

370.01  
A 3885  
1971  
F.F.Y.C.S.  
6/5

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

# La Tradición del Dominio y demás Derechos

ERNESTO ALFONZO BUITRAGO

TESIS DOCTORAL

JULIO DE 1971



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Rector:

Doctor Rafael Menjivar

Secretario General:

Doctor Miguel Saenz Varela

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS

SOCIALES

Decano:

Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz

Secretario:

Dr. Mauricio Alfredo Clará Recinos

Director / 2001/7/27/4 41013

TRIBUNALES EXAMINADORES DE PRIVADOS

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Presidente	Dr. Manuel Arrieta Gallegos
Primer Vocal	Dr. Carlos Alfredo Ramos Contreras
Segundo Vocal	Dr. Enrique Eduardo Campos

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente	Dr. Francisco Arrieta Gallegos
Primer Vocal	Dr. Julio Díaz Sol
Segundo Vocal	Dr. José Ignacio Paniagua

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente	Dr. Pablo Mauricio Alvergue
Primer Vocal	Dr. Carlos Rodríguez
Segundo Vocal	Dr. Ronoldy Valencia Uribe

ASESOR DE TESIS

Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz

JURADO EXAMINADOR DE TESIS

Presidente	Dr. Carlos Ramos Contreras
Primer Vocal	Dr. Román Zúñiga Velis
Segundo Vocal	Dr. Gabriel Gallegos Valdés



En el Decanato de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales: San Salvador, a las diecisiete horas del día siete del mes de junio de mil novecientos setenta y uno. Reunidos los suscritos miembros del jurado nombrado para calificar la tesis doctoral intitulada "LA TRADICION DEL DOMINIO Y DEMAS DERECHOS", presentada por el bachiller ERNESTO ALFONZO BUITRAGO, por UNANIMIDAD de votos acuerdan: a) aprobar el trabajo sometido a su consideración; y b) considerar al alumno capaz de defenderla, después de haberla sometido al examen que prescribe el Reglamento respectivo. No habiendo mas que hacer constar se termina esta acta que firmamos.

PRESIDENTE .

  
PRIMER VOCAL  
SEGUNDO VOCAL

Dedicatoria:

A mi madre, María Eva Quijano Huevo

A mi tío Rafael Antonio Huevo

A mi tía Consuelo Quijano Huevo

A mi esposa, Anita

A mi hijo Ernesto

A mis hermanos, a mi padre y a la señora  
María Olivia de Alfonzo Buitrago.

San Salvador, 2 de julio de 1971

# I N D I C E

## I N T R O D U C C I O N

### DE LA ADQUISICION DEL DOMINIO

- a) Origen histórico de la teoría de los títulos y de los modos
- b) Concepto de títulos y modo
- c) Clasificación de los títulos y de los modos.

### PRIMERA PARTE

#### Capítulo I

##### Aspectos Generales

- a) Concepto de la tradición
- b) Concepción abstracta y causal de la tradición
- c) Importancia de la distinción causal y abstracta
- ch) Elementos de la tradición
- d) Distinción entre entrega y tradición
- e) Clases de tradición
- f) Características
- g) Naturaleza jurídica

#### Capítulo II

##### Requisito de Validez

- a) Enunciado
- b) Capacidad y consentimiento de tradente y adquirente
- c) Necesidad de título traslativo
- ch) Ausencia de errores
- d) Solemnidades de la enajenación

#### Capítulo III

##### Análisis de disposiciones variadas

- a) Regulaciones sobre la representación
- b) Tradición sujeta a modalidades
- c) Reserva de dominio por falta de pago
- ch) Tradición al vencimiento del plazo
- d) Tradición por quien no es dueño
- e) Tradición como justo título para la prescripción.

## SEGUNDA PARTE

### Capítulo IV

Formas de tradición del dominio de muebles e inmuebles

- a) Tradición del dominio de muebles
- b) Tradición del dominio de inmuebles
- c) Tradición e inscripción en el Registro inmobiliario

### Capítulo V

Formas de tradición de los derechos reales y personales

- a) Tradición de los derechos de usufructo, uso o habitación
- b) Tradición del derecho de hipoteca
- c) Tradición del derecho de herencia
- ch) Tradición del legado
- d) Tradición del derecho de servidumbre
- e) Tradición del derecho de prenda
- f) Tradición de los derechos personales

### Capítulo VI

JURISPRUDENCIA

ORIGEN HISTORICO DE LA TEORIA DE LOS TITULOS Y DE LOS MODOS DE ADQUIRIR

En Roma, según las diversas épocas o períodos, la transferencia de los bienes se verificó de muy diversas maneras. Así, en la época antigua o período primitivo se desconoció la adquisición derivativa de la propiedad. En el derecho clásico, en cambio, existieron tres modos fundamentales de transmisión o adquisición derivativa; la "mancipatio", la "injure cessio" y la "traditio" para que, finalmente, en el último período, el justiniano, se eliminaran los dos primeros modos y se dejara solamente subsistente la "traditio", pero con una concepción incluso ya diversa a la de la primera etapa, la misma que tiempo después servirá a los franceses para desarrollar su variadísima teoría del solo acuerdo de voluntades.

Un concepto detallado de cada uno de estos modos es, naturalmente, innecesario; sin embargo, como breve ilustración diremos que la "mancipatio", el modo mas antiguo y solemne, servía para la adquisición y tras paso de las "res mancipi" "fundos itálicos, esclavos y animales de tiro y carga" (1) mediante el proceso verificado ante cinco ciudadanos y un librepens, quien sostiene una balanza la cual es golpeada por el adquirente con un trozo de bronce al momento de pronunciar sacramentales frases en que afirma adquirir la cosa porque la enajena por el metal y la balanza.

La "injure cessio", que desapareció antes que la "mancipatio", servía para adquirir tanto las res mancipi como las nec mancipi. Se realizaba frente a un magistrado ante quien se simulaba un proceso sobre el dominio entre el adquirente (demandante) y el transmitente, quien, como demandado, se allanaba al actor aparente para que el magistrado le concediese la cosa. (2)

Finalmente, el más importante de todos, la "traditio", de cuyo desarrollo se originó la dualidad de títulos y modos, consistía en "la entrega de una cosa con intención de transferir, a quien se hace, la propiedad de la misma, en virtud de una justa causa" (3); es decir, es un modo que constaba de tres elementos: a) la entrega, b) la intención de las partes y c) la base o fundamento de la transferencia, la justa causa.



. . . 2

Precisamente de la ~~variedad de formas con que se realizó~~ la entrega, según cada cosa, esto es, la "traditio longa manu", brevi manu" y el novedoso "constitutio in rem", se originó después-en parte- la posición de la doctrina francesa actual. Y, de las diversas concepciones que se dieron a la justa causa, nació el germen de lo que ahora constituye la famosa teoría de los títulos y los modos.

En efecto, la "causa" de la tradición fue entendida de dos distintas maneras: algunos consideraban que la causa era el acto anterior que precedía a la tradición, el negocio jurídico precedente que le servía de fundamento. Desde este punto de vista, la tradición era entonces un ACTO CAUSAL porque tomaba como tal el antecedente. En tanto que otros sostenían que la causa se identificaba con la voluntad de las partes, es decir que sólo se consideraba el acto en sí, generado en la voluntad de los participantes, pero no en los hechos jurídicos que lo motivaban; razón por la que, desde este segundo enfoque, la tradición no es más que un simple ACTO ABSTRACTO.

Y aunque estos dos conceptos no fueron contemporáneos pues de la teoría causal que se desarrolló en la época clásica se evolucionó a la abstracta, de ese sentido causal que se dió a la tradición nació precisamente la base de la teoría, pues los romanos distinguían, según tal concepto, dos momentos. El primero, la justa causa (el negocio jurídico precedente, el pacto) y el segundo, la tradición. Y de esta manera fue como dieron la base.

Dos textos de la época lo detallaban con claridad: "el que expresaba que el dominio de las cosas se transfiere por tradición y usucapión, no por los simples pactos. Código, Libro II, título III, Ley 20. Y el que establecía que no basta la sola tradición para transferir el dominio si no va precedida de alguna justa causa. Digesto, Libro XLI, Título I, fragmento 51" (4)

No obstante no fueron los romanos quienes llegaron a elaborar la teoría de los títulos y los modos. Efectivamente, con su concepto causal dieron la idea o la crearon, pero la construcción de la misma estaba reservada para otros espíritus. Fueron precisamente los pensadores de la Edad Media quienes aplicando la terminología escolástica de la

época, dieron a los dos momentos que señalaba el concepto causal (causa y traditio) la designación de "causa remota" y "causa próxima", para que, tiempo después, fueran llamados estos mismos como Títulos y modus acquirendi.

Y se les llamó causa próxima y remota precisamente porque ambas eran, aunque de diversa manera, causas de adquisición. Al mismo tiempo, a la convención previa de los contratantes (causa) que no otorgaba derecho alguno sino una simple posibilidad, se le designó título; en cambio a la tradición que sí hacía efectiva la adquisición del derecho, se le llamó modo. La tradición constituyó el modo de hacer efectivo el derecho, en tanto que el antecedente causal, el acuerdo de los negociantes, no fue más que un simple título de posibilidad para llegar a adquirir.

