

La Tradición Traslativa del Dominio: El Código Civil Español y el Sistema Iberoamericano

Luis Moisset de Espanés

Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

Vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

Director del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Católica de Córdoba.

Académico honorario de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación.

Laureado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Sumario

I. Introducción

- a) *Etimología de la palabra "tradición".*
- b) *Significado jurídico. Evolución histórica.*

II. Derecho comparado:

- a) *Mero consentimiento (sistema francés);*
- b) *Inscripción constitutiva (sistema alemán).*

III. Sistema Iberoamericano (entrega material).

IV. Naturaleza jurídica de la tradición.

- a) *Entrega material y otras hipótesis.*
- b) *Consensualismo y tradición material: un caso de la vida real.*

V. Conclusión.

I. INTRODUCCION

La exigencia de la tradición como elemento indispensable para la transmisión de un derecho real, remonta al Derecho romano, y se ha mantenido en gran parte de los países de iberoamérica, a donde llegó a través de la legislación española.

Los estudiosos del derecho comparado, al analizar los distintos sistemas vigentes en el mundo contemporáneo, dentro del llamado derecho "románico" encontramos una familia, que podemos denominar "iberoamericana", que presenta una serie de características comunes, una de las cuales es, precisamente, la exigencia de la "tradición de la cosa", como modo constitutivo del derecho real que se desea transmitir. La exigencia de este requisito remonta al Derecho romano, desde donde pasó a la antigua legislación española, y se ha mantenido en su Código civil ⁽¹⁾, pese a que el proyecto de García Goyena proponía dejarlo de lado, para adoptar el sistema consensualista francés ⁽²⁾.

(1) Código civil español: "Art. 609º.- La propiedad se adquiere por ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada o intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición...."

"Art. 1095º.- El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquiere derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada".

(2) Ver nota 33.

a) Etimología del vocablo

La palabra "tradición" proviene del latín "tradere", que significa "transmitir" y éste es el significado corriente que se le da al vocablo ⁽³⁾.

Ocupándose del tema un destacado jurista argentino ha dicho que esta primera forma de "tradición" se da "cuando una generación recibe en el tiempo ideas y costumbres que como herencia espiritual le transmiten las que le precedieron" y con ese sentido la palabra "tradición", o su derivada "tradicional", "sirven para designar formas de vidas que tienen abolengo de añejidad" ⁽⁴⁾.

b) Significado jurídico. Evolución histórica

A partir del concepto de "transmisión" o "entrega", la palabra toma un significado preciso en materia jurídica: "entrega de una cosa" ⁽⁵⁾. Pero, aún dentro del campo jurídico, el vocablo se emplea a veces con un significado más lato, y comprende la transferencia o transmisión de derechos, aunque no haya "entrega de la cosa" ⁽⁶⁾ como vemos en la llamada "traditio brevi manu".

Esto no debe sorprendernos, pues como lo destaca PUIG BRUTAU, los hombres de derecho con frecuencia nos preocupamos por establecer los requisitos o condiciones que caracterizan una institución y, a renglón seguido, creamos excepciones que consideramos necesarias para el buen funcionamiento práctico de esa institución ⁽⁷⁾. Este fenómeno se produce en materia de posesión y de tradición, y lo veremos surgir a cada paso a medida que analicemos el tema que hoy nos ocupa.

La "traditio" aparece en el Derecho romano reemplazando a la "mancipatio" y a la "in iure cessio", como una forma más espiritualizada y práctica de transmitir la propiedad de la cosa. En esa primera

etapa la "entrega material" constituye un elemento esencial de la figura, pero -a medida que transcurre el tiempo y evolucionan el pensamiento y las costumbres jurídicas- aparecen una serie de sucedáneos, en virtud de los cuáles se produce el efecto jurídico de transmitir la propiedad, sin que sea menester la "entrega material" de la cosa y, por extensión, esos modos de transmisión de la propiedad van a quedar comprendidos dentro del significado genérico de vocablo "tradición", hasta que aparecen sistemas en los cuáles se prescinde totalmente de la entrega de la cosa para producir la transferencia del derecho, como el sistema del mero "consentimiento", del Código civil francés, o el de la "inscripción constitutiva" en un registro de tipo germánico.

Destacamos, entonces, que en una primera etapa la "tradición" era la "entrega material" de la cosa ⁽⁸⁾, que producía como efecto la transferencia del derecho real de dominio.

