (11).

1.º El primero es la *adprehensio corpore et tactu*. Representa el modo con el cual en el período más antiguo se realizaba el acto material de la *traditio*, que sin embargo, fue en el curso de los tiempos objeto de muchas atenuaciones. De algún texto de PAULO se deduce que para llevar a cabo el traspaso de la posesión de una finca, en el período más antiguo, se exigía que el adquirente pisase materialmente todas las tierras del fundo: *omnes glebas circumambulare*. En el tiempo de la jurisprudencia clásica, bastaba simplemente entrar en él con la intención de poseerlo en toda su extensión: *quamlibet partem introire*. La forma ordinaria de adquisición de los bienes muebles es la entrega material de los mismos casos o el paso de mano a mano (*contractatio*).

2.º *Traditio longa manu*. El ejemplo típico de ella nos lo ofrece un pasaje de CELSO, según el cual cuando la persona que había vendido el fundo mostraba al adquirente los confines del mismo desde lo alto

(10) RICCIBONO, *Traditio ficta*, en Zeitsch. Sav. Stift, Rom. Abt., 33, 1912, pág. 259 y 34, 1913, pág. 159.

(11) ARU, op. y loc. cit., pág. 268.

de una torre o desde cualquier otro lugar eminente, se entendía que ésta adquiriría, sin más, la posesión como si hubiera materialmente entrado en el fundo (*nonminus quam si pedem finibus intulissem*). Para los muebles la *contractactio* se sustituye por el *ponere in conspectu*.

3.º *Traditio clavium apud horrea*. Es la entrega de las llaves de un edificio, hecha en la proximidad del mismo, que se entiende como traspaso posesorio del edificio mismo.

4.º La adquisición por medio de un intermediario. En un principio venía reconocido únicamente como traspaso de la posesión cuando tenía lugar en presencia del propio adquirente en favor de quien el intermediario actuaba. En una época posterior, sin embargo, probablemente en tiempo de los Severos, el requisito de la presencia del adquirente en el acto de aprehensión de la cosa por su intermediario no se consideró ya esencial para la adquisición de la posesión, que puede realizarse aunque al adquirente se encuentre lejano.

5.º *Traditio brevi manu*. En un caso claro en que la transmisión de la propiedad se realiza sin necesidad de ningún acto exterior real o simbólico de aprehensión de la cosa. Cuando el adquirente del dominio ostentaba ya con anterioridad la posesión de la cosa en virtud de un título distinto (por ejemplo, arrendatario), la *traditio brevi manu* lo que hace es convertir la posesión en propiedad por medio de una mutación de la situación posesoria. Sin necesidad de ningún acto exterior la *causa possessionis* cesaba para dar paso a una *causa proprietatis*.

6.º *Constitutum possessorium*. Es hasta cierto punto la hipótesis inversa del anterior. En ella también la cosa se tramite sin necesidad de ningún acto exterior. El anterior propietario trasmite continúa poseyendo después de la transmisión como poseedor en nombre ajeno. Hay simplemente una mutación de la *causa possessionis* y el poseedor *pro suo* deviene poseedor *pro alieno*. El *constitutum* encontraba sobre todo su aplicación en las adquisiciones por procurador y en la reserva de usufructo. La doctrina romanística discute su claridad, pero es este un tema que en estos momentos nos está vedado.

7.º La *traditio instrumentorum*. Es un caso de tradición simbólica. La transmisión se efectúa con la entrega, no de la cosa en sí, sino de un símbolo de la misma, como son los documentos o títulos de propiedad. Como un caso particular de aplicación de la misma idea se encuentra la *proffesio censualis*. La transferencia de los documentos relativos al pago de los tributos y la declaración hecha ante la autoridad tributaria tiene valor traslativo del documento.

8.º La *suscriptio instrumenti*. La suscripción o firma del documento, incluyendo en él una cláusula especial, hace perfecta la transmisión del dominio, sobre todo en el caso de donación. Justiniano declaró que en las ventas o donaciones a favor de las iglesias, fundaciones y municipios, el solo texto confería la propiedad de las cosas corporales.

La mayor parte de estos tipos clásicos se conservan en el De-

recho moderno. En nuestro Código civil, sin embargo, aparecen muy simplificados y hasta cierto punto esquematizados. Una enumeración de los mismos podría hacerse del siguiente modo.

Hay, en primer lugar, una tradición real y efectiva que consiste en la entrega material de las cosas transmitidas. Puede ser el paso de mano a mano tratándose de cosas muebles o la aprehensión u ocupación material tratándose de inmuebles. Hay entonces lo que el Código llama una "puesta en poder y posesión". La misma naturaleza reviste la llamada "puesta a disposición" de las mercancías vendidas en la compraventa mercantil, si bien en este caso no es necesario la material aprehensión por el adquirente.