Sin embargo, estos nombres y conceptos no nacieron a un mismo tiempo. Castán Tobeñas nos dice que "el nombre y el concepto de título como expresivo de la causa de transmisión, aparece pronto. El modus, designación de origen escolástico, aparece posteriormente. En el siglo XVI, Juan Apel formula claramente la distinción entre títulos y modos paralelamente a causa y traditio". (4 bis)

De esta suerte, pues, nació la teoría. Los romanos, que no la conocieron como tal, dieron la idea, fueron los iniciadores con su doctrina de la tradición causal al distinguir en ella causa y traditio; pero no alcanzó su elaboración concreta sino hasta la Edad Media en que no solo se dió la denominación que incluso sigue vigente hoy; sino que además se formaron los conceptos sobre los mismos.

Por eso la mejor expresión aquí es la de Jerónimo González (5) cuando dice: "la teoría del título y el modo de adquirir, tiene sus raíces más hondas en los requisitos de la traditio romana, pero han sido necesarios poderosas corrientes filosóficas e influencias características del derecho medioeval para que asumiera la forma absorbente y dogmática que presenta ya a fines del siglo XVII en la técnica jurídica."

Sin embargo, con todo y la solidez y el arraigo que desde entonces

mantienen estas ideas y con todo y el mérito de los medioevales por su elaboración, estoy con los que consideran que tales nombres no son un reflejo real de lo que expresan; que los mismos, si bien han formado una idea jurídica determinada, no dan con el solo nombre: modos-títulos una representación mental concreta ni real ni definida. Por eso acepto totalmente las ideas que al respecto expresa Sánchez Román cuando dice que "ninguna razón filológica abona la nomenclatura de modo y título en la aplicación con que aquí se ofrecen estas palabras, especialmente la de modo. El valor e inteligencia que se les atribuye, es puramente convencional y arbitrario" (6)

Pero aun así, hay que aceptar también que mientras no surja otra nominación más exacta, esas ideas seguirán imperando como imperan hoy en muchos derechos.

#### CONCEPTO DE TITULOS Y DE MODOS

Explicada ya la idea que originó el doble concepto de Títulos y Modos como elementos de la adquisición del derecho, veamos cual es la idea que se tiene de cada uno de ellos actualmente.

Sabemos que cuando una persona propietaria de una cosa o derecho desea transferirlo a otra, celebra con ésta una venta, le hace una donación, le permuta la cosa por otra, lo instituye heredero, etc. Pues bien, ese acto por el cual inicialmente se está trasladando el derecho, es precisamente la causa o título que servirá de base al que en definitiva adquirirá, lo que permite decir entonces que el título de adquisición o causa mediata, es el acto por el cual se está en la posibilidad de llegar a adquirir el derecho.

Hay que recalcar que se trata de un acto que sólo da posibilidad, pues en nuestro derecho el solo título no da jamás la propiedad por sí mismo. Para ello necesita conjugarse con el otro elemento, el modo, de tal manera que el título, la causa anterior a la transferencia, el origen o antecedente del negocio jurídico, únicamente desempeña una función necesaria pero dependiente. Esta función inicial es la de dar posibilidad para llegar a adquirir y nada más.

Pero al verificarse posteriormente algunos de los actos que nuestra legislación ha señalado como capaces para transferir, esto es, al verificarse el modo, la simple posibilidad que el antecedente nos dió, se hace efectiva y la propiedad llega a ser así adquirida.

X Consecuentemente, si el título es sólo la causa y el modo es la efectividad en la adquisición, podemos decir que el modo o causa inmediata, es el acto en virtud del cual se adquiere en definitiva la propiedad o cualquier derecho.

No debe pensarse, sin embargo, que si el modo es el acto que hace realmente efectivo el derecho tiene suficiente validez como para dar él solo la propiedad. Si es el acto que permite adquirir en definitiva, significa que no se basta solo, lo que en efecto se podría entender si se dijera simplemente que es el acto por el cual se adquiere la propiedad.

A pesar de su poderosa rigidez y su mayor importancia, el modo es incapaz, salvo ciertas excepciones que veremos, de constituir por sí la propiedad. El concepto que sigue nuestra legislación es de que la propiedad solo se adquiere de la concurrencia de ambos institutos: título y modo, y no de uno solo, pero este detalle ya es más propio del siguiente apartado y allí lo desarrollaremos.

DIVERSAS TESIS SOBRE LA TEORIA DE LOS TITULOS Y LOS MODOS

3) La idea que ya tenemos expuesta sobre estos conceptos jurídicos es una posición actualmente parcial. No obstante ser la misma que señalaron tanto los que la originaron como los que la construyeron, la concepción que tienen las legislaciones que la siguen es ahora totalmente distinta y variada.

Fundamentalmente, tres son las diversas tesis adoptadas en relación con la idea de que los títulos y los modos son requisitos necesarios para la adquisición del dominio y de los demás derechos: a) La Teoría Clásica, b) La Teoría Francesa y c) la Teoría Alemana. Veamos en detalle cada una de estas.

4) a) Teoría Clásica:

Es la heredada de los primeros periodos romanos que hemos esbozado y que, con pocas variantes, sigue la mayoría de los códigos latinoamericanos y el español. Es pues, la posición de nuestra ley al respecto.

Según esta teoría, para adquirir el dominio o propiedad, o un usufructo, o una hipoteca, o una herencia, etc., es decir, para adquirir cualquiera de los derechos reales, se requiere forzosamente de la concurrencia de los dos fundamentales institutos: el título y el modo de adquirir. Para que el derecho real que se persigue tenga plena vigencia o eficacia, no basta el simple acuerdo de las partes o la existencia única de un contrato. Para que ello sea así, es además necesario que concurre el otro elemento que es el modo de adquirir.

Concretándonos a lo nuestro, este es precisamente nuestro régimen: el dominio sólo se adquiere de la concurrencia de ambos y no por uno solo de ellos.

Pero esta cuestión nos lleva entonces a plantearnos dos importantes situaciones: La primera, que de dónde emana esa exigencia de la dualidad, si de la ley, de la doctrina o de ambas; y la segunda, que si la misma tiene un alcance total y absoluto o si se ve destruída por la existencia de ciertos conocidos modos que permiten adquirir por sí, sin necesidad de título, y que son precisamente los llamados "modos originarios".)

Lo primeramente planteado no es problemático. Esa exigencia del doble requisito de adquisición no es deducción doctrinaria ni extracción tácita de todo el contexto de la ley. Es de la clara expresión contenida en el art. 656 CC. de donde emana cuando nos dice éste: "... que para la validez de la tradición se requiere un título traslativo...". Si el Artículo dice que para que valga la tradición (modo) se requiere un título, significa que es ésta la disposición que ordena que entre nosotros no puede tener valor una transferencia dominical con uno solo de los dos elementos. Exige los dos, categóricamente.

Mas, se podría decir que ello no es cierto; que el artículo no puede servir jamás para generalizar la exigencia porque expresamente dice que es regla para la tradición, pero no para los restantes modos. Y, en

efecto, esta es regla para la tradición que no puede aplicarse a los otros modos. Pero ello tiene una explicación bien lógica y sencilla que confirma lo aseverado.

En efecto, ¿Qué sucede con los otros modos distintos de la tradición y qué sucede con ésta? Pues una cosa bien simple. La tradición, que es el modo más importante y aplicable, no funciona por la concurrencia de una sola persona; requiere de la voluntad de dos, la del dueño y la del que adquiere. Es un modo, el único, que pone en juego dos voluntades; es decir el único que constituye un acto jurídico bilateral. Por lo tanto, solo para este modo la ley pudo exigir la concurrencia del antecedente causal, el título. En tanto que para los restantes modos, como no existe la presencia de otra persona que dimane el dominio, como sencillamente no hay dos, sino únicamente el que adquiere ¿cómo será posible hablar de un título previo si estamos ante un acto unilateral?

Siendo entonces que es totalmente imposible exigir el título para las otras clases de modos distintos de la tradición, la ley solo lo estableció para aquel en que sí se puede, por lo que la regla adquiere un carácter de regla general y permite manifestar con acierto que es del Art. 656 C. de donde emana la exigencia dual.

En cuanto a la segunda cuestión, ya casi ha quedado resuelta con el planteamiento anterior. En efecto, la regla de que no se pueda adquirir el dominio con uno solo de los requisitos no se destruye con la presencia de uno de los modos originarios, pues éstos, aplicando la misma solución, como no pueden tener un antecedente, no pueden adecuarse a la regla. Son solo la excepción

Es oportuno citar que para confirmar la regla como absoluta existen fundadas opiniones de reconocidos expositores, como Don Arturo Alessandri, quien sostiene que incluso los llamados "modos originarios" necesitan un título. Y dice así: "aunque no hay una disposición en todo el Código Civil que tal cosa diga, no era necesario que lo dijera expresamente, porque de muchas de sus disposiciones y de la combinación de ellas, resulta la doctrina expuesta". (7)

Aunque no estoy de acuerdo con esta tesis que me parece muy bien re-




futada como lo hace Somarriva en el mismo texto (8), la citó como ilustración, pues lo cierto es que, tal como lo he expuesto, mi opinión es que tales modos no pueden jamás destruir la regla (sin necesidad de recurrir a hipótesis para "encontrarles" un título) porque con los mismos no puede nunca llegarse a hablar de la existencia de un título previo.

Esta primera de las teorías adoptadas en relación con el doble concepto es, pues, la que exige el requisito de los títulos y los modos como requisito necesario para adquirir. Las otras dos posiciones que a continuación veremos, por el contrario, no conservan la idea de la anterior y si bien mantienen siempre los elementos, han rechazado el original concepto y creado una posición que es antítesis de aquélla.

