"La tradición", dins CARRASCO PERERA, A. (dir.). Derecho civil : introducción, derecho de la persona, derecho subjetivo, derecho de propiedad. 2ª ed. Madrid : Tecnos, 2004. p. 306-310.

IV. LA TRADICIÓN

1. EL SIGNIFICADO DE LA TRADICIÓN

El CC menciona la tradición o entrega en dos lugares distintos. En primer lugar, al disponer sobre la obligación de entrega del vendedor en el contrato de compraventa, concibiendo a la entrega o tradición de la cosa vendida como una *obligación del ven-*

dedor (arts. 1.462 a 1.464 CC). En segundo lugar, al enumerar en el artículo 609 cuáles son los medios por los que se adquieren en Derecho español la propiedad y los demás derechos reales. En esta sede, dice el CC, estos derechos se adquieren «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». Se configura, de esta forma, como un modo de adquirir la propiedad, añadido al contrato (y propio, por tanto, de las adquisiciones derivativas). La consecuencia práctica de ello sería que, en tanto no se practique la entrega, el adquirente sólo tiene un derecho de crédito, pero no adquiere la propiedad de la cosa (art.1.095 CC).

En la literatura jurídica española se ha exagerado la importancia de la tradición como problema. En parte, porque ha sido la institución utilizada para justificar el erróneo planteamiento de un tratamiento diferenciado en Derecho español de las obligaciones y los derechos reales.

El artículo 609 CC apenas tiene valor normativo. La cita de la *tradición* no parece más que una mera *elegantia iuris* para dejar claro que en nuestro Derecho (frente al francés o italiano o al mismo Proyecto isabelino de 1851), la propiedad de los bienes no se adquiere por el solo contrato traslativo (sistema consensual, como se le llama) sino que requiere, junto al contrato (llamado en esta sede *causa traditionis*) una exteriorización externa (llamada *modo*). Es sobre la base de esta exigencia de *modo* como se ha intentado en España toda suerte de construcción teórica que permitiera concebir a la tradición como un (nuevo) contrato, distinto del que le sirve de causa, y que tuviera como finalidad específica la *transmisión de la propiedad*. Es decir, y a modo de ejemplo, la *compraventa* se concebiría como *contrato obligatorio* del que surge la *obligación* de entregar la propiedad; mientras que la tradición o entrega sería un *contrato real o dispositivo* que no hace nacer nuevas obligaciones sino que tiene por objeto la *transmisión efectiva de la propiedad*. Este sistema es rechazable de todo punto. En Derecho español, la propiedad se transmite «por consecuencia» de ciertos contratos, y estos contratos son los contratos obligatorios que regula el CC: compraventa, permuta, obra, etc. La «tradición» es un acto de entrega simple de la cosa, innecesaria en la mayoría de los casos y carente de justificación en otros muchos.

Se ha justificado la necesidad de tradición por las exigencias de la publicidad en la transmisión de la propiedad de las cosas. Se dice, en este sentido, que la transferencia de los bienes debe ser objetivamente constatable. Esto último parece cierto, pero no lo es que la tradición o entrega desempeñe ningún papel de publicidad, pues, como veremos a continuación, las formas más comunes de tradición no despejan más dosis de clandestinidad de las que pudiera adolecer un sistema en que la propiedad se transmitiera por el solo acuerdo contractual. La tradición no sólo es normalmente tan «privada» como el contrato cuya consumación es, sino que, de suyo, es incolora, pues la realización de un acto material de entrega posesoria puede obedecer a múltiples significados. Si yo le doy a un tercero las llaves de mi casa, nada permite colegir de ahí un sentido mejor que otro: puedo habérselas dado porque le he vendido la casa; mas también puedo hacerlo porque este tercero es un amigo mío que me pide mi apartamento para una cita inconfesable con una chica.

La tradición es una exigencia que *sólo procede aplicar a los contratos de transmisión de cosas corporales*. Las hipotecas se adquieren por contrato e inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 1.875 CC). Las servidumbres se adquieren (junto a otros modos) por «título» (arts. 537 y 540 CC), entendido por tal el simple contrato. El usufructo se constituye por «voluntad de los particulares» (art. 468 CC) y adquiere el usufructuario su derecho a los frutos y su cualidad de usufructuario antes de la entrega de la cosa (cfr. art. 494 CC). Los derechos de explotación de bienes incorporales (derechos de autor, patentes, marcas) no requieren entrega para transmitir al cesionario un derecho absoluto. Para transmitir la propiedad sobre créditos no es preciso acto de entrega alguna. Ni la adquisición por donación ni por sucesión de causa de muerte requieren la tradición para que el adquirente reciba la propiedad.

Se podría alegar en contra el artículo 1.464 CC, que establece el modo de hacer la tradición en los bienes incorporales. Pero este precepto no está regulando la exigencia de tradición de estos bienes, sino enumerando los modos en que el vendedor de estos bienes *ha de cumplir su obligación de entrega con el comprador*. Si no cumple en el sentido de la norma será un vendedor incumplidor, pero no por ello quedará el comprador privado de su derecho de propiedad (en sentido amplio o estricto) sobre el bien vendido.

La exigencia de tradición en nuestro Derecho no es sólo de alcance limitado, sino que es en sí misma inútil. No cumple ninguna función real ni se justifica como una forma de publicidad, al menos en los casos de los artículos 1.462 a 1.464 CC en los que formas simbolizadas de tradición sustituyen a la entrega material de la cosa. Más aún, el TS ha llegado hasta un punto extremo de banalización del requisito de la tradición cuando sostiene que ésta se entiende producida en cualquier forma en que resulta indubitado que ambas partes están de acuerdo en poner al comprador en la plena disposición del derecho (STS 20 de octubre de 1989).

Contrasta esta banalización jurisprudencial con las consecuencias extremadamente gravosas que la propia jurisprudencia endosa al comprador cuando no se ha producido la tradición. Se trata de casos de compradores a plazos, en documento privado y que todavía no han tomado posesión de la vivienda adquirida y, acaso, no terminada. Dado que no hay entrega real y no existe escritura (cfr. art. 1.462, explicado más abajo), si los acreedores del vendedor (que todavía es propietario) embargan la cosa, el comprador se queda sin ella, aunque esté cumpliendo puntualmente sus plazos. Hay más de una razón para condenar esta jurisprudencia, pero valga aquí este argumento: quien adquiere un derecho como comprador adquiere, cuando poco, un *derecho de propiedad en sentido amplio*. Su posición jurídica como comprador es oponible frente a todos. Puede que no sea aún propietario de la cosa, pero se halla en disposición de serlo cuando acabe de pagar o cuando le entreguen la vivienda, y eso es algo que nadie puede impedir a través de actos (embargos del vendedor, en nuestro caso) para los que él no ha consentido. Quien embargue el derecho del propietario-vendedor, embarga también su posición pasiva de deudor obligado a entregar la casa, obligación que pasa al adjudicatario de la cosa.

2. Formas de tradición

1) La tradición puede ser real, y consiste en la puesta a disposición de la cosa en favor del comprador (o adquirente, en general) por medio de la posesión (art. 1.462.I CC).

2) Si el contrato traslativo se hace en escritura pública, ésta equivale a la entrega, si de la misma escritura no resulta o se deduce lo contrario (art. 1.462.II CC).

Para entender el sentido del «resultar» o «deducirse» lo contrario hay que distinguir entre la tradición como cumplimiento de la obligación de entrega y la tradición como acto transmisivo de la propiedad. La escritura no equivale a la entrega-cumplimiento si de cualquier modo consta que el vendedor no ha cumplido con su obligación de poner al comprador en posesión real de la cosa. Pero para que se transmita la propiedad a este comprador hay que entender que la escritura no equivale a la entrega sólo si del tenor de la escritura resulta que las partes no quieren que equivalga a la entrega.

3) Según el artículo 1.463 CC, en la venta de muebles constituye una tradición simbólica válida la entrega de las llaves del lugar donde estén almacenados. Se entiende comúnmente que esta forma de tradición simbólica es aplicable también a los inmuebles.

Se aprecia ya con esto lo equivocado que es sostener que la tradición es un medio de publicidad de las modificaciones que afecten a los bienes, pues la entrega de llaves es un acto estrictamente privado, no aprehensible por terceros.

Respecto de la entrega de llaves como forma de tradición de inmuebles hay que propugnar la misma interpretación diversificada (según se trate de decidir si el vendedor ha cumplido o de decidir si el comprador es propietario), que se sugiere arriba al referirnos a la escritura pública.

4) Si el adquirente ya tenía en su poder la cosa por otro concepto (v. gr., el comprador era antes arrendatario de la cosa vendida) no hace falta un nuevo acto de entrega (*traditio brevi manu*) ni ninguna declaración de efectos equivalentes. El solo acuerdo de los contratantes vale también como tradición si en el instante de la venta no puede trasladarse la posesión de la cosa al adquirente y la retiene el transmitente, aunque en distinto concepto posesorio (*constituto posesorio*) (art. 1.463).

Nueva prueba del carácter espúreo de la tradición. Tanto más si se generaliza la opinión, muy extendida, según la cual vale en general como *constituto posesorio* (y, por ende, como forma de tradición) el acuerdo de transmitente y adquirente por el cual aquél sigue poseyendo la cosa, aunque en concepto distinto del de dueño (v. gr., depositario, precarista).

3. Tradición e inscripción registral

Una cuestión muy debatida, aunque de escasa importancia práctica, es la de saber si la inscripción en el Registro de la propiedad sustituye a la tradición, produciendo los efectos traslativos de ésta, o si, por el contrario, para que los títulos ingresen en el Registro ya debe haberse producido extrarregistralmente todo el supuesto de hecho traslativo. Al respecto cabe decir lo siguiente.

La mayoría de las veces el dilema carece de transcendencia práctica. En la medida en que en el Registro sólo ingresan títulos públicos (art. 3 LH), ya se habrá producido la tradición, en virtud de la equivalencia a que se refiere el artículo 1.462 CC (esto es, que la escritura pública equivale a la entrega). Además de que el artículo 38 LH presume la posesión del titular inscrito, lo que equivale también a presumir la posesión real de la cosa. Es claro entonces que la regla de equivalencia del artículo 1.462 CC permite inscribir las escrituras sin que se pruebe la posesión real a favor del adquirente, o aunque se pruebe que tal posesión (presumida por el artículo 38 LH) no existe. Todo el problema se reduce a saber *si puede inscribirse una escritura en la que se declare que ésta no equivale a la tradición*. Y ciertamente puede, en mi opinión, pues en el Registro ingresan «títulos» y se publican «derechos». Una vez ingresado en el Registro, el art. 38 LH seguirá presumiendo que el titular posee la cosa. Todavía cabe pensar qué ocurre si esta presunción se rompe por prueba en contrario. En este caso, y siempre que la tradición no se haya producido de cualquier otra manera, el titular inscrito no habrá adquirido la propiedad del derecho que el Registro publica.

Si el titular inscrito es un tercero hipotecario, en los términos que veremos al comentar el artículo 34 LH, adquiere el derecho inscrito sin que le perjudique la falta de tradición de que adoleciera el derecho de su causante.

Ejemplo: Pedro adquiere por escritura pública en la que se declara que no equivale a la entrega, e inscribe. Vende después a Juan, que es un tercero protegido por el artículo 34, que también inscribe su escritura en la que no se declara esta no equivalencia. Juan habrá adquirido entonces el derecho de propiedad, aunque Pedro no lo hubiera adquirido por falta de tradición.

Queda por referir otra hipótesis. El artículo 1.473 CC se preocupa de solventar el conflicto de atribución de la propiedad cuando un vendedor enajena el mismo inmueble a dos compradores (ambos de buena fe). La norma dice que «la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro». De esta forma, la regla de equivalencia de escritura y tradición (recuérdese que la escritura es exigida para inscribir) no se rompe por el hecho de que se pruebe que un comprador anterior (no inscrito) poseía la cosa de hecho y materialmente. ¿Gozará también de la preferencia el comprador inscrito cuando en la escritura se declare que ésta no equivale a la entrega? El artículo 609 impide responder afirmativamente.