En segundo lugar aparece una tradición simbólica, que se produce cuando la transmisión del dominio no va ligada al traspaso material de la posesión de la cosa, sino a la entrega de una cosa accesoria en la cual queda simbolizada o representada la cosa principal. Hay en el Código civil dos casos muy significativos de esta tradición simbólica: Uno, que es heredero de la clásica *traditio clavium*, lo constituye lo que el Código llama "la entrega de llaves" del lugar o sitio donde se encuentran almacenados o guardados los bienes muebles que se transmiten (art. 1.463); el segundo lo constituye la entrega al adquirente de los documentos justificativos de la propiedad de la cosa (títulos de pertenencia cuando se trata de bienes incorporales) que es un caso de *traditio instrumentorum* (art. 1.464).

Con carácter general puede decirse que en todos estos casos la forma de la *traditio*, tanto real como simbólica, parece que consiste más que en el hecho estricto de la entrega de la cosa, en la creación de un signo exterior de reconocibilidad de la traslación del dominio, del cual la entrega no sería más que una especie, la más típica, si se quiere, pero desde luego no la única. Por esto, un estudio de las formas exteriores de la *traditio* hay que hacerlo integrando los artículos 1.462-1.464 con la norma contenida en el artículo 438 del Código civil. Siempre que el accipiente ha tomado posesión de la cosa con consentimiento del transmitente, la tradición se ha producido y esta toma de posesión, según el artículo 438 puede revestir tres formas distintas: la ocupación material de la cosa; el hecho de quedar esta sujeta a la acción de la voluntad; o la realización de los actos y el cumplimiento de las formalidades legales establecidas al efecto. La nota común a todos estos casos la constituye, según decíamos, la creación de este signo exterior de reconocibilidad del dominio del adquirente, pues lo que verdaderamente importa es que la posesión del adquirente, como dueño, pueda ser fácilmente reconocida como tal por los terceros ajenos a la relación jurídica existente entre el que trasmite y el que adquiere. En todos estos casos en que el signo de reconocibilidad se crea, aunque sea simbólicamente, puede hablarse de *traditio* en sentido estricto.

Existen, sin embargo, otros casos en los cuales la transmisión se produce sin verdadera entrega material de las cosas y también sin un

acto que suponga esa creación de un signo reconocible. La verdadera *traditio* queda entonces sustituida por un acto cuya naturaleza jurídica es claramente diversa. Se aproxima en estos casos nuestro Derecho positivo a los sistemas de transmisión consensual de la propiedad según el modelo franco-italiano que entre nosotros acogió el Proyecto de García Goyena de 1851, pero que en cambio rechazó, en línea de principio, la Base 20 de la Ley de 1888. Es un acto traslativo del dominio en nuestro derecho positivo, en primer lugar, el “solo acuerdo o conformidad de los contratantes”, en materia de bienes muebles (art. 1.463), donde parece que existe una evidente acogida del sistema de transmisión consensual de la propiedad. Es cierto que el artículo 1.463 condiciona el efecto traslativo del solo acuerdo a dos hipótesis: una, que la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta; y otra, que el adquirente la tenga ya en su poder por algún otro motivo; pero cierto es también que la imposibilidad del traslado puede obedecer a falta de manualidad de las cosas o simplemente a falta de conveniencia de los interesados al respecto, pues no se trata de una imposibilidad física, ni tampoco de una imposibilidad absoluta, sino de una imposibilidad “en el instante de la venta”; en el segundo caso —el comprador tiene ya la cosa en su poder— reaparece la antigua figura de la *traditio brevi manu*. Lo que importa destacar ahora es la amplitud que tiene en nuestro derecho la transmisión del dominio de las cosas muebles por el solo acuerdo o conformidad de los contrayentes. El único problema que se plantea radica en averiguar si este medio de transmisión, el solo acuerdo, es supletorio y excepcional frente a la regla general del artículo 1.462, es decir, si es menester una voluntad expresa de las partes para que su acuerdo tenga eficacia traslativa, o, si por el contrario, la eficacia traslativa se produce objetivamente cuando una voluntad en contrario no ha sido manifestada. A mi juicio es esta segunda la solución que debe mantenerse.

El segundo de los casos en que nuestro Derecho positivo atribuye virtud traslativa al acuerdo de las partes lo contiene el párrafo 2.º del artículo 1.462, caso en el cual la transmisión se produce por el otorgamiento de la escritura pública (*suscriptio*), salvo que las partes excluyan expresamente aquel efecto. Aquí en rigor, nos encontramos ante un tipo de acto traslativo que se distingue netamente de la pura *traditio*, pues la transmisión se opera sin mutación posesoria, pero que se distingue también de la verdadera transmisión consensual, pues no es en rigor el *nudus consensus* lo que trasmite, sino la forma solemne en que este consentimiento cristaliza (una escritura pública).

El tercer caso donde puede encontrarse una transmisión de la propiedad sin verdadera tradición lo constituyen las hipótesis de *constitutum possessorium* y de *traditio brevi manu*, que se pueden reconducir respectivamente a las normas del artículo 1.462 (escritura pública) y del 1.463 (sólo acuerdo), según que se trate respectivamente de bienes inmuebles o muebles. En el mismo caso se encuentra la

transmisión que de su derecho realiza un propietario no poseedor, a que se refiere LACRUZ BERDEJO (12).