Y se agrupan bajo el título de Teorías Francesa y Alemana porque ha sido en estos países en donde la teoría inicial sufrió revolucionarios y profundos cambios, originando además, que otras legislaciones hayan tomado la misma bandera.

Veamos pues, la segunda de dichas tesis:

5) b) Teoría Francesa: 

En Francia, definitivamente, la Teoría de conceptos clásicos ha desaparecido. No existe, como entre nosotros, disposición alguna que exija los dos requisitos como necesarios para adquirir.

Tal idea se ha suprimido y únicamente ha quedado imperando uno solo de los factores como medio de adquisición. Este requisito, que podríamos decir que es el correspondiente al título de nuestra concepción, en aquel derecho realmente hace las veces de modo.

En efecto, en Francia, los Arts. 711 y 712 C., que enumeran los modos de adquirir los derechos, señalan, después de los modos originarios, que "la propiedad se adquiere por efecto de las obligaciones"; es decir, en virtud de un contrato. Por efecto de esta disposición pues, basta únicamente que las partes contratantes de una venta, de una permuta, de una donación, etc. estén de acuerdo sobre lo fundamental de cada negocio y la transferencia del dominio se ha verificado. El solo acuerdo, la sola convención, es suficiente para adquirir, dado que este acto, que entre nosotros sería

el constitutivo del título, allí realiza la función de modo sin otro requisito. (9)

En otras palabras, la Teoría Francesa solo tiene como causa de adquisición y transferencia un requisito que podríamos decir que es el modo, y éste simplemente consiste en el acuerdo de voluntades de los contratantes.

Por eso estoy en total desacuerdo con Somarriva cuando dice éste: "una teoría sostiene que para adquirir los derechos reales, basta con el título; el modo es innecesario o, al menos, se le considera implícito en aquél. El Código francés sigue esta tendencia..." (10) Y estoy en desacuerdo porque no me parece exacta la afirmación que hace de que el modo ha desaparecido. El que ha desaparecido es el título. Lo que sucede es que hay que entender como modo lo que entendemos por título, lo cual es distinto. De esta manera, la tradición que entre nosotros es el modo más práctico, más importante y más aplicable, en esta teoría sencillamente no existe, y sólo se refieren a ella cuando hacen alusión a las obligaciones de entregar en la venta o a las "in genere", para el solo efecto de identificar las cosas. Pero como modo, la tradición ha desaparecido, y por la misma solo se comprende el cumplimiento de la obligación del vendedor o, como dice Domat en el texto de Castán y cuyas frases repite Somarriva, "la tradición es solo la ejecución de la obligación contraída por el vendedor de poner la cosa a disposición del comprador".

No debe pensarse -sin embargo- que con el solo acuerdo concluye todo. Con él concluye la traslación del dominio entre las partes; pero como los terceros lo ignorarían, tratándose de inmuebles -de conformidad a la ley hipotecaria de inscripción de 1835- hay que inscribirla para darle publicidad al acto que ya está perfecto. Pero "el problema es que esta transcripción no es obligatoria y, de hecho, gran número de ventas dejan de inscribirse" dice Planiol.

Pero esto ya es ajeno al punto.

Expuesta la teoría, una cuestión se vuelve importante de indagar: el porqué los franceses, proyectadores del derecho clásico, tienen esta concepción tan diversa a la de las fuentes. En otros términos, a qué razones



obedeció el cambio.

Los textos nos dicen (11) que el cambio a esta posición no se ha realizado en un día. Realmente estaba ya en germen entre los romanos durante todo el proceso de transformación que sufrió la tradición, desde las épocas de entrega efectiva hasta el período de Justiniano en que llegó a ser una operación puramente ficticia.

En efecto, se dijo ya que de los diversos regímenes con que operó la entrega en la tradición se originó el cambio. Esas formas que aparecieron como tradición ficticia después de las formas en que realmente se hacía la entrega dijimos que fueron: a) la brevi manu", b) la longa manu" y c) el "constitutom posserorium".

a) La primera se verificaba cuando teniendo ya la cosa en su poder el adquirente (como arrendatario, prestatario, etc.) el transmitente se concretaba a renunciar a la propiedad, y el que estaba poseyendo a título o a nombre de otro, pasaba así a ser propietario.

b) La segunda, la tradición longa manu, se sucedía aún en forma más simple. Bastaba con que se señalase el lugar en donde se encontraba la cosa que se iba a entregar. También se consideraba hecha cuando la cosa había sido puesta a disposición del adquirente, aunque materialmente no hubiese sido tomada por éste. Por ejemplo -dicen Colin y Capitant- cuando se han entregado las llaves del depósito en que hay mercadería, ésta se consideraba así entregada.

c) La tercera de tales formas de traditio ficta, el constitutum posserorium, tenía lugar cuando al enajenar una cosa las partes decidían que el que iba a deshacerse de ella, el enajenante, la continuase poseyendo como arrendatario, como-datario, usufructuario, etc. Este caso era el reverso de la brevi manu, porque aquí el dueño pasaba a ser mero tenedor, pero era una fórmula que simplificaba la operación pues hubiese sido necesario una doble tradición: la del dueño al adquirente y la de éste al enajenante, constituyéndolo tenedor. Para evitar este inútil círculo, los jurisconsultos declararon que bastaba la confesión en que el enajenante reconocía poseer a partir de entonces a nombre del adquirente.

Finalmente, aunque no hay uniformidad, el criterio general es que durante el último período, el de Justiniano, a pesar de que continuaba vigente la fórmula "traditio-nibus domina rerum non nudis pacti transferetur" (por la tradición y no por los pactos nudos se transmite el dominio de las cosas), la entrega material es ya una mera ficción y se aplica más el sistema de transmisión de la propiedad por el simple consentimiento,

Con esta última idea de la tradición ficticia se identificaron los franceses y lo aplicaron en su antiguo derecho hasta que apareció, como consecuencia de ese espíritu y de la costumbre, la fórmula más simplista de considerar realizada la tradición: la llamada cláusula de "dessaisine-saisine" o de desposeimiento-posesión (o tradición fingida). Por virtud de ésta, independientemente de quien tuviese la cosa y qué concepto, la tradición se verificaba por el simple hecho de que en los contratos se fue insertando una frase de que el enajenante declaraba que había abandonado la posesión al adquirente; y éste, que la había tomado.

"Así, dice Colin, la tradición, siempre indispensable en principio para la realización de la transmisión, quedaba reducida a una operación puramente intelectual, a una manifestación de voluntad de las partes, a una cláusula de un contrato. Esta cláusula debía convertirse de un modo natural, en cláusula de estilo". (12)

Por su parte Mazeaud nos dice que en vísperas de la Revolución Francesa una gran parte de la doctrina descartaba la necesidad de toda tradición para producir la transmisión de propiedad (13). Por lo mismo, cuando los redactores del código llegaron a este punto, no hicieron más que transportar a la ley lo que era una fuerza en la práctica, y así, establecieron en el art. 1138 C.C. que "La obligación de entregar se perfecciona por el simple consentimiento de las partes". En otras palabras, que la transmisión de los derechos se efectúa por el simple pacto, o como continúa Mazeaud, "se realiza solo consensu desde el instante del acuerdo y por el solo acuerdo de las voluntades".

De esta manera pues, se verificó el cambio. "Cuando se incluyó en los contratos la cláusula de "dessaisine-saisine", dice Lafaille, pasó éste a las leyes y por último al Código Napoleón, consagrando así en el Art.1138

el principio de que la propiedad se transfiere por el simple acuerdo de voluntades". (14)

¿Pero esta novedosa teoría francesa ha constituido en realidad un avance? ¿Se puede decir que es de resultados positivos y favorables, o no lo es? Esta difícil cuestión no creo que pueda ser válidamente sostenida por quienes no están empapados del desenvolvimiento de tal régimen. Por eso dejemos que sean los franceses Colin y Capitant quienes nos respondan cuando nos dicen: "que la práctica nos ha familiarizado tanto con la idea de que el acuerdo de voluntades de dos personas basta para transmitir la propiedad, que nos parece sencilla. Semejante concepción, es sin embargo, bastante compleja y hasta bastante ilógica. Es hasta contradictorio que un derecho absoluto como la propiedad pueda hacer de un acto puramente relativo, como un contrato, de un acto cuyos efectos, normalmente, no debería extenderse fuera de las partes contratantes."(15)

Por eso los textos franceses al comparar su teoría con la romanística coinciden que en ésta la transmisión de la propiedad, que se verificaba en dos etapas, daba más seguridad por la publicidad de sus formas. En cambio en el sistema francés, la cuestión de saber si ha habido transmisión y cuándo se ha verificado, quedará sujeta en muchas ocasiones a la investigación de un hecho totalmente oculto: la intención de los contratantes.

Aún así, esta teoría es también seguida por otros códigos europeos, como el portugués, el belga y, posteriormente, el italiano; y en América, Bolivia, Perú y Venezuela siguen también esta corriente.

Igualmente sigue la teoría del consentimiento el código civil de Rusia, (art. 65 y 67) pero sólo para las cosas muebles determinadas. Para las genéricas, sigue el principio de la tradición; y para los inmuebles, en los casos en que la transferencia de la propiedad está permitida, sigue el principio de la inscripción; es decir, que la transferencia de la propiedad se verifica por la sola inscripción en el registro.