Luego se extiende a la entrega para la transmisión o constitución de otros derechos reales, para llegar a comprender -incluso- hipótesis en que la entrega tiene por finalidad la transmisión de derechos que no son reales ⁽⁹⁾. Esta etapa la vemos reflejada en el Código civil argentino, en materia de obligaciones de dar cosas ciertas, que nos habla de "la entrega de una cosa", con el fin "de transferir solamente el uso o la tenencia" ⁽¹⁰⁾ y, de manera concordante, cuando al tratar de la simple tenencia (que es típica del ejercicio de derechos meramente personales), dispone que "sólo se adquiere por la tradición" (art. 2460 del Código civil argentino).

Creemos, de esta forma, haber ejemplificado suficientemente lo proteico y multiforme que es el vocablo tradición.

(3) El Diccionario de la Real Academia Española (20a. edición, Madrid, 1984, p. 1327, define la tradición como "comunicación o transmisión de noticias, composiciones literarias, doctrinas, ritos, costumbres, hecha de padres e hijos al correr los tiempos y sucederse las generaciones" (primera acepción).

(4) Ver LOPEZ OLACIREGUI, José María: "La tradición traslativa de dominio: aspectos jurídicos y notariales", Revista del Notariado, N° 707, p. 1186.

(5) La Real Academia Española señala que en Derecho, tradición significa: "Entrega a uno de una cosa", y ejemplifica: "TRADICION de una cosa vendida" (Diccionario de la Lengua, edición y lugar citados en nota anterior, 4a. acepción).

(6) Se habla así de "tradición inscriptoria", o de "tradición escrituraria", para caracterizar la transmisión del dominio en hipótesis en que ese efecto se logra por vía del asiento registral, o la declaración efectuada en la escritura pública, sin necesidad de que medie entrega efectiva de la cosa.

(7) PUIG BRUTAU, José "Fundamentos de Derecho Civil", T. III, Derecho de Cosas, Bosch, Barcelona, 1950: "...en Derecho casi siempre

se asiste al fenómeno de exigir un requisito y de desvirtuarlo después con formas simbólicas. Posesión y tradición son dos fenómenos en que se manifiesta muy claramente semejante peculiaridad" (p.192).

(8) Max KASER nos dice que "la palabra "traditio" designa como tal la entrega corpórea, esto es, la transmisión de la posesión (ver "Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho Romano y en la historia de la dogmática moderna". Anales de la Academia Matritense del Notario, ed. Reus, Madrid, 1962, T. XIII, p. 575.

(9) "Esta entrega puede tener, tanto en el Derecho romano como en el moderno, las finalidades más diversas (comodato, depósito, pignoración, arrendamiento), sin que con ello se pretenda su transmisión. Para que la "traditio" conduzca a la adquisición de la propiedad es necesario, además, que concurra una determinación del fin propuesto por las partes que justifique el traspaso de la propiedad" (autor, trabajo y lugar citados en nota anterior).

(10) Código civil argentino " Art. 574º.- La obligación de dar, es la que tiene por objeto la entrega de una cosa, mueble o inmueble, con el fin de constituir sobre ella derechos reales, o de transferir solamente el uso o la tenencia, o de restituirla a su dueño".

II. DERECHO COMPARADO:

a) Mero consentimiento (sistema francés).

A comienzos del siglo pasado el Código civil francés, en su afán de vigorizar los efectos de la "libre voluntad" de las partes, liberando al derecho de cortapisas formales y "espiritualizándolo", suprime el requisito de la entrega material de la cosa y admite que el solo consentimiento produzca la transmisión del dominio⁽¹¹⁾. Aparece así lo que podríamos denominar "tradicción mero consenso", como sistema vigente en Francia y en aquellos países que adoptaron el Código civil francés, como Bélgica, Luxemburgo y Mónaco.

En este sistema pueden ubicarse tanto el viejo Código italiano de 1865, como el actualmente vigente de 1942⁽¹²⁾, el moderno Código de Portugal de 1967⁽¹³⁾, y los Códigos de Checoslovaquia⁽¹⁴⁾ y Polonia⁽¹⁵⁾, entre los países socialistas.

En América Latina ha optado por la tradición "solo consenso" el derecho boliviano⁽¹⁶⁾, y los nuevos Códigos de Perú -pero solamente para los inmuebles-⁽¹⁷⁾, y de Paraguay⁽¹⁸⁾. Por su parte el de México admite que el mero consentimiento produce la transmisión del dominio entre las partes, pero exige la tradición para que pueda oponerse a terceros⁽¹⁹⁾, y el mismo camino ha seguido Costa Rica⁽²⁰⁾.