El problema de las transmisiones de la propiedad aparece sumamente confuso, en nuestro Código civil, en materia de transmisiones gratuitas (13). Está claro que el legatario deviene propietario de la cosa legada sin necesidad de que se produzca el traspaso posesorio a su favor (art. 882), En cuanto a las donaciones puede sostenerse que el Código (art. 609) las considera como un modo de adquirir independiente y que con arreglo a esta idea basta la perfección del negocio de donación para que la propiedad de las cosas donadas se pueda entender transmitida del donante al donatario. Algún sector de la doctrina, sin embargo, ha entendido que no puede sin más excluirse respecto de la transmisión del dominio de las cosas donadas al requisito de la entrega y que donatario sólo se convierte en dueño de ellas cuando ha adquirido por *traditio* la posesión de las mismas. Esta exigencia, sin embargo, sólo aparece en el Código civil con claridad por lo que se refiere a la donación verbal de cosas muebles. En cambio, en la donación de bienes inmuebles el acto traslativo parece que es el otorgamiento de la escritura pública (art. 633 en relación con el 1.462), lo que está más conforme con los antecedentes históricos de la materia, con arreglo en los cuales para transmitir el dominio de las cosas donadas bastaba la suscripción (*suscriptio*) del documento.

En resumen puede sentarse una conclusión: que también esta materia de la transmisión del dominio está como tantos otros puntos del Derecho civil, tejida de lugares comunes y de residuos históricos y que, en realidad, bajo el nombre genérico de *traditio* estamos refundiendo dos tipos de fenómenos traslativos que no tienen nada o casi nada en común, como son el traspaso posesorio, que es la tradición genuina, y los simples acuerdos traslativos. El nombre de *traditio* debe reservarse para todos aquellos casos en que la transmisión del dominio se opera mediante la creación de un signo exterior de reconocibilidad, que consiste en la toma de posesión por el adquirente. En cambio, todos aquellos otros casos en los cuales la transmisión del dominio ocurre sin que sea necesario aquel traspaso de la posesión, deben ser comprendidos bajo la rúbrica de "acuerdos traslativos".

Para concretar el tema será necesario también hacer referencia, aunque sea muy brevemente, a las relaciones que existen entre tradición e inscripción (14), sobre todo para averiguar si es posible que en algunos casos la inscripción supla o sustituya a la tradición.

La doctrina clásica española entiende que la legislación registral no ha introducido modificaciones sustanciales en el clásico sistema traslativo fundado en la teoría del título y el modo. Lo que se inscribe en

(12) LACRUZ BERDEJO, *Inscripción y tradición*, en Rev. Crit. Der. Inmob., 1957, y en Estudios de Derecho Civil, Barcelona, 1958, pág. 98 y sigs.

(13) Véase: CALVO SORIANO, *Tradición y donación*, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, III, 1946, pág. 403 y sigs.

(14) Cfr. LACRUZ, op. y loc., cit., pág. 100 y sigs.

el Registro, dice ROCA SASTRE, no es el título, sino la entera traslación del dominio, es decir, el conjunto integrado por el título y el modo (15). Para que sea posible la inscripción, añade el autor citado, es necesario un acto de transferencia y para que haya transferencia es preciso que el contrato de finalidad traslativa esté complementado por la tradición, de tal manera que mientras esto no ocurra, la inscripción no podrá practicarse (16).

En cambio, otros autores se ven obligados a establecer algunas distinciones. Así, por ejemplo, CASTÁN (17) señala que con relación a terceros, la Ley Hipotecaria concede a la inscripción una preponderancia que parece absorber los efectos propios y normales de la tradición y que en el caso de doble venta de una cosa, según al párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código civil, tiene preferencia y se reputa dueño de lo comprado no aquel a cuyo favor se ha efectuado la tradición, sino a aquel otro que se adelantó a inscribir primero su título en el Registro de la Propiedad. Por su parte, SANZ FERNÁNDEZ señala que si bien en principio la inscripción no produce ningún efecto sobre la tradición, ni la excluye, ni la suple, ni la priva de sus efectos peculiares (18), sin embargo, la función estrictamente convalidante de la inscripción puede llegar a producir importantes efectos sobre la tradición. Ello significa que respecto de terceros, el titular inscrito es, desde luego, un adquirente del dominio por el mero hecho de la inscripción. Por otra parte, al establecer el artículo 38 de la Ley Hipotecaria una presunción de que el titular inscrito posee la cosa, da lugar a una presunción de tradición (19) que invierte, en definitiva, la carga de la prueba, pues será el que impugne la transmisión por falta de tradición quien deba demostrar que el demandado no obtuvo en ningún momento la posesión, ni existió ningún otro acto posterior de *traditio ficta* eficaz. A unas con-

(15) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1954, Tomo I, página 160 y sigs.

(16) Op. y loc. cit., pág. 163: "Para que sea posible la inscripción es necesario que el contrato de finalidad traslativa esté complementado por la tradición. Una vez concurren estos dos elementos se habrá producido un acto traslativo y, por tanto, mientras éste no se produzca mal podrá inscribirse".