#### 6) c) Teoría Alemana:

Alejándose casi totalmente del punto de partida romano, los juristas

germanos han construido una teoría de "conceptos jurídicos artificiosos y refinadamente elaborados", como dice Hedemann(16).

El moderno derecho alemán, que partió también de los clásicos, destruyó por completo la doctrina tradicional de los títulos y los modos como causas de adquisición de los derechos al crear la Teoría de la Transmisión por negocio jurídico". Así considerados, los títulos y los modos no se encuentran en tal derecho. Sin embargo, se conservan aún resabios romanos pues, para el caso, mantienen siempre la tradición, aunque esta ya no es más el recio instituto tradicional que señorea en nuestro derecho, sino más bien un requisito formal en la transferencia de los muebles.

Parte la teoría de establecer que para la adquisición por negocio jurídico o simplemente transmisión, se requieren dos elementos constitutivos: el convenio de las partes, (que denominan einigung) o contrato real abstracto, y la inscripción en el registro, si se trata de inmuebles; o el convenio de los interesados y la tradición, si se trata de muebles. "La ley ha establecido en el art. 873 un doble requisito para la adquisición sobre fincas: el convenio de los interesados y la inscripción en el registro. Ambos son elementos constitutivos, si falta alguno de ellos, queda excluida la adquisición", dice Hedemann (17)

Pero esta conjugación de requisitos, que al parecer son semejantes a los títulos y los modos, distan mucho de ser como éstos. En efecto, digamos que en nuestro derecho los títulos son la causa remota y se identifican con el negocio causal que origina la transferencia, pero en el moderno derecho alemán el convenio no es el negocio causal; al contrario, está totalmente desligado de éste, a tal grado que lo que menos importa es la causa en el negocio jurídico.

"El convenio (einigung), agrega Hedemann, es una palabra de significado popular, pero en el aspecto que aquí la hemos de emplear es un concepto jurídico artificioso". Y más adelante, "el convenio o acuerdo traslativo, es una figura difícilmente inteligible para los juristas. Representa un nuevo e independiente acto de voluntad de ambas partes. Y en tanto falte, no se ha producido aún la transferencia de voluntad". (17 bis)

Y para confirmar su expresión dice que el convenio es un contrato real

abstracto que está sujeto a las reglas generales sobre las declaraciones de voluntad y de los contratos. Así, el convenio es nulo si resulta que una de las partes es un enfermo mental, o si fue concluido a causa de manejos dolosos.

En otras palabras, para la adquisición de los inmuebles por negocio jurídico, los alemanes exigen como elemento constitutivo el convenio y el registro. El acto causal, es decir, el contrato que celebran las partes luego que han expresado su acuerdo o convenio (por ejemplo la compra venta), carece de la menor trascendencia para la adquisición. Incluso puede faltar o estar dotada de defectos, y, sin embargo, la transferencia se verifica siempre y cuando el convenio, que precede al contrato causal, no esté viciado. Por eso dice Wolff: "La transmisión, así llama al conjunto de convenio y registro-, es un contrato real y debe, por lo tanto, diferenciarse del negocio que obligue a la transmisión (para el caso compraventa). Es un contrato abstracto; si falta un negocio causal válido la transmisión será eficaz pero se habrá efectuado sin causa jurídica" (18)

De todo ello se colige entonces que en este Derecho no existe ningún residuo de la teoría clásica. El convenio no es título y el Registro no es modo. Son solo dos requisitos distintos. Además, el acto causal que podría constituir el título, está excluido, tal como nos dice Wolff: "La compraventa, la permuta o la donación no engendran, por sí solas, la propiedad sobre las fincas. Constituye solo el negocio causal subyacente". (19)

En cuanto a los muebles, la situación es más o menos igual, con la diferencia de que aquí no existe registro sino tradición, de modo que los requisitos son: convenio y tradición, entendiéndose ésta por entrega material. }

Desde luego aceptan las formas ficticias de entrega, como la brevi mani, la longa mani, etc, pero estas son consideradas como "formas supletorias de verificar la entrega" (tradición) y, por supuesto, interviene siempre, aunque sin eficacia, el contrato.

Así, Hedemann nos dice que en la adquisición de los muebles juegan tres procesos distintos: lo.) la compraventa (relación causal) no permi-

te transmitir la propiedad; solo sirve de fundamento a la transmisión; 2o.) Le entrega (traditio): si no hay tradición sigue siendo propietario el vendedor; y 3o.) El convenio o acuerdo traslaticio el cual, mientras falte, no ha producido la transferencia de la propiedad.

Estas tres pues, son las principales teorías sobre las cuales, con o sin variantes, giran casi todas las legislaciones en lo relativo a la adquisición de los bienes. En algunas otras se ha simplificado tanto el proceso que la adquisición se hace, o solo con la entrega o solo con la inscripción. Pero éstas, que naturalmente carecen de la fundamentación filosófico-jurídica de las anteriores, no vale la pena exponerlas.

CLASIFICACION DE LOS TITULOS Y LOS MODOS

7) Sobre los títulos de adquirir la clasificación conocida es la que señala el código civil chileno (Art. 703) cuando, al exponer sobre el justo título en la posesión, clasifica éstos en dos clases: a) Constitutivos y b) Traslaticios de dominio, señalando a continuación cuáles son los unos y cuáles los otros.

Los comentaristas -a su vez- dicen que la doctrina agrega una tercera clase de títulos que no señala el código, esto es, c) el título de clarativo.

Pero aparte de esta clasificación, que también sigue nuestra legislación aunque en forma dispersa( Arts. 656-665 No.5), en nuestro derecho aparece además otra sobre los títulos que es la señalada en el Art. 686 C. la cual existe obedeciendo más que todo a las exigencias de la inscripción en nuestro registro, no a una posición o tesis doctrinaria. Así, dice que los títulos son: a) de reconocimiento; b) de transferencia, c) de modificación y d) de cancelación, por lo que, tomando ambas posiciones, tenemos que los títulos se clasifican así:

- a) constitutivos
- b) traslaticios
- c) declarativos

- d) de reconocimiento
- e) de modificación y
- f) de cancelación

Hay que hacer notar, sin embargo, que existen diferencias en ambas

formas de clasificar los títulos porque en la legislación chilena (que se tomó de Francia), sólo se ha considerado como factor la posibilidad o no de adquisición del derecho. En tanto que la que surge en nuestra ley no sólo ha tomado este mismo punto de vista, sino, además, las limitaciones al derecho y el acto final de una transferencia, siendo éste el motivo por que, junto con los de transferencia, aparecen también los de cancelación o modificación del dominio.

1/ Pero, la clasificación científica es sólo la que hace relación a la adquisición, es decir la que agrupa los tres primeros, no así la que señala nuestro código- auténticamente técnica- pues si bien nos permite determinar ciertos actos jurídicos- (cancelación-modificación) para ubicarlos en nuestro registro de la propiedad, no nos crea con ello una figura de naturaleza jurídica nueva o especial. Para el caso, cuando hablamos por ejemplo de cancelación del dominio, aparte de los casos de destrucción del bien, nulidad del título, etc., es porque se vende, se permuta, se dona, etc. es decir, porque va a tener lugar una transferencia, pues no se cancelará para dejar en abandono. En estos casos, la cancelación que se verifica queda, pues, consumida por el acto de traslación, o sea por un título traslativo, por un título con individualidad.

Que para llegar a adquirir por mediación de este título traslativo hubo primero que cancelar el dominio anterior, desde luego que sí, pero ello no desnaturaliza a aquél pues, aparte de que no siempre será así (recordemos la adquisición originaria), la cancelación se ve con claridad o independencia por que existe una oficina encargada de hacer concreta la operación, cancelánadole a uno e inscribiéndole a otro. Pero, abstracción hecha de esta material actividad, qué nos queda? simple y llanamente queda una venta, una donación, una sucesión, etc., es decir, un título traslativo.

Por eso es que si bien la cancelación y la modificación son vitales para el estudio del registro de la propiedad, para el estudio de la adquisición de los derechos no ocupan sino una posición o condición subyacente a los títulos que sí poseen naturaleza jurídica definida.