(11) El Código civil francés, al referirse a las formas en que se adquiere y transmite la propiedad de los bienes, nos dice en la parte final del art. 711º: "y por efecto de las obligaciones". Esto se completa con lo dispuesto en el art. 1138º, que nos dice que el creador de la obligación de dar "se convierte en propietario", y asume los riesgos "desde que la cosa debió serle entregada, aunque todavía no se le haya hecho tradición".

(12) **Código civil italiano:** "Art. 1376º.- **Contrato con efectos reales.**- En los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real o la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto de consentimiento de las partes legítimamente manifestado".

"Art. 1465º.- **Contratos con efectos traslativos o constitutivos.**- En los contratos que transfieren la propiedad de una cosa determinada o constituyen o transfieren derechos reales, la pérdida de la cosa por causa no imputable al enajenante no libera al adquirente de la obligación de ejecutar la contraprestación, aunque la cosa no le hubiese sido entregada...".

(13) **Código civil portugués:** "Art. 408.- **Contratos con eficacia real.**

1.- La constitución o transferencia de derechos reales sobre cosa determinada se produce por el solo efecto del contrato, salvo las excepciones previstas por la ley.

2.- Si la transferencia se refiriese a cosa futura o indeterminada, el derecho se transmite cuando la cosa fuese adquirida por el enajenante o determinada con conocimiento de ambas partes, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de obligaciones genéricas y en el contrato de locación de obra; si, por el contrario, se refiriese a frutos naturales o partes componentes o integrantes, la transferencia se verifica en el momento de la cosecha o separación".

"Art. 1316.- **Modos de adquisición.**- El derecho de propiedad se adquiere por contrato, sucesión por muerte, usucapción, ocupación, accesión y demás modos previstos por la ley".

"Art. 1317º.- **Momento de adquisición.**- El momento de adquisición del derecho de propiedad es:

a) En el caso de contrato, el fijado en los art. 408º y 409º".

(14) **Código civil de Checoslovaquia:** "Art. 133.- La propiedad personal de una cosa puede adquirirse por compra, donación u otro contrato, por herencia, por decisión de un órgano del Estado, o sobre la base de otros hechos regulados por la ley".

"Art. 134º.- 1º.- Si se transmite por contrato una cosa mueble, el derecho de propiedad se adquiere con la aceptación del contrato, salvo disposición o acuerdo en contrario".

(15) **Código civil polaco:** "Art. 155º.- 1.- El contrato de venta, permuta, donación u otro contrato que obligue a transferir la propiedad de una cosa cierta, transmite la propiedad al adquirente, salvo que exista disposición especial, o que las partes dispongan otra cosa.

2. Cuando el contrato que obliga a transferir la propiedad tiene por objeto cosas que sólo están determinadas por su género, debe entregarse la posesión de la cosa para que haya transferencia de propiedad. Lo mismo ocurre cuando el contrato tuviese por objeto la transferencia de cosas futuras".

(16) El primitivo Código civil de Bolivia, sancionado en 1831, fue una simple traducción al castellano del Código civil francés, producto quizás de la reacción que se produce en una colonia que se independiza y procura romper totalmente con la metrópoli colonizadora (ver nuestro: "Derecho civil español y americano. Interinfluencias recíprocas"). El nuevo Código, que data de 1975, dispone:

"Art. 584 (Código civil de Bolivia).- La venta es un contrato por el cual el vendedor transfiere... derecho al comprador por un precio en dinero".

"Art. 521 (**Contratos con efectos reales**).- En los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada o de cualquier derecho real, o la constitución de un derecho real, la transferencia o la constitución tienen lugar por efecto del consentimiento, salvo el requisito de forma en los casos exigibles".

(17) **Código civil peruano de 1984:** "Art. 949.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace el acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario". Pero respecto a los muebles se requiere la tradición (ver art. 947º del Código peruano).

(18) **Código civil paraguayo de 1987:** "Art. 716.- Salvo estipulación contraria, los contratos que tengan por finalidad la creación, modificación, transferencia o extinción de derechos reales sobre cosas presentes y determinadas o cualquier otro derecho perteneciente al enajenante, producirán esos efectos entre las partes desde que el consentimiento se haya manifestado legítimamente".

"Art. 1968.- La propiedad de bienes inmuebles se transmite por contrato. Los títulos traslativos están sujetos a la toma de razón en el Registro de inmuebles para que produzcan efectos respecto de terceros".