(17) Op. y loc. cit., pág. 180 y sigs.

(18) SANZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, Tomo I, pág. 253: "La tradición y la fé pública entran en juego en momentos distintos y, por consiguiente, con un alcance muy diferente. La tradición desarrolla su eficacia en el momento del nacimiento del derecho real, y con referencia al acto transmisivo, en tanto la fe pública entra en juego dentro de los efectos de la inscripción, esto es, en momentos en que, al menos en apariencia, el derecho real ya existe y es perfecto, y si convalida el acto de disposición es en cuanto a la preexistencia del derecho en el patrimonio del disponente, es decir, sólo en un limitado aspecto, que es, por otra parte, ajeno a la necesidad de la tradición. De aquí que la fe pública sea completamente independiente de la tradición y ni la supla ni la excluya en manera alguna.

(19) SANZ, op. cit., pág. 258, donde habla precisamente de "la inscripción como forma de tradición presunta".

clusiones similares llega también LACRUZ BERDEJO partiendo de la base ya citada del artículo 1.473-2.º del Código civil (20).

IV

La necesidad de que la tradición, para producir un efecto traslativo, esté fundada en una justa causa, proviene de los textos romanos. Es muy conocido un fragmento de PAULO, con arreglo al cual "*nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit*". En el mismo sentido el párrafo de ULPIANO a que hicimos referencia al principio de estas páginas.

La tradición ha de ir, habíamos dicho, precedida o por lo menos unida con una justa causa para que llegue a tener verdadero valor traslativo. Ahora bien, ¿qué se entiende por justa causa de la tradición? Es éste quizá una de los puntos más oscuros y debatidos de toda la problemática del Derecho civil (21).

Las posiciones mantenidas por la doctrina pueden clasificarse en tres grupos distintos.

Con arreglo a una tesis que entre nosotros podría llamarse clásica, justa causa de la tradición es siempre un negocio jurídico obligatorio en ejecución del cual se realiza la transmisión de la propiedad (v. gr., una compraventa, una donación, etc.). La doctrina de la justa causa de la tradición vendría de esta manera a ligarse con la doctrina escolástica del título y del modo. A esta forma de dibujar el mecanismo de la transmisión de la propiedad se le califica entre nosotros como concepción causal de la *traditio*. Para una concepción causal, la causa de la tradición es siempre, como he dicho, aquél negocio jurídico antecedente que justifica la transmisión del dominio (la compraventa, la donación, la dación en pago, etc.). La consideración del negocio jurídico antecedente como causa produce una estrecha vinculación entre el negocio obligatorio y la tradición, de tal manera que las vicisitudes o irregularidades del negocio causal afectan directamente e inmediatamente a la tradición. La irregularidad o la ineficacia del negocio obligatorio hace ineficaz la *traditio*. Si el negocio obligatorio es nulo, dice URSICINO ALVAREZ (22), ello significa que el tradente no ha perdido la propiedad y que el adquirente no la ha recibido: por tanto, el tradente puede todavía esgrimir una acción reivindicatoria no sólo contra el accipiente, sino incluso contra todos los

(20) LACRUZ, op. y loc. cit., pág. 98 y sigs.; parece aceptar su punto de vista HERNÁNDEZ GIL, Francisco: *Introducción al Derecho Hipotecario*, Madrid, 1963, pág. 135 y sigs. Mas bibliografía en las obras citadas.

(21) Véase: SERRANO, *Iusta causa traditionis*, en Rev. Crit. Der. Inmob., 1935; ALVAREZ, Ursicino: *El problema de la causa de la tradición*, Madrid, 1945; NÚÑEZ LAGOS: *Causa de la traditio y causa de la obligatio*, en Revista Crit. Der. Inmob., 1961; MARTÍNEZ RADIO: *La tradición en la transmisión de los derechos reales*, en Rev. Der. Esp. y Americano, 1964, 6, pág. 44 y siguientes.

(22) Op. cit., pág. 12 y sigs.

terceros cuyos derechos deriven de éste. Es obvio que un sistema semejante tiene su quiebra más grave en la enorme inseguridad que introduce en el tráfico jurídico, pues la certeza de una adquisición no depende sólo de la regularidad del acto traslativo, sino también de la regularidad de toda una serie de actos anteriores en que el adquirente actual no ha sido parte y no tiene ni siquiera por qué conocer. Todo adquirente se encuentra expuesto así al riesgo de ser sometido en cualquier momento a una demanda de reivindicación.