Otra cuestión importante, que también se debe exponer, es la relativa a la denominación de los "Títulos traslativos" pues, como ya sabe

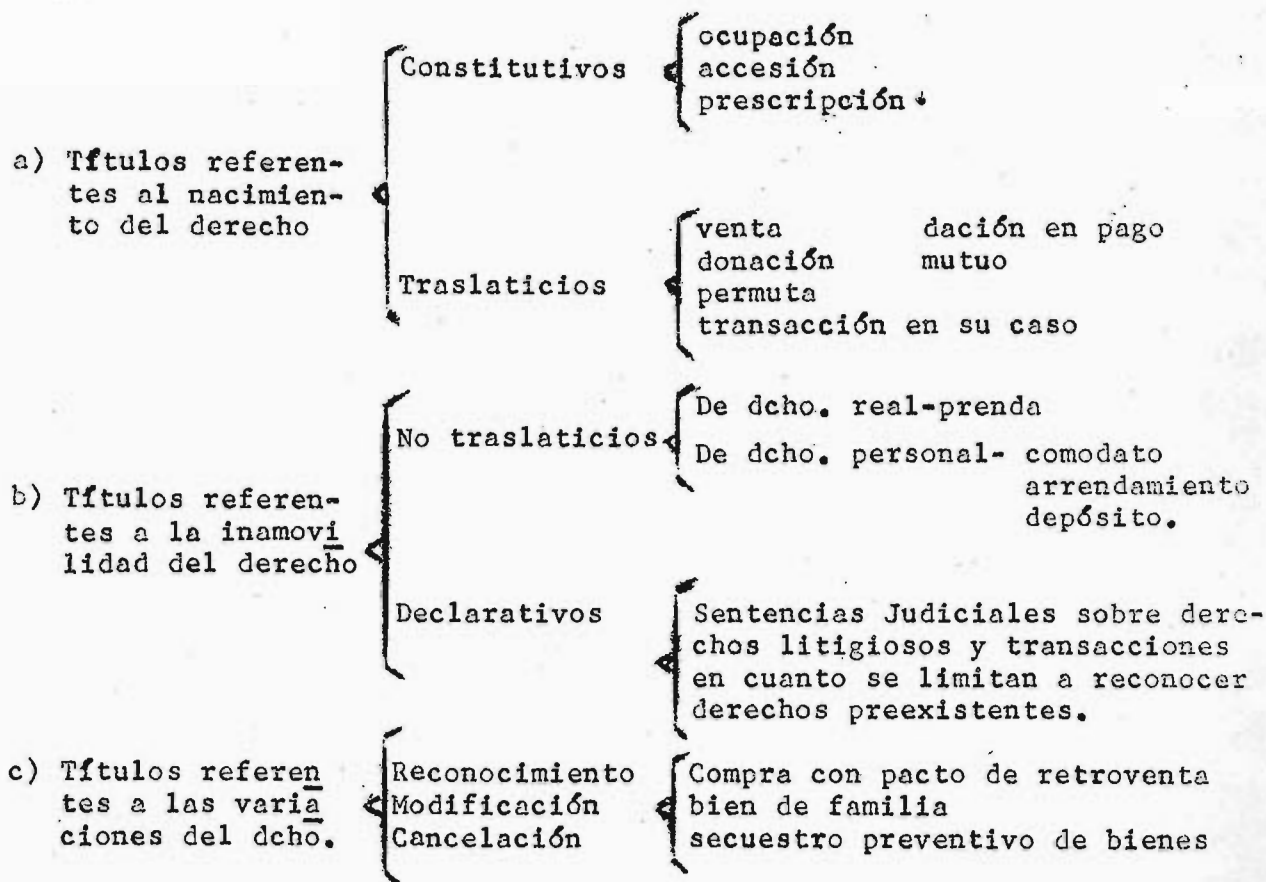


mos, en nuestro derecho los títulos no confieren por sí la propiedad.  
 En consecuencia, es una total falta de acierto llamarlos "Traslaticios"  
cuando realmente no trasladan ni pueden trasladar nada.

Porqué entonces la nomenclatura en nuestra ley? por una falta de visión, sencillamente.

En efecto, cuando el código francés dió cuerpo al chileno y éste al nuestro, se tomó la misma denominación que al respecto tenía aquél, cometiéndose así el error. Como en Francia, según explicamos, el contrato sí traslada el dominio, los títulos son llamados "traslaticios", porque en efecto esa es su función. Pero entre nosotros, en cambio, como no tenemos ese sistema, el nombre resulta incorrecto y postizo y se debe advertir que es un error llamarlo así, a pesar, claro está, de que nuestra ley por la razón apuntada los siga llamando de esta manera.

Expuesto lo anterior, podemos entonces formular el siguiente cuadro para detallar la clasificación:





Veamos cada uno de ellos.

a) Los títulos constitutivos son los que permiten adquirir el dominio por sí solos; se llaman así precisamente porque constituyen de una sola vez la propiedad, es decir originariamente, sin necesidad de modo alguno.

b) Los traslaticios no constituyen la propiedad; (ya dijimos que incluso no trasladan nada) pero sí son los que permiten la transferencia del dominio. En virtud de ellos el propietario de un bien, al acompañarlos del respectivo modo, traspasa sus derechos al adquirente, como se observa en la venta, donación, etc.

En el texto de Somarriva se señala en esta categoría al cuasi-usufructo, pero es necesario determinar que esta figura jurídica no existe en nuestro derecho pues no es cierto, como se interpreta a veces, que esté comprendido en los Arts. 787 y 791 ya que, entre otras razones, en ningún momento se autoriza en estos al usufructuario para hacerse dueño, como sí tendría que permitirse si realmente se tratase de cuasi-usufructo.

c) Los no translaticios son los que no permiten transferir el dominio. Cuando se celebra un negocio jurídico en base a uno de estos títulos el propietario sigue siendo tal y el otro negociante no está adquiriendo más que un derecho de uso o goce sobre la cosa, como sucede en los contratos ya citados en el cuadro anterior.

d) Los declarativos "son los que se limitan a reconocer o declarar el dominio o la posesión preexistente. Nada crean ni transfieren, solo confirman, reconocen o verifican una situación ya existente" son tales: las ya mencionadas sentencias judiciales y transacciones (20).

e) Los de reconocimiento son los que "suponen la existencia de un derecho anterior, por lo que no se crea ni se transmite pues el derecho sigue inalterable y únicamente se confirma el hecho de su existencia. Los títulos de reconocimiento no tienen ningún valor por sí solos, es necesario acreditarlos con otros preexistentes (inscritos o no) en que consta el derecho confirmado" (21)

Como estos títulos carecen de individualidad, aunque no son iguales a los declarativos, la práctica los ha asimilado a éstos.

f) Los de modificación igualmente no crean ni trasladan derecho alguno. Son los títulos con los que se amplía, se restringe o se varía de cualquier forma el derecho, sin que el mismo cambie su condición o naturaleza. Por ejemplo en un embargo, hay modificación del dominio porque se restringe al embargado su facultad de disposición. Por ello los embargos se inscriben como títulos modificativos.

De igual manera el bien de familia, la venta con pacto de retroventa son títulos modificativos debido a las limitaciones que encuentra el propietario para enajenar el bien.

g) Finalmente los de cancelación son los que le ponen fin a un derecho existente y que, al verificar la inscripción, determinan que aquel ha caducado para su tenedor y que puede ser anotado a favor de otro.

Por ejemplo, para comprobar la terminación del derecho de usufructo por muerte del usufructuario, se anota como título de cancelación la certificación de la partida de defunción.

Nótese que en la anterior clasificación no aparece un título un tanto problemático en nuestra legislación: la sucesión por causa de muerte. Pero ello se debe a que ésta, por no ser acto entre vivos, no puede quedar incluida en ninguna de las anteriores; por ello aceptamos a Somarriva cuando dice: "... No es evidentemente, un título traslativo de dominio, porque los muertos no transfieren sus bienes, los transmiten. La sucesión por causa de muerte como título, cabe dentro de lo que la doctrina llama títulos derivativos, que en forma amplia suponen una transferencia de propiedad entre vivos o una transmisión por causa de muerte" (22).

Un último punto se hace necesario exponer para terminar con este tema, y es el relativo a los llamados títulos constitutivos. Como se advierte, los que el Código Chileno ha agrupado como tales son exactamente los mismos que se agrupan como modos originarios, lo que nos podría llevar a plantearnos la duda sobre que si ellos son modos o si son títulos.

Sin embargo, no hay problema alguno; reparemos ante todo que el Código Chileno, que estamos siguiendo, hace esta clasificación precisamen

te cuando habla de los justos títulos en la posesión, es decir cuando está desarrollando ese requisito necesario de la posesión regular. Pero no lo hizo, y además no dijo nada, cuando habló de los títulos como requisito previo en la adquisición del dominio.

Qué significado podemos encontrarle a esta actitud? pues, sencillamente, que si los clasificó en base a la idea del justo título en la posesión es precisamente para referirlos sólo a ella, no al dominio. De tal manera que los llamados títulos constitutivos son en efecto títulos, pero sólo en relación a la posesión, es decir, sólo cuando se trate de adquirir la posesión regular, y nunca más.

En consecuencia, cuando se trate de adquirir el dominio o propiedad no serán jamás títulos sino que, simple y llanamente, seguirán siendo modos.

8) Expuesta ya la clasificación de los títulos, veamos ahora la terminación de los modos de adquirir.

Nuestra ley, que no explica en ninguna parte que son los títulos ni los modos, tampoco clasifica a unos o a otros y solo se concreta a señalarlos a los últimos en cada uno de los artículos que los va definiendo en forma particular. Esta situación actual era diversa a la existente en el Código Civil de 1860 en el que aparecía en el capítulo del dominio el Art. 602 señalando cuales eran los modos de adquirir. Y así, decía que eran "la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción".

Sin embargo -dice Belarmino Suárez- ya no figura este en la edición de 1904 al haberlo suprimido la ley publicada el 4 de agosto de 1902 por haberlo considerado así la comisión, por las siguientes razones:

"La disposición de este Art. es puramente didáctica, por lo cual la comisión ha juzgado conveniente suprimirla."

"Además, en el Código Civil se confunden muchas veces los títulos con los modos de adquirir en el dominio, como puede verse en el 766 don

de la ocupación, la accesión, y la prescripción se hacen figurar como títulos, cuando según el 618 son modos de adquirir"(23).

Por estos motivos se suprimió pues el Art. 602. Particularmente es toy de acuerdo con lo expuesto por la comisión pero solo en lo relativo a la primera razón. La segunda fue una equivocación total en que incidieron al no saber distinguir, como recién dijimos, cuando tienen uno u otro carácter.

Volviendo a la legislación actual, tenemos que nuestro Código ha señalado expresamente en los Arts. 587-624-651 y 2231 C, que reconoce como modos de adquirir únicamente los siguientes:

- a - la ocupación
- b - la accesión
- c - la tradición
- d - la prescripción adquisitiva
- e - la ley, que no la determinó expresamente como tal, pero que si aparece en nuestra legislación aunque en forma dispersa.

En torno a estos modos de adquirir la doctrina ha creado una serie de clasificaciones en que los agrupa, no abarcando entre ellas a la ley naturalmente por su condición sui generis. De esta forma, tenemos que las distinciones conocidas al respecto son:

- a - la de modos originarios, derivados y mixtos
- b - la de modos a título universal y a título singular
- c - la de modos a título gratuito y oneroso.

a) La más importante y general es la primera, o sea la de originarios y derivados.

X Son originarios, los que hacen adquirir la propiedad independientemente de un derecho anterior de cualquiera otra persona; es decir, los que permiten adquirir por sí, sin la concurrencia de un propietario anterior. Son tales la ocupación, la accesión y la prescripción. ?

X Los derivados son los que permiten adquirir la propiedad basados en un derecho anterior de otra persona, lo que significa que el derecho que



se adquiere está sujeto a los mismos requisitos, vicios, cargas, etc. que tenía cuando estaba en poder del anterior dueño. Así, cuando se transfiere un inmueble gravado por hipoteca, con usufructo, etc. la adquisición se hace con el gravamen.

Los mixtos son, naturalmente, los que gozan de ambas características, agrupándose por lo tanto aquí la ley y la prescripción pues en ambos existe un propietario anterior, por lo que no serían originarios; pero como no es de éste de quien se adquiere el dominio, sino del imperio legal o del lapso del tiempo, no son derivados. Son pues mixtos.

Según esta clasificación, los títulos se agruparían así:

a) originarios	ocupación accesión prescripción	b) derivados: la tradición	c) mixtos	prescrip. ley
----------------	---------------------------------------	----------------------------	-----------	------------------

Hay que aclarar que en relación a la prescripción no es unánime la doctrina para ubicarle su naturaleza. Así, Wolff, Messineo, Somarriva, la ubican en los originarios. Arias Ramos, Bonfante en los derivados, - por lo que también se agrupan en los mixtos. Pero la más aceptada y general de las tesis es la que los ubica en la forma como lo hemos dejado primero, o sea en los originarios.

b) La otra clasificación es en relación a la totalidad o fracción de un patrimonio. Son a título universal los que permiten adquirir la universalidad del patrimonio de una persona, o una parte alcuota de los bienes totales.

Y son a título singular, aquellos por los cuales solo se adquiere un bien determinado.

El modo universal, por naturaleza, es la sucesión per causa de muerte; pero como éste en nuestra legislación no es un modo sino un título, podríamos decir que no tenemos modo universal entre nosotros, pues la tradición y la prescripción únicamente en forma ocasional quedarían agrupados bajo este rubro.

En efecto, estos dos modos en términos generales son a título sin-

gular; sin embargo, cuando se trata de la cesión de bienes y de la adquisición de una herencia, la tradición desempeña un carácter de modo universal. Y cuando se trata de la adquisición de una herencia pero por el lapso de tiempo, la prescripción hace otro tanto, lo que nos permite decir entonces que únicamente en forma aislada o excepcional es que estos modos son a título universal.

Los otros, la ocupación y la accesión, son siempre a título singular.

c) La tercera clasificación es en relación al sacrificio pecuniario de los negociantes, que hace que los modos sean gratuitos u onerosos según que existe o no sacrificio monetario. Pero, esta clasificación carece de importancia.

Y para concluir en este tema, lo relativo a la ley. En nuestro derecho no aparece expresamente que sea un modo de adquirir como si aparece por ejemplo en el Código Español. Sin embargo, sí existe como tal. Y así, tenemos que son casos de adquisición del dominio y de los demás derechos, por la ley, los siguientes:

a) El caso del usufructo del padre de familia, Art. 807. La adquisición de este derecho no se sucede por ninguno de los otros modos conocidos, se sucede por virtud del imperio de la ley.

b) Todas las servidumbres legales. Del Art. 671 se advierte que la tradición es un modo de adquirir un derecho de servidumbre, pero, como veremos oportunamente, ello solo sería así en las servidumbres voluntarias, de modo que las servidumbres legales, que no se adquieren por tradición, se adquieren por la ley.

c) El tercer caso es el señalado en el Art. 1121 cuando dice éste que "las donaciones se confirman por el mero hecho de morir el donante", considerándose por algunos tratadistas que en este caso se verifica la transferencia por virtud de la ley. Sin embargo, esto hay que tomarlo con reservas pues es bastante discutible, aunque si se puede citar como otro caso.

C I T A S

- 1) José Castán Tobañas. Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo II. Derecho de Cosas. Pag. 179.
- 2) José Arias Ramos. Derecho Romano. Tomo II. Parte General, Derechos Reales, Pág. 240
- 3) Ibidem. Pág. 241
- 4) Castán Tobañas. Ob. Cit. Pag. 185.
- 4 bis) Ibidem, Pag. 186
- 5) Jerónimo González. Principios de Hacienda. Aparece en la cita No. 2 de la Pag. 185 de Castán T.
- 6) Felipe Sánchez Román. Derecho Civil Español Común y Foral. Parte Especial, Libro I. Derechos Reales, Derecho de Propiedad. Pag. 197.
- 7) Arturo Alessandri Manuel Somarriva. Curso de Derecho Civil, Tomo II. De los Bienes. Pag. 248
- 8) Después de exponer la tesis Somarriva la contrargumenta en la misma pág. 248.
- 9) Ambrosio Colín y H. Capitant. Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo II. Vol II. De los Bienes y de los Derechos Reales Principales. Pág. 660.
- 10) Somarriva, citado. Pag. 242.
- 11) Colín, Pag. 662. Planiol y Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo III. De los Bienes, Pag. 532 y sig.  
Henry y León Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte II, Tomo IV Pag. 328.
- 12) Colín y Capitant. Ob. Cit. Pag. 663.
- 13) Mazeaud, Ob. Cit. Pag. 329.
- 14) Héctor Lafaille. Derecho Civil, Tratado de Derechos Reales. Tomo III Pag. 194.
- 15) Colín y Capitant, ob. citada. Pag. 661
- 16) J. W. Hedemann. Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales. Vol II. Pág. 16
- 17 y 17 bis) Ibidem. Pág. 115 y 117.
- 18) Martín Wolff. Derecho de Cosas. Posesión, Derecho Inmobiliarios, - Pág 375.
- 19) Ibidem. Ob. Cit. Pag. 376
- 20) Napoleón Rodríguez Ruiz. Apunte mimeografiado sobre el Registro - Versión de Angel G. Marín.
- 21) Ibidem. Pag. 27
- 22) Somarriva. Pag. 262.
- 23) Belarmino Suárez. Código Civil de 1860 de la República de El Salvador.



## PRIMERA PARTE

### C A P I T U L O I

#### ASPECTOS GENERALES

#### CONCEPTO DE TRADICION

9) Es innegable que la idea general y acendrada que se tiene con respecto de la tradición es de que ésta equivale a una entrega; a la entrega de un bien hecho con el fin de trasladar la propiedad. Y, hay que admitirlo, en principio esta idea no es errada aunque no sea la más completa.

En efecto, gramaticalmente, la tradición equivale a entrega pues viene del latín tradere que significa entregar, poner en manos de otro. Desde este punto de vista, tal concepto es naturalmente correcto, pero también, es totalmente simplista y nada jurídico.

Desde el punto de vista jurídico, ¿qué es entonces la tradición? Jurídicamente la tradición no significa entrega. Jurídicamente equivale a una transferencia, que no materialmente de la cosa, sino a la transferencia o transmisión de la posesión de derecho, pero, exclusivamente, con un único fin: el de hacer propietario al que adquiere.

De aquí entonces que el concepto preciso de lo que es la tradición, el concepto jurídico, es el alusivo a la transmisión de la posesión independientemente de la entrega, por lo que concretamente podemos formular el concepto diciendo que la tradición es la transferencia de la posesión con el fin determinado de trasladar el dominio.

Se advierte de aquí que como dice Sánchez Román, "No es lo mismo la tradición en su sentido gramatical, que en su sentido jurídico. En el primero, equivale a entregar y, por lo tanto, constituye siempre un hecho, el acto de entregar una cosa. En el segundo, significa derivación o transmisión. (1).

Y en igual sentido, Bonfante: "El valor originario y natural de la tradición es la adquisición de la propiedad mediante la adquisición de la



posesión" (2).

Una cuestión evidentemente cierta, es que se podrá señalar como incorrección o imperfección el hablar en el concepto de "transferencia de la posesión", pues sabido es que la posesión jurídica, por ser un hecho personal, no se transfiere ni se trasmite (Art. 756 C.) Sin embargo no sólo vienen en mi abono las expresiones semejantes usadas por los tratadistas (Sánchez Román, Castán, etc.) sino además el lenguaje mismo de nuestro Código, que, para claridad y para referirse a la posesión de hecho utiliza parecidas expresiones en casos como los de los artículos 686: "... en que se reconozca, se transfiera...el dominio o posesión....": 765: en que el poseedor transfiera a otro su derecho".<sup>+</sup>

Pero volviendo a las dos posiciones, gramatical y jurídica, hay que aclarar que éstas no son opuestas o excluyentes; es bien sabido que es elemento básico en la tradición, aunque no en todos los casos, la entrega material de las cosas, de modo que no sólo por el origen lingüístico es que se puede entender que la tradición consiste en la entrega, sino por su aplicación material. Pero lo que sí debe quedar claro es que científicamente la tradición no es entrega; la tradición es la transmisión de la posesión jurídica, ora sea hecha mediando entrega material, ora sea mediando un acto que sólo la represente o sustituya.

De aquí que puedan haber actos en que exista una entrega y no haya tradición, como actos en que se dé efectivamente la tradición y no exista una entrega. Pero sobre este punto-entrega y tradición- volveremos luego a ocuparnos.

CONCEPCION ABSTRACTA Y CAUSAL DE LA TRADICION

10) Detalle que cobra nuevamente importancia cuando se llega a la formulación del concepto es el relativo a la concepción causal y abstracta de la tradición, pues según sea la línea doctrinaria que al respecto se siga, así será el concepto que se construya.

Recordemos que la concepción causal, desde la época o período ciá

<sup>+</sup> Los números de los Arts. aparecerán sin otra indicación, excepto - cuando se trate de disposiciones de otro Código distinto del Civil.

sico de Roma, significaba o significa que la tradición tiene su causa en una relación jurídica externa y anterior que constituye su base o fundamento. Esta causa anterior es el negocio jurídico realizado previamente por los contratantes, o sea, concretamente hablando, el contrato traslativo de venta, donación, etc, sobre el que girará la traslación del dominio.

Pero la concepción abstracta implica otra idea. Esta busca la causa de la transferencia no en relación jurídica previa, sino en el acto mismo de la transmisión, identificándola con la voluntad de los participantes; es decir que es en este acto de voluntad que se encuentra -en forma autónoma- la causa de la tradición.

A guisa de ejemplo, en este momento, podemos decir que la mejor expresión de esta tesis es la que presenta la ya expuesta doctrina alemana de la adquisición (Ver No. 4). Como se recordará, los alemanes, que en general prescinden de la tradición ocupándola sólo en las cosas muebles, basan su forma de adquirir el dominio en la concurrencia del acuerdo (einigung) y el Registro, y no en el negocio causal, al que no le dan mayor efecto, motivo por el que la transmisión recibe el nombre de "Contrato Real Abstracto" por ser sólo el acuerdo, la base, la causa de la transferencia.

Pues bien, en base a estas dos posiciones es que se formulan los conceptos de tradición. Así, conforme con la idea causal, Bonfante nos dice: que la tradición es la entrega o, en general, el poner a disposición de otro la cosa con intención, respectivamente, de renunciar y recibir el señorío de ella, a base de una relación que la Ley reconoce apta para justificar la traslación del dominio".

Y, concordes con la idea abstracta, Sohm exprese que "la tradición es la entrega de la posesión con ánimo de transmitir la propiedad" y De Diego que "es un modo de adquirir el dominio, derivativo y singular, consistente en la transmisión de la cosa de una persona a otra, ambas capaces, con el intento en ambas de que la última se haga propietaria" (3).

11) Por su parte, nuestro Código Civil en su Art. 651 expresa: -

"que 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 adquirir".

Con base a esta definición podemos preguntarnos: ¿Cuál es la posición que sigue nuestra Ley? ¿La abstracta o la causal?

Si analizamos únicamente esas expresiones del Art. 651 al parecer tendríamos que responder que sigue la corriente abstracta, pues en ningún momento hace alusión a la relación jurídica preexistente, dándole más bien importancia casi sólo al acto en sí, a la voluntad concorde como única generadora de la transmisión.

Sin embargo, no es ésta la línea de nuestra legislación; la corriente que seguimos es precisamente la tendencia causal, por varias razones:

a) Porque en términos casi absolutos nuestro Código Civil sigue fiel a las doctrinas romanas clásicas en lo relativo a la teoría de los títulos y los modos, doctrina que tuvo su base, precisamente, en la concepción causal de la tradición;

b) Porque no existen disposiciones que digan, o de las que se deduzca, que la voluntad contractual es totalmente suficiente para realizar la tradición y,

c) Principalmente, porque lo contrario a lo anterior sí existe en el artículo 656 que clara y expresamente dice: "que para que valga la tradición se requiere un título traslativo...", es decir, que solo vale la tradición si existe un acto anterior en que se fundamente, y ese acto consiste en el título o contrato.

#### IMPORTANCIA DE LA DISTINCION CAUSAL Y ABSTRACTA

12) Pero, ¿Cuál es la importancia que tiene la determinación de una de estas posiciones? ¿O no tiene objeto establecer cuál es la línea que sigue nuestra legislación?

Pues, bien, la importancia de ubicarse dentro de uno u otro lineamiento es jurídicamente seria, y se advierte sobre todo en las consecuencias que se originan cuando llega a faltar la causa en el negocio jurídico.

Así, en la tradición abstracta, tales consecuencias son: *gpc*

1o.- El adquirente se hace propietario no obstante la ausencia o vicio de la causa;

2o.- El tradente, como dejó de ser dueño, carece de una acción positiva y real como la reivindicatoria, y sólo puede obrar en base a una acción personal como la resolución del contrato.

3o.- Como un efecto de ser la acción personal y no real, no puede dirigirla contra tercero.

En cambio, en la concepción causal, cuando no existe la causa los efectos son: *gpc*

1o.- El adquirente no puede adquirir la propiedad de la cosa;

2o.- El tradente, como sigue siendo el dueño, conserva las acciones que emanan de la cosa; en este caso, conserva la principal acción que es la reivindicatoria y,

3o.- Como tiene siempre una acción real, puede hacer uso de ella frente a cualquier persona, no solo frente al adquirente, es decir que puede oponerla a los terceros (4)

Ante tan notorias y graves consecuencias, la determinación de nuestra legislación en un solo sentido, es evidentemente necesaria de establecer y al mismo tiempo importante, siendo por lo demás, innecesario que se comenten.

ELEMENTOS DE LA TRADICION

13) Dijimos ya que desde la época romana en la tradición se distinguen tres elementos constitutivos que la caracterizaban como modo de adquirir, y los cuales aún hoy, siguen teniendo el mismo valor.

Estos elementos son:

- a) el elemento material: la entrega de la cosa
- b) el elemento subjetivo: la intención de transferir el dominio
- c) el elemento jurídico: la justa causa.(5)

a) En efecto, siendo la tradición el modo como una persona puede adquirir derivativamente el dominio de otra, lo natural es que tal transferencia se verifique mediante la entrega, bien materialmente de la cosa o bien mediante una fórmula representativa.

Pero, si es cierto que la entrega que hace el propietario es una indicación de que se está transfiriendo la propiedad, cierto es también que ello no pasa de ser una simple inferencia, pues perfectamente podría estarse entregando la cosa sin el menor intento de trasladar el dominio y hacerlo, más bien, con el único y específico fin de otorgarla por ejemplo en préstamo (como en el comodato), o de servirse de la propiedad misma, entregándola como prenda en garantía de cualquier obligación.

b) Por tal motivo, es necesario entonces que la entrega que se sucede vaya acompañada de otra circunstancia que indique la razón por la que se hace, esto es, que indique la intención de las partes, debiendo ser esta intención la encaminada -forzosamente- a transferir el dominio como expresamente lo exige el art. 651. †

De aquí que solo cuando se sucede tal motivación estaremos en presencia de una transferencia de posesión; cuando la entrega no sea con la clara finalidad de trasladar la propiedad no podremos decir nunca que ha habido tradición de la misma.

Naturalmente, y con razón, se podrá criticar este segundo elemento pues es positivo que al derecho el campo de la intencionalidad casi le está vedado. Sin embargo ello no es absoluto. Por medio de los actos externos, en menor o mayor medida, se tiene la pauta de la intencionalidad, en este caso concreto, las manifestaciones expresas de los contratantes, las inscripciones, el contrato sobre el que gira el negocio, etc. son las que nos indican si hay o no tal intención.

c) Finalmente, la justa causa, es decir el elemento jurídico que constituye la base de la tradición.

Pero ¿qué es la justa causa? Dos son, dijimos, las tesis que la explican, abstracta y causal. Mas, como ya dejamos sentado que la corriente de nuestro derecho es la causal, la justa causa sería el acto o relación jurídica que previamente realizan los contratantes, el título por cuya virtud se pretende adquirir y el cual, efectivamente consistiría en el contrato de venta, donación, permuta, etc., que exige el Código en el Art. 656.

Por supuesto que el acto jurídico que servirá de causa deberá ser un acto suficiente para transferir. Si se hace la entrega, o mejor dicho, la transferencia de la posesión, dejando las partes entrever claramente su intención de trasladar el dominio, pero al celebrar el contrato por alguna circunstancia ajena le dan a éste un carácter tal que hacen que se configure un contrato no traslativo, no habrá entonces tradición, con todo y la intencionalidad, con todo y que ya hubo entrega, porque el contrato no fue suficiente para transferir y porque -en consecuencia- no hubo justa causa suficiente.

DISTINCION ENTRE ENTREGA Y TRADICION!

14) De la exposición de los elementos emanan, subsecuentemente, marcadas diferencias entre los efectos de una simple entrega y los de la verdadera tradición, como consecuencia natural de lo distinto que son ambos.

Ya dijimos, y es necesario recalcar, que la entrega desempeña importante función en la transferencia de la posesión, pues para materializar esta transferencia, es decir para materializar la tradición, en ocasiones se tendrá que hacer una entrega material, pero como esto no será siempre así, la identificación resulta claramente desacertada.

Por lo mismo, existen entre ambas positivas diferencias de carácter jurídico que han quedado ya esbozadas en el punto anterior y que concretamente sintetizamos así:

a) En lo referente a la intencionalidad. En la simple entrega no

hay intención de trasladar ni de adquirir el dominio. En la tradición, en cambio, cuando se verifica la entrega, concurre siempre en el tradente la intención de transferir la propiedad y en el adquirente la de hacerse dueño. Y como en ambos casos se verifica la misma actividad, el mismo acto material de dar a otro, lo que las diferencia entonces es la intención.

b) La segunda distinción es precisamente en relación al elemento tercero de la tradición, la causa, la que a su vez viene a constituir la expresión de la intencionalidad, es decir la que constituye la forma como se deja entrever o como se manifiesta a través del título o contrato, la intención de los negociantes.

Así, si la causa del negocio jurídico fue un contrato de los clasificados como no traslaticios, como decir un arrendamiento, un préstamo de uso, un depósito, etc. es evidente que la entrega de la cosa hecha en estos casos no constituye tradición -sino una mera tenencia- pues no hay transferencia de dominio.

En cambio cuando el contrato causal es una venta, una permuta, etc. es decir un contrato traslaticio, la entrega que se haga entonces sí constituirá tradición porque está sirviendo como transferencia de posesión con intención de trasladar el dominio.

Sentadas estas distinciones, su aplicación práctica surge cuando podemos señalar los casos en que tales términos están bien usados por el legislador, y aquellos en que -indebidamente- se asimilaron ambos. Así tenemos que están correctamente empleados en los artículos 747 Inc. 3o. C. (tradición presunta) 763 (adquisición de posesión por instrumento público) 1985 (en el mutuo) 1969-1972- (de depósito) 1932 (comodato) 2134 (prenda). Y los ha empleado en mala forma en el 1314 porque los contratos reales se perfeccionan por la entrega, no por la tradición, como dice. En el 1627 porque la obligación del vendedor es la de entregar la cosa y no, como reza el Artículo, "la de entrega o tradición". En el mismo 651 en que define la tradición porque fue parcial al referirla solo a los muebles cuando dijo que "consiste en la entrega". Y finalmente en el 652 cuando dijo que el "tradente es quien transfiere el dominio de la cosa entre-

gada. . .", pues no todas las cosas que son objeto de transferencia de dominio se entregan. Así, los derechos reales como el usufructo, la hipoteca, el dominio, etc. solo se constituyen o transfieren, no se entregan, por la sencilla razón de que son inmateriales.

CLASES DE TRADICION

15) Las clases o especies de tradición conocidas es una clasificación de las diversas formas de cómo se realiza la misma, y que ha sido elaborada sobre todo en base a las ya conocidas fórmulas que al respecto nos legaron los romanos.

Así se distinguen las siguientes clases de tradición (6).

- 1) Tradición real
  - a) Simbólica
  - b) Instrumental
- 2) Tradición fingida
  - c) Longa manu
  - d) Brevi manu
  - e) Constituto possessorium
- 3) Causi tradición
- 4) Tradición por ministerio de ley
- 5) Tradición por inscripción

1) La real es la que se verifica por la entrega material que de la cosa hace el tradente. Su campo de aplicación es, por lo tanto, en la tradición de cosas muebles y también opinan algunos en la tradición de los derechos personales pues ésta, como reza el Art. 672 se verifica por la entrega del título. Pero esto lo aclararemos en su oportunidad.

2) La fingida o ficta, por el contrario, tiene lugar cuando la entrega de la cosa, o mejor dicho la transferencia de la posesión, se verifica por actos que la representan, es decir no por la entrega real, sino por otros hechos demostrativos.

Son varias las clases de traditio ficta, a saber:



a) La primera, la simbólica, es aquella en que la tradición de la cosa se hace mediante la entrega de objeto o signos representativos de ella. Por ejemplo en el caso en que se entregue las llaves del granero, almacén, cofre etc. como dice el Art. 665 No. 3.

b) La instrumental (traditio cartae). La de mayor aplicación en nuestro medio. Tiene lugar cuando la transferencia se verifica en forma escrita, por medio de un documento en que conste la misma. Por ejemplo, todos los casos de tradición de inmuebles (por venta, donación, permuta) los de tradición de legados y los de derechos reales, a excepción de los derechos de hipoteca y de herencia. *manifiesto de ley*

Todos ellos son casos de tradición ficticia instrumental pues nuestro Código en los Arts. 667, 670 y 671 dicen que la tradición de los mismos respectivamente se verifica por un instrumento en que el tradente exprese constituirlo y el adquirente recibirlo.

c) La Longa Manu, es la que tiene lugar cuando se señala el lugar en que está la cosa. Aparece en nuestra codificación en la tradición de cosas mueble cuando el Art. 665 No. 2 escuetamente nos dice: "Mostrándosela".

d) y e) La Brevi Manu y el Constitutom están contemplados en el número quinto del mismo 665. Son dos figuras contrarias sobre el mismo punto. En la primera, el dueño deja de ser tal y el que está poseyendo la cosa a su nombre (como mero tenedor) pasa a ser propietario. En la segunda, el dueño, que también deja de ser tal y que tiene la cosa en su poder, es quien se queda poseyendo a nombre del adquirente en calidad de un título no traslativo como el arrendamiento, comodato, etc. como reza la parte final del número 5 que es la que contempla esta figura de Constitutom.

3) La Cuasi Traditio. Esta no es una fórmula o clase distinta de verificarse la tradición, como las anteriores. Es la misma tradición en sí, pero recibe este nombre por una circunstancia especial: porque no es la que hace referencia a la adquisición del dominio sino a la adquisición de los derechos reales.

Recordemos que el Art. 651 en su segundo inciso dice: "Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales". Pues bien, esta es la causi-tradición, la aplicada o referida a las cosas incorporales.

4) Tradición por Ministerio de Ley. Como lo indica su nominación, es la que se verifica por mandato legal. "Los tratadistas designan con esta frase todos aquellos casos que no están comprendidos en las sentencias anteriores y en que la tradición se verifica en virtud de un precepto legal" (7).

Ejemplos de esta clase de tradición son: El Art. 669 que expresamente nos dice que la tradición de la herencia se verifica por Ministerio de Ley, y los casos del Art. 771 No. 1 y 840 y siguientes que ya explicamos anteriormente.

5) Todas las anteriores son las especies de tradición que los textos de los civilistas nos presentan y detallan. Sin embargo, dado que en nuestro derecho existe una clase más de tradición que no está comprendida en la anterior clasificación, se a agregado para completar el cuadro.

Esta especie de tradición que es la que podríamos designar como Tradición por inscripción, tiene lugar en dos casos en toda nuestra legislación: en el derecho de hipoteca, como nos dice el Art. 668, y en el derecho de dominio cuando el bien vale menos de \$200.00. (ya no)

No obstante ser un derecho real, la hipoteca está excluida del régimen de transmisión de tales derechos que en general es, como vimos, instrumental. Excepcionalmente, se ha señalado para esta forma una especial y única en virtud de la cual se deberá constituir el derecho, siendo esta forma la inscripción en el Registro.

Sintetizando las anteriores especies en la aplicación de nuestro Código, tenemos entonces:

1o. Tradición de cosas muebles:

Art. 665 No. 1 - Tradición real

No. 2 - Tradición larga manu

Nos. 3 y 4 - Tradición simbólica

No. 5 Tradición brevi manu, la parte primera ; y  
Tradición por constituto, la parte segunda

2o. Tradición de inmuebles y demás derechos constituidos en ellos

Art. 667. Tradición del dominio - instrumental

Tradición del dominio cuando valen menos de \$200.00 - Re-  
gistrál. (derogado).

Art. 667 Tradición del Derecho Usufructo, uso y habitación - instru-  
mental (Cuasi Traditio) ✓

Art. 668 Tradición del Derecho de Hipoteca - registrál (Cuasi tradi-  
tio) ✓

Art. 669 Tradición del Derecho de Herencia ✓ legal (Cuasi Traditio)

Art. 670 Tradición del Derecho de legado ✓ instrumental (Cuasi -  
Traditio)

Art. 671 Tradición del Derecho de Servidumbre - instrumental (Cuasi  
Traditio)

Art. 672 Tradición de los Derechos Personales - simbólica

CARACTERISTICAS

16) Aunque este punto no tiene mayor contenido y es solo una síntesis de los caracteres que resaltan en la tradición, he considerado conveniente exponerlo en vista de que los textos que generalmente se utilizan en nuestro medio son los chilenos, dada la similitud de la legislación de aquéllos y la nuestra. Y como en ellos se señala notoriamente esto, es necesario aclararlo para no incurrir en un error en ciertos detalles que ellos exponen y que tienen validez en aquel medio, pero no en el nuestro.

Para contribuir a esclarecer pues, veamos las características de la tradición en nuestro Código Civil:

1o.) Lo que le da la gran importancia a esta institución:

Que es un modo que