"Art. 2061.- Las cosas muebles podrán adquirirse por contratos traslativos de propiedad, conforme a las disposiciones de este Código".

(19) **Código civil de México:** "Art. 2014.- En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de la tradición, ya sea natural, ya sea simbólica, debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas al Registro público".

(20) **Código civil de Costa Rica:** "Art. 480º.- La propiedad de muebles e inmuebles se transmite, con relación a las partes contratantes, independientes de su inscripción en el Registro o de la tradición".

"Art. 481º.- La propiedad de los muebles se adquiere respecto de terceros, por la tradición hecha en virtud de un título hábil...".

b) Tradición inscriptoria (sistema alemán)

En el derecho alemán nace un nuevo modo constitutivo, aplicable a los inmuebles, en el cual se reemplaza la entrega de la cosa por la inscripción en un registro. Puede decirse entonces que en lugar de la "la tradición real", tenemos allí una "tradición inscriptoria" de carácter constitutivo, que produce el cambio de titularidades en virtud del asiento registral.

Sobre el punto es interesante recordar las palabras del gran jurista brasileño FREITAS, quien con notoria claridad explicaba: "En cuanto a los inmuebles, la tradición consistirá en la inscripción o transcripción de los títulos respectivos en el Registro Conservatorio" ⁽²¹⁾. Veremos luego que muchos de los Códigos americanos han seguido caminos semejantes.

En el sistema jurídico argentino existen algunos ejemplos de aplicación de la "tradición inscriptoria", en materia de automotores ⁽²²⁾ y de caballos pura sangre de carrera ⁽²³⁾. Vemos allí otras hipótesis en que la "tradición" no requiere la entrega material, sino que el dominio se transfiere al adquirente por medio de la inscripción registral.

En estos casos la "entrega material" de la cosa se mantiene tan sólo como una "obligación de dar", cuyo fin es permitir que el nuevo dueño haga efectivo el ejercicio de su derecho de propiedad, que ha adquirido en el momento en el cual se efectuó a su favor el cambio de titularidad registral.

III. SISTEMA IBEROAMERICANO (entrega material)

Frente a la posición adoptada por el Código Napoleón, que se apartó del derecho romano clásico

y del derecho justinianeo, reaccionan los codificadores iberoamericanos, que en este punto dejan de lado el modelo francés, y exigen la "traditio rei", o entrega material de la cosa, como modo integrativo de la transmisión del dominio, criticando duramente la "traditio mero consensu", por considerar indispensable la existencia de un acto material que exteriorice la transmisión.

Ya FREITAS, en la Introducción a su "Consolidacao das leis civis", destacando la importancia de distinguir los derechos reales de los derechos personales, se refiere a la necesidad de mantener la exigencia de la tradición en términos que son reproducidos luego por el autor del Código civil argentino, en la nota al art. 577^o de ese cuerpo legal, que por su contundencia parece de interés reproducir:

"Por la naturaleza de las cosas, por una simple operación lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, por el interés de la seguridad de las relaciones privadas a que se liga la prosperidad general, se comprende desde el primer momento que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que esos signos deben ser tan visibles y tan públicos cuanto sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce.

Esta es la razón filosófica del gran principio de la tradición que la sabiduría de los romanos estableció, y que las legislaciones posteriores reconocieron".

Tan arraigado se encontraba este principio, que ni la arrolladora influencia del Código Napoleón pudo abatirlo totalmente, y se mantuvo en la mayor parte de los Códigos iberoamericanos, que se negaron a aceptar la innovación aportada por el Código civil francés.

En este sentido abre el camino el Código de Chile, de don Andrés Bello ⁽²⁴⁾, y tras él marchan todos

(21) Ver nota al art. 901 del Esbozo, lo que concuerda con lo dispuesto en el art. 3809^o de ese proyecto de Código, donde prevé que "la tradición de inmuebles al efecto de transmitir derechos reales... se juzgará hecha por la transcripción en el Registro Conservatorio de los respectivos instrumentos públicos, aún cuando el transmitente no haya hecho al adquirente tradición efectiva de los inmuebles"; pero a cualquier otro efecto que no sea el de transmitir o constituir derechos reales, exigirá la entrega efectiva (art. 3810^o del Esbozo).

(22) Decreto ley 6582/58. Ver nuestro: "Dominio de automotores y publicidad registral", ed. Hummurabi, Buenos Aires, 1981."

(23) Ley 20.378.

(24) Código civil chileno: "Ar. 670^o.- La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas

a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo.

Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales".

"Art. 686.- Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador...

Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería".

"Art. 699^o.- La tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro se verifica por la entrega del título hecho por el cedente al cesionario".

Adviértase, sin embargo, que para los inmuebles se establece lo que hemos denominado "tradición inscriptoria".

los Códigos de la costa del Pacífico que lo tomaron de modelo: Colombia ⁽²⁵⁾, Ecuador ⁽²⁶⁾, El Salvador ⁽²⁷⁾.

Nos parece interesante destacar las expresiones empleadas por la Comisión encargada de redactar el Código civil uruguayo ⁽²⁸⁾, presidida por el cordobés Tristán Narvaja, en un documento poco conocido, por lo que hemos creído de interés reproducirlo textualmente:

"El proyecto resuelve otra cuestión de verdadera trascendencia: la que versa sobre la necesidad de la tradición. El derecho romano consideró insuficientes las convenciones para transmitir por sí solas el dominio de las cosas, distinguiendo cuidadosamente **el título y el modo**; el contrato sin la tradición no trasfiera el dominio. La doctrina romana pasó al Código de la Partidas, sin que en tan largo espacio haya ocurrido nada que decir de esas leyes, nada que oponer a aquella teoría.

El código civil de Francia, por el contrario, abandonó el principio de la tradición, mirándole como una de las tantas sutilezas del derecho romano...

No siendo la propiedad un hecho sino un derecho, un producto de la ley, sin duda que puede establecerse en un código que esta propiedad se transfiera por la sola voluntad de las partes en virtud de la ley, y sin hecho alguno exterior; este es un sistema; pero, será verdadero? y después, será preferible al de nuestra legislación actual?

En cuanto a los primero, no puede haber verdad en un sistema que desconoce la esencia de la obligación: que de un modo de obligarse hace un modo de adquirir: **naturat invertit**. En efecto, la convención, o la obligación que de ella nace, no liga sino a las personas, ella compele a dar, hacer o no hacer; no

constituye pues, sino una deuda y un crédito y no afecta ni puede afectar sino a las personas. Es contra la naturaleza de la obligación que trasfiera algo, pues que ella es la causa de la traslación que debe hacerse; es contra su naturaleza el sustituir una persona a otra, porque su naturaleza propia es dar el derecho de exigir la sustitución; luego, ella es impotente para hacerla. La dación de una cosa o la prestación del hecho es la ejecución, la consumación de aquello a que uno se ha obligado, y la idea de la obligación implica la de un tiempo futuro. Más si desde que la obligación existe, y porque ella existe, ha cumplido su fin, aunque no haya mediado intervalo de tiempo alguno ni siquiera un instante de razón, la obligación nace, y se extingue **uno et eodem actu**. El medio y el fin son una misma cosa; hay según se expresa en el código francés, una parte acreedora y a la vez propietaria de una misma cosa, ideas contradictorias en sí mismas y hasta en los términos.

Aunque así no fuera, deberíamos mantener el sistema que nos rige, y según el cual se requiere la tradición para que transmita la propiedad. Este es un derecho para todos, derecho que se manifiesta públicamente entonces por medio del signo externo que regularmente le acompaña y le indica, a saber: el poder y la posesión. Interesa a la sociedad que las transmisiones se hagan públicas y se sabe cuanto contribuye la tradición para obtener ese resultado.

... La Comisión cree oportuno agregar que después de aprobado el título **de la tradición**, ha visto con placer confirmadas sus ideas por el sabio juriscónsulto argentino doctor Vélez Sársfield (Libro 2, Sección 1)".

(25) El Código civil de Colombia reproduce casi textualmente todas las normas del Código chileno. Sobre el particular recomendamos consultar el interesante estudio de Enrique BALMES titulado: "El Código de Bello en Colombia", en Congreso Internacional "Andrés Bello y el Derecho", ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 411 y ss.

Respecto a la tradición vemos que los arts. 740º y 761º del Código colombiano son idénticos a los arts. 670º y 699º chilenos, que hemos reproducido en la nota anterior.

El art. 756º (Código de Colombia), corresponde al 686 de Chile y dice: "Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de Registro de instrumentos públicos...", pero no contiene ninguna referencia a la tradición de minas.

(26) El código civil de Ecuador integra la familia de Códigos que tomaron como modelo al Código de Chile, y dedica -como éste- un título íntegro, que comprende los arts. 705º a 733º a la tradición. El primero y el último (705 y 733), reproducen casi textualmente los arts. 670º y 699º chilenos. El art. 721º responde al 686, con ligeras variantes, y dice: "Se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registrados de la Propiedad..."

(27) El art. 651º del Código salvadoreño reproduce al 670 chileno; el art. 672º salvadoreño contiene conceptos análogos a los del 699 chilenos, pero se extiende en los requisitos formales de la nota de cesión. Y el art. 667º (Código civil de El Salvador), que sigue al 686 chileno, dice en su primer párrafo: "La tradición del dominio de los bienes raíces

y de los derechos reales constituídos en ellos, salvo las excepciones legales, se efectuará por medio de un instrumento público en que el tradente exprese verificarla y el adquirente recibirla. Este instrumento podrá ser el mismo del acto o contrato, y para que surta efectos contra terceros deberá inscribirse en el Registro público de la Propiedad". Aparece aquí en materia inmobiliaria lo que hemos denominado "tradición instrumental".

(28) Uruguay dedica todo un título (el Título III del Libro III, arts. 720º a 737º) que lleva como leyenda "De las calidades que se requieren, para adquirir el dominio por la tradición", al problema que nos ocupa. La primera de esas normas dispone:

"Art. 720º.- La tradición o entrega es la transferencia que hace una persona a otra de la posesión de una cosa, con facultad y ánimo de transferir el dominio de ella".

Luego en el artículo 721º distingue la tradición real de la ficta y dedica una serie de normas a ejemplificar las dos especies. Finalmente trata de los efectos en el:

"Art. 737º.- Por la tradición verificada con las calidades requeridas en este título, se transfieren al adquirente el dominio de la cosa, tal como lo tenía el tradente..."

El proyecto fue elevado junto con un mensaje, el 31 de diciembre de 1867, y sancionado en enero de 1868. El código entró en vigencia el 18 de julio de ese año.

Concluamos, pues, recordando que también mantiene el requisito de la tradición el Código civil argentino⁽²⁹⁾. Posteriormente, ya en este siglo, el Código de Brasil adopta el mismo sistema⁽³⁰⁾.

Por su parte el Código español, sancionado en 1899⁽³¹⁾, incluye dos normas que exigen la "traditio rei", conservando así el sistema que consagraban Las Partidas⁽³²⁾, y que García Goyena, bajo la influencia del Código francés, había propuesto dejar de lado⁽³³⁾.

Resulta interesante destacar que en el Anteproyecto de 1882-1888 el actual artículo 609, que allí tenía el número 606, **no hacía referencia a la tradición**, sino que se limitaba a reproducir al art. 710^o Código italiano de 1865, afiliado al sistema francés del consensualismo, diciendo que la propiedad se adquiere "por efecto de los contratos"⁽³⁴⁾. Este dispositivo, sin embargo, entraba en colisión con lo dispuesto por el art. 1112^o del Anteproyecto (actual 1095), que -en cumplimiento de la **Ley de Bases⁽³⁵⁾ de 1888**- había optado por el mantenimiento del requisito de la entrega de la cosa para que se produzca la transmisión del derecho real. La contradicción se eliminó introduciendo una modificación al art. 609^o, que quedó con su redacción actual.

A su vez Cuba y Puerto Rico, que todavía eran colonias españolas a fines del siglo pasado y, como tales, alcanzaron a aplicar el Código español, al

independizarse se dictan cuerpos legales que prácticamente le reproducen de manera textual⁽³⁶⁾, y el nuevo Código de Cuba, ahora país socialista, también lo recepta⁽³⁷⁾.

IV. NATURALEZA JURIDICA DE LA TRADICION

La tradición es un punto en el que hacen eje una serie de aspectos que se vinculan no solamente con los derechos reales, sino con la transmisión de todos los derechos patrimoniales y el funcionamiento de las relaciones jurídicas.

Al estudiar obligaciones se advierte la preocupación que ponen los juristas en el estudio de la "causa", destacando las distintas acepciones que tiene el vocablo, y dividiéndose los autores en "causalistas" y "anticausalistas". En cambio, en las obras de derechos reales parece olvidarse que la causa es un elemento esencial de todo tipo de relaciones y casi no encontramos autores que profundicen su estudio; sin embargo la causa está presente en la teoría del título y el modo, como procuraremos demostrarlo.

En efecto, la "causa eficiente", o "causa generadora" es un elemento esencial de toda relación, pero representa la faz "dinámica", ya que la "causa" encarna en los hechos o actos jurídicos que dan nacimiento, modifican o extinguen las relaciones jurídicas.

(29) Ver art. 577^o; 2524, inc. 4; 2601 a 2603; 2609 y 3265 del Código civil argentino.

(30) "Art. 620^o (Código civil brasileño).- El dominio de las cosas no se transmite por los contratos antes de la tradición. Pero ésta se sobre entiende cuando el tramitente continúa poseyendo por el constituto posesorio".

"Art. 675.- Los derechos reales sobre cosas muebles, constituidos o transmitidos por actos entre vivos, sólo se adquieren por la tradición".

"Art. 676.- Los derechos reales sobre inmuebles constituidos o transmitidos por actos entre vivos, sólo se adquieren después de la transcripción o inscripción en el Registro de inmuebles de los referidos títulos, salvo los casos de excepción expresados en este Código".

(31) Ver los arts. 609^o y 1095^o del Código civil español en la nota 1.

(32) La Ley 46, del Título 28, Partida Tercera, establece como pasa el señorío de la cosa al comprador, diciendo: "Apoderan unos omes a otros en sus cosas, vendiendoselas, o dandoselas en dote, o en otra manera, apoderamiento como este que faga un ome a otro de su cosa, o que la faga otro por su mandato, que passa el señorío de la cosa a aquel a quien apoderasse della..."

Este principio está ratificado por lo dispuesto en la Partida Quinta, Título 5, ley 50, para el caso de dobles ventas, estableciendo que se hace propietario aquel a quien primero se le entregó la cosa: "Una cosa vendiendo un ome dos vezes a dos omes en tiempos departidos; si aquel a quien la vendio primeramente, passa a la tenencia de la cosa, e paga el precio, esse la deve aver, e non el otro... Otrosi dezimos, que si el postrimero comprador passasse a la tenencia, e a la possessión, e pagasse el precio, que el la deve aver, e non el primero..."

(33) Proyecto español de 1851: "Art. 981.- La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad; lo cual se entiende sin

perjuicio de tercero para el caso previsto en los arts. 1859 y siguientes del título 20, libro 3 de este Código..."

GARCIA GOYENA, en sus "Concordancias", da como explicación que "no es fácil de conciliar con la equidad y sencillez que la voluntad de transferir el dominio no ha de bastar por sí sola para su traslación, si no va acompañada o seguida de la entrega".

(34) Ver PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel: "El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888), Reus, Madrid, 1965.

(35) La base 20 estipulaba que los contratos "serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante".

Esta base era, en realidad, un desarrollo de lo establecido en la base 1, al disponer que cuando se tratase de acoger alguna institución nueva debían tomarse las máximas precauciones, aceptando que el proyecto de 1851 serviría de punto de partida para la confección del Código "pero sólo en cuanto se haya contenido el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio" (ver CASTRO, Federico de: "Derecho Civil de España, Parte General", T.I. p. 216, Madrid, 1955).

(36) El Código civil de Puerto Rico en sus artículos 549^o y 1048^o reproduce los arts. 609^o y 1095^o del Código civil español.

Un camino similar seguía el viejo código cubano.

(37) Código civil de Cuba de 1897: Art. 178.- "La propiedad y demás derechos sobre bienes se adquieren y transmiten por la ley, los acontecimientos naturales, los actos jurídicos, la accesión y la usucapión. La transmisión se consuma mediante la entrega o posesión".

Resulta clara la influencia de un derecho ya enraizado en el sentimiento popular, para el mantenimiento del sistema de la entrega material de la cosa, o tradición en el nuevo Código cubano.

A los derechos reales se los estudia con más extensión en sus aspectos estáticos: configuración, y contenido, pero es menester recordar que no permanecen eternamente en manos de un propietario y cuando se desea transmitir un derecho real de un sujeto a otro, por actos entre vivos, el único medio, el único vehículo para esa transmisión es la creación de un vínculo obligacional que surge como un estado de tensión entre dos derechos reales sucesivos.

En los sistemas jurídicos que consagran a la tradición como modo constitutivo del derecho real, estas etapas se hallan claramente definidas. Cuando el dueño, el propietario de una cosa, desea transferir esa relación jurídica a otra persona, que será el nuevo dueño, lo primero que hace es crear una obligación por vía de un contrato (causa fuente de la obligación, y para los estudiosos de los derechos reales, el "título": compraventa, donación, etc.).

En una primera etapa el contrato hace nacer la obligación que pesa sobre el dueño, de transmitir al adquirente el derecho de dominio sobre la cosa. En esa etapa encontramos atados al deudor y al acreedor (el viejo dueño y el futuro dueño), por una relación obligacional.

Se presenta luego una segunda etapa, **que también es causal**: el cumplimiento de la prestación por el deudor (el viejo dueño), entregando la cosa al acreedor. En ese instante la relación obligatoria se va a extinguir, y quedará cumplida la segunda etapa causal de la transmisión del derecho real, el **modo**, o tradición.

Vemos así que la tradición es el **pago** de una obligación preexistente y produce el efecto jurídico de llevar el señorío o poder de hecho del deudor al acreedor, de manera que en ese momento desaparecen el primer derecho real y el vínculo obligacional, mientras queda constituido el nuevo derecho real que une al ahora dueño, con la cosa.

Esto había sido visto ya por juristas en siglos pasados; por eso, al ocuparse de la teoría del título y el modo, tan unida con el problema de la tradición traslativa de dominio, hablaban de la existencia de una "causa remota" (el título), y una "causa próxima" (la entrega).

La tradición, por el hecho de ser el cumplimiento de la prestación de una obligación ya existente, en definitiva es un **pago**, y por ello los requisitos que debe satisfacer la tradición traslativa del dominio deben concordarse, en nuestro sistema, con los requisitos del pago, lo que nos obligará a analizar una serie de problemas que a veces se han olvidado al estudiar la tradición.

a) Entrega material y otras hipótesis.

Principalmente este pago de la obligación consi-

rá en la actividad material de la entrega de la cosa, es decir en la "traditio rei"; pero hay casos en que el pago se realizará por otras vías, ya que se admite la posibilidad de tradiciones fictas, en las cuales sin ningún desplazamiento de las cosa, sin ninguna entrega real, se produce la transmisión del dominio... Encontramos así la "traditio brevi manu", el "constituto posesorio" y la "tradición por indicación".

En los sistemas en que se mantiene la "tradición real" como modo constitutivo de los derechos reales, se presentan necesidades prácticas que imponen la admisión de formas de "tradición ficta", como hipótesis de excepción en las cuales las obligaciones del enajenante se extinguen sin que medie "entrega material" y el nuevo derecho real queda constituido, aceptando la ley una ficción de "tradición".

b) Consensualismo y tradición material: un caso de la vida real.

Hace casi tres décadas, al iniciar mi carrera docente, tropecé en la "Revue trimestrielle de Droit Civil" con un caso jurisprudencial, comentado por los hermanos Mazeud, que me convenció del acierto de nuestros legisladores al mantener el requisito de la tradición para la adquisición de los derechos reales.

En París se dispone la subasta judicial de los bienes de una persona, que se realiza en la propiedad misma que se remataba; la venta del inmueble se efectúa en horas de la mañana, adjudicándose al mejor postor, el señor X. En horas de la tarde, y siempre en el mismo inmueble, prosigue la subasta de los muebles, pero el exceso de público y el mal estado del piso de madera, hace que éste ceda yendo a parar más de veinte persona a la bodega, con el luctuoso resultado de un muerto y varios heridos de consideración.

Las víctimas reclaman indemnización al dueño del inmueble (daño causado por el mal estado de conservación de la cosa de su propiedad) que... desde unas horas antes, y en virtud del "consensualismo" imperante en el sistema francés, era el señor X. De nada le sirvió el no haber recibido la cosa, el no haber ejercido jamás sobre ella poderío alguno; en todas las instancias fue condenado como responsable, y los Mazeud, en su comentario, luego de señalar que la solución resultaba muy injusta, sólo atinan a decir: "dura lex, sed lex".

En los países que mantienen el requisito de la tradición material jamás podría haberse llegado a una aberración semejante, porque el señor X, al no habersele hecho tradición **todavía no sería propietario**.

V. CONCLUSION

- 1) El derecho español ha dejado profundas huellas en el derecho americano y existen lazos tales que puede considerarse que constituyen lo que en derecho comparado se denomina una "familia" de derechos, inserta dentro del grupo romanista.
- 2) La exigencia de la "tradición" o "entrega material" de la cosa, como uno de los requisitos para la constitución de los derechos reales, es uno de los puntos de contacto más notorios.
- 3) La tradición refleja adecuadamente la dinámica de transmisión de los derechos reales, efectuada a través de un derecho obligacional, que se extingue con la entrega de la cosa, dando nacimiento al derecho real del nuevo propietario. ■