Frente a esta concepción se alza otra, a la que puede denominarse como concepción abstracta de la *traditio* (23), que ha sido sostenida por algunos romanistas modernos al interpretar las fuentes y que ha sido adoptada por algunos ordenamientos positivos. Para la concepción abstracta, justa causa de la tradición no es el negocio obligatorio antecedente que explica y justifica la mutación dominical, es decir, la *emptio* o la *donatio*, sino que es simplemente la concorde voluntad de las partes de adquirir y de transmitir. Naturalmente que aunque la *traditio* se configure como *traditio* abstracta el negocio antecedente ha existido también. Las cosas no se transmiten porque sí. Se transmiten porque se venden, porque se regalan o porque se pagan con ellas las deudas. Lo que acontece es que entre aquel primitivo negocio obligatorio y la *traditio* se intercala el llamado negocio traslativo, que es simple expresión de la voluntad de adquirir y de transmitir, de tal manera que la eficacia de la *traditio* queda ligada al negocio traslativo del cual es ejecución, pero desligada, en cambio, del negocio obligatorio antecedente que ya no funciona como justa causa. Ello quiere decir que la *traditio* puede ser eficaz, aunque aquel primitivo negocio obligatorio no lo fuera, siempre que se haya manifestado válida y regularmente la voluntad de adquirir y transmitir.

Aunque el negocio obligatorio hubiera sido ineficaz, el tradente pierde el dominio y el accipiente lo adquiere. Como consecuencia de ello, el tradente no puede ejercitar una acción real reivindicatoria, sino solamente una acción de enriquecimiento que no es real, sino personal y que no se dirige contra cualquier tercero que tenga la cosa en su poder, sino únicamente contra aquel que se haya enriquecido.

Una postura intermedia respecto de las dos anteriores la constituye la de quienes sostienen que la justa causa de la tradición no es ni el primitivo negocio obligatorio ni el supuesto negocio traslativo consistente en la concorde voluntad de adquirir o transmitir, sino el cumplimiento de una "*obligatio dandi*". La *venditio* puede ser una causa remota de la tradición, pero no es la causa próxima de la misma. No se transmite por vender, sino por cumplir una obligación. La causa de la *traditio* se encuentra así en el cumplimiento o pago de la *obligatio dandi*. La justa causa es, de esta manera, una causa *solvendi* (24). Esta concepción pre-

(23) Sobre el tema véase el clásico trabajo de HECK: *El negocio jurídico real abstracto*, traducido ahora al castellano, en Rev. Crit. Der. Inmob., 1965, página 1443 y sigs.

(24) FERRINI, op. cit., pág. 303 y sigs.

senta una notable diferencia con las dos anteriores. La ineficacia del primitivo negocio obligatorio no hace sin más ineficaz la tradición, ni permite al tradente el ejercicio de una acción real reivindicatoria, pero tampoco puede decirse, como sostiene la tesis abstracta, que el dominio se transmite en todo caso y que al transmitente le compete únicamente una acción personal de enriquecimiento. En la postura que ahora analizamos, si el transmitente realiza la entrega *solvendi causa*, es decir, estimando que cumple un deber de pagar, aunque se produzca error sobre la existencia de la *obligatio dandi* (título putativo), el pago es justa causa. La propiedad pasa al adquirente, y el transmitente no puede reivindicar lo que ha entregado, sino solamente "*condicere*" como debido al pago; pero la acción (*condictio*) de pago de lo indebido es, en primer lugar, una acción restitutoria del objeto entregado y sólo en vía subsidiaria una acción de enriquecimiento.

¿Cuál de estos sistemas ha sido acogido por el Derecho español?

Ante todo hay que dejar sentado que el problema, en nuestro Código civil, es cualquier cosa menos claro. No se puede negar que el sistema de la transmisión causal goza del favor de una amplia tradición doctrinal, pero insisto en que en el Código el problema aparece muy impreciso. Para encuadrarlo en sus verdaderas dimensiones tenemos que partir del hecho de que el Código menciona la tradición únicamente en el artículo 609: La transmisión se produce "como consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición". Es claro que esta manera de expresarse deriva de una mentalidad causalista, puesto que la tradición se configura como "consecuencia" de un contrato antecedente. Pero el argumento está muy lejos de ser decisivo. Porque ni se dice qué contrato es —aunque el uso del plural, "ciertos contratos", parece excluir la idea de un contrato abstracto traslativo— y porque tampoco se explica, y este es el punto clave, la especie del ligamen que existe entre la tradición y el contrato del que es consecuencia.

Mucho menos decisivos todavía son los argumentos extraídos por la doctrina de los artículos 1.274-1.277, porque en ellos lo que se hace es jugar con la equivocidad de la palabra "causa" que no asume el mismo sentido ni el mismo perfil cuando se refiere al contrato (causa del contrato), que cuando se refiere a un fenómeno de conexión entre dos actos jurídicos distintos (causa de la tradición). Por la misma razón es desestimable el argumento que en pro del sistema abstracto se quiere extraer por algunos autores del artículo 1.277, pues en el artículo 1.277 la abstracción es puramente formal o "procesal", como dicen los italianos —la causa no se expresa en el contrato—, lo cual no quiere decir que una vez conocida no deba influir decisivamente en la suerte del contrato mismo.

Un argumento de algún peso que favorece la idea de que en nuestro sistema de Derecho positivo tiene vigencia una concepción causal de la tradición puede extraerse del hecho de que las normas en que se configura la entrega de la cosa (art. 1.462-1.464) se incluyen formando parte del contrato de compraventa y como consecuencia de él. Pero el argumento tampoco es decisivo, pues, en primer lugar, es dudoso que en

nuestro Derecho en la compraventa exista una verdadera obligación del vendedor de transmitir la propiedad, y en segundo lugar, aun transmitida la propiedad, sobre el vendedor pesa la obligación (deuda) de entregar materialmente la posesión de la cosa al comprador.

A mi juicio, para poder establecer si la *traditio* en el Derecho español es abstracta o causal, lo que hay que investigar es si el efecto traslativo funciona o no con independencia de la justa causa y en qué medida la irregularidad o la falta de causa repercute en la eficacia de la transmisión.

Por lo pronto, parece claro que si el vicio del negocio antecedente es una mera anulabilidad, este vicio de la justa causa no provoca la ineficacia de la transmisión. El tradente deja de ser dueño, no dispone de una acción real reivindicatoria y tiene solamente una acción de restitución (arts. 1.303-1.307). Lo mismo ocurre en todos aquellos casos en que la eficacia del negocio obligatorio antecedente desaparece en un momento posterior sobrevenido (rescisión, revocación, resolución).

GIORGIANNI (25) ha hablado por esto de una progresiva reducción del área de incidencia de la falta de causa. Al final de este proceso, dice el autor citado, la causa no se refiere ya a la efectiva "realización" del propósito de cada contratante (*causa non secuta*), sino exclusivamente a la creación del mecanismo idóneo para que aquella realización se produzca. Por otra parte, el mismo autor señala también cómo, cuando el Derecho franco-italiano, en virtud del principio de la transmisión puramente consensual, se vio forzado a hacer partícipe al acto traslativo de los vicios del contrato consensual, la doctrina tuvo que intentar reducir al mínimo las consecuencias perjudiciales que se derivan de la nulidad de la transmisión por falta de causa, tratando de volver a la construcción clásica en el Derecho común, en el cual, si bien era cierto que la simple *traditio* no bastaba para transmitir la propiedad, se consideraba comúnmente que era suficiente que la voluntad de "*transferre dominium*" se apoyase en un preexistente "*titulus adquirendi*", aunque este fuera putativo o inválido, según expresa un antiguo texto de BALDO. Se deducía de ello que la falta o el vicio de la causa atribuía al "tradens" exclusivamente una acción personal dirigida a la restitución de la cosa, esto es, una "*conditio indebiti o sine causa*".

Esta es, a nuestro juicio la solución que debe sostenerse en el Derecho español (26). La tradición no es abstracta, si con ello quiere significarse que el que transmite sin causa dispone sólo de una acción pecuniaria de enriquecimiento, pero tampoco puede decirse que sea causal en el sentido de que la falta de causa o la nulidad de la causa mantenga el dominio en el tradente y le atribuya una acción real reivindicatoria. A pesar de la falta o la nulidad de la causa, el dominio se transmite y el

(25) *Causa*, en Enciclopedia del Diritto.

(26) Cfr., sin embargo, NUÑEZ LAGOS, en op. y loc. cit., pág. 606, quien estima que la causa de la tradición es por regla general el pago de una obligación de dar, pero admite dos excepciones: los casos en que la entrega se haga causa *credendi* y causa *donandi*.

tradente dispone únicamente de una *condictio*, que es recuperatoria o restitutoria de la cosa, si ésta continúa en poder del adquirente, y que se convierte en una acción de reclamación del valor si la cosa ha pasado ya a manos de un tercero.

Ahora bien, esta consecuencia, que es clara cuando la transmisión del dominio se ha producido por genuína *traditio*, esto es, por transmisión posesoria con la consiguiente creación de lo que antes llamé un signo de reconocibilidad, debe ser matizada, en cambio, cuando lo que ha existido ha sido solamente un acuerdo traslativo. El puro acuerdo traslativo reclama un claro tratamiento rigurosamente causal, y el enajenante, que no obstante haber transmitido en virtud del acuerdo conserva todavía la cosa en su poder, debe estar legitimado para oponer nulidad del negocio causal, tanto por vía de acción como por vía de excepción, incluso frente a los posibles terceros que ejerciten alguna pretensión sobre la cosa.

V

Todo el análisis que hasta aquí hemos tratado de realizar nos permite ahora tratar de establecer algunas conclusiones en torno a la naturaleza jurídica de la tradición. Entre los romanistas y entre los pandectistas ha gozado durante mucho tiempo de favor la doctrina que ve en la tradición un contrato. Esta doctrina tiene su fundamento en una serie de textos que exigen para que la tradición se produzca una concorde voluntad de las partes de transmitir y de adquirir el dominio. Siempre que exista un concurso de voluntades —se razonará— existe un contrato. El llamado “contrato de tradición” posee, sin embargo, algún rasgo especial, que le separa del cuadro normal de los contratos obligatorios, y se le calificará por ello como “un contrato real”. La idea de contrato real se sobrepone a la de contrato obligatorio. Estos últimos constituyen relaciones obligatorias; aquéllos, en cambio, producen inmediatamente una mutación jurídica real.

Al analizar la figura del contrato real de transmisión de la propiedad, los autores que admiten esta figura suelen señalar que se trata de un contrato formal. Para la perfección del contrato, es decir, para que éste produzca sus efectos es preciso llenar una forma determinada, que será, según el pensamiento común, el paso de la posesión, sin el cual el consentimiento de las partes quedaría ineficaz. Así, EXNER, en su clásica monografía sobre la tradición, dice precisamente que el tradere es la forma del contrato real, de tal manera que es al contrato mediante esta forma concluido a lo que llamamos tradición (27), y WINDSCHEID afirma que “el contrato de transmisión de la propiedad

(27) “Ist das tradere Form eines dinglichen Vertrag”, EXNER: *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach oesterreichischem und gemeinem Recht*, Viena, 1867.

debe tener una cierta forma, y esta forma es la tradición de la cosa" (28).

La teoría de la naturaleza contractual de la *traditio* ha sido objeto de críticas muy duras. BONFANTE niega que la tradición sea una simple forma (29). Y PEROZZI, en un amplio estudio (*Della tradizione, suo concetto e sua natura giuridica*), publicado en 1886 en los Anali dell'Università di Perugia (30), acumula una serie de pruebas extraídas de los textos clásicos para demostrar que la idea de "tradición-forma" es extraña al pensamiento de los juristas clásicos. Por su parte, FUNAIOLI observa que la tradición nace como institución del *ius gentium* y, por ello, en una calculada oposición a los vínculos formalistas del *ius civile*. Por otra parte, tampoco hay en la *traditio* una declaración de voluntad en sentido técnico (31). "La tradición —declara BONFANTE— no es una manifestación formal de la voluntad de transmitir el dominio, sino la material realización del acto de traspaso de la posesión, a la cual el derecho en determinadas circunstancias da el valor de acto de transmisión de la propiedad" (32).

Apartándose de la teoría de la tradición como contrato, algunos autores han buscado nuevos caminos.

La tradición se configura como un negocio jurídico, pero como un negocio unilateral, fundado exclusivamente sobre la voluntad del tradente. Como causa de la transferencia de la propiedad, la voluntad del accipiente sería, para la doctrina que ahora examinamos, completamente indiferente. SCHLOSSMANN y SCHEURL consideran que en las fuentes romanas el valor traslativo del dominio de la tradición se apoya y se basa exclusivamente en la voluntad del tradens (33), y SILVIO PEROZZI, en el estudio citado, llega a esta misma conclusión: "el derecho de propiedad —dice PEROZZI— pasa por tradición cuando el propietario de una cosa, por un motivo determinado, que no consiste en un acto prohibido por la ley, manifiesta su voluntad de transferir la propiedad a otra persona y ésta, mientras existe tal voluntad, o bien posee *animo domini* la cosa o bien toma posesión *animo domini*. Ordinariamente, añade, es el propietario mismo quien, abandonando la posesión de la cosa, facilita con ello la adquisición del accipiente, y es de este acto, el más frecuente y originariamente acaso el único, de donde la institución toma su nombre" (34).

BREMER, partiendo de un punto de vista acaso no sustancialmente

(28) WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, trad. it., por FADDA-BENSA, vol. I. 2.º, pág. 135 y sigs.

(29) BONFANTE: *Corso di Diritto Romano*, vol. II, La Proprietá, Roma, 1928, página 178 y sigs.

(30) Reimpreso en *Scritti Giuridici* (1948), vol. I, pág. 1 y sigs.

(31) FUNAIOLI: *La tradizione*, Padova, 1942.

(32) BONFANTE, op. y loc. cit., pág. 179 y sigs.

(33) SCHEURL: *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, Erlangen, 1863; SCHLOSSMANN: *Der Vertrag*, pág. 94. La cita es de DERNBURG. *Pandekten*, II, 213, pág. 162.

(34) PEROZZI, op. y loc. cit., pág. 48 y sigs.

diverso del de PEROZZI, llega a la conclusión de que en la tradición no hay un contrato, sino dos negocios jurídicos unilaterales diversos, cada uno completamente independiente, con un propio *corpus* (aprehensión o dación de la cosa) y con un propio *animus* (voluntad de tomar o de dejar) (35). En algún sentido esta es también la opinión de GORLA que encuentra la existencia de dos voluntades, en lugar de una sola, pero no la de un consentimiento contractual (36).

La doctrina más reciente ha criticado la naturaleza negocial de la *traditio*. En realidad, se dirá, el que haya en la tradición un elemento volitivo no significa que sea un negocio jurídico. No siempre que hay voluntad hay negocio jurídico. Se juega aquí con la incertidumbre del concepto mismo de negocio, pero es evidente que no hay aquí un negocio jurídico. Ahora bien, si el acto traslativo no es un negocio jurídico, ¿cómo viene dada su naturaleza?

Se acude entonces a las clasificaciones usuales de los actos no negociales y, en particular, en la clasificación de ENNECERUS, a los llamados "actos jurídicos en sentido estricto" y a los llamados "actos reales". Un acto jurídico en sentido estricto o un acto semejante al negocio es una declaración de voluntad dirigida a obtener más que un resultado jurídico un resultado empírico al cual la ley liga unos efectos jurídicos independientes de la voluntad. Los actos de hecho o actos reales (Realakte, Tathandlungen) son meros comportamientos, sin declaración de voluntad, por tanto, que tienden a un resultado de hecho y a los cuales la ley liga también unos efectos jurídicos. Partiendo de estas ideas de tradición, se califica por algunos autores como un acto jurídico en sentido estricto o como un acto real.

Por otro lado, y partiendo de la idea del "acto debido", esto es, del acto realizado en cumplimiento de un deber jurídico, se observará que toda tradición, esto es, toda transmisión derivativa de la propiedad viene siempre a ejecutarse como consecuencia de un negocio anterior, sea este un negocio causal o un negocio abstracto. La tradición se encontraría así siempre entre los actos de ejecución de un negocio anterior y sería, según esta idea, un acto de cumplimiento, un acto solutorio o un pago. Esta idea que configura la tradición como un pago tiene también algún apoyo en la letra de nuestro Código civil, donde el problema de la libre disposición de la cosa y de la capacidad para enajenar, como requisito de la tradición, está contemplado por el artículo 1.160.

Recientemente ARTURO DALMARTELLO, en una monografía sobre "*La consegna della cosa*", publicada en los "*Saggi di Diritto commerciale*", del profesor ASCARELLI, ha vuelto sobre el carácter negocial de la entrega. Hay, dice DALMARTELLO, un "negozio giuridico di consegna", que pertenece a la categoría general de los negocios dispositivos. Se trata, además, de un negocio bilateral, porque la *traditio* no se perfecciona si no concurre la voluntad de ambos sujetos,

(35) La cita es de FUNAIOLI: *Tradizione*, cit.

(36) GORLA: *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, 1936.

pero no es un contrato en sentido típico, porque le es extraño el relieve obligatorio que parece constituir requisito necesario del contrato. Ahora bien, si no hay aquí un contrato, ¿qué tipo de negocio bilateral es este? No es, como ha pretendido GORLA, un "acto complejo", porque en el acto complejo lo característico es que las declaraciones de voluntad se muevan en un sentido convergente mientras que aquí las declaraciones de voluntad se cruzan. Hay, por tanto, una "convención", que no es, sin embargo, un contrato (37).

A mi juicio, para resolver el problema de la naturaleza jurídica de la tradición es necesario volver sobre la distinción que antes establecimos entre tradición genuina o tradición en sentido estricto y acuerdos traslativos. En estos últimos hay un evidente negocio jurídico, en cuanto que se establece una reglamentación autónoma para una situación de intereses. Dentro de un único fenómeno negocial quedan embebidas las reglamentaciones obligatorias (efectos obligatorios del negocio) y la reglamentación dispositiva (efecto real del negocio). En cambio, la tradición genuina, es decir, la transmisión de la propiedad por el traspaso de la posesión carece en rigor de naturaleza negocial y es un acto solutorio o, si se prefiere, un pago en sentido estricto.

VI

Después de todo lo anterior pueden establecerse, por vía de resumen las siguientes conclusiones:

1.º La idea de *traditio* en el derecho positivo moderno es equívoca y se emplea en sentido amplio para designar todo mecanismo de adquisición derivativa del dominio de los derechos reales.

2.º Dentro del fenómeno general antes indicado, deben distinguirse dos especies distintas, a las que debe llamarse respectivamente *traditio* en sentido estricto y acuerdos traslativos. En el primer caso, la propiedad se trasmite por virtud de una concorde voluntad de las partes fundadas en una justa causa y seguida de un comportamiento traslativo que permita la creación de un signo exterior de reconocibilidad de la titularidad real o una apariencia de la misma (posesión). En el segundo caso, la transmisión se produce por la concorde voluntad de las partes de adquirir y transmitir embebida en la declaración de voluntad constitutiva del negocio jurídico causante de la transmisión.

3.º La propiedad de los bienes inmuebles se trasmite, por regla general, por medio de un acuerdo traslativo plasmado en una escritura pública. Solamente cuando la escritura pública no ha existido o cuando las partes han excluido expresamente la eficacia traslativa de su acuerdo, la transmisión del dominio se produce una vez que en el adquirente se ha creado, con el consentimiento del tradente, la apariencia de titularidad real que llamamos posesión.

(37) DALMARTELLO: *La consegna della cosa*, Milano, 1950.

4.º La propiedad de los bienes muebles se transmite cuando el adquirente recibe la posesión de los mismos. Sin embargo, las partes pueden pactar que la transmisión se produzca por el mero acuerdo o simple conformidad.

5.º El conflicto de pretensiones entre dos adquirentes que deriven sus derechos de una misma persona se resuelve con arreglo a lo prevenido por el artículo 1.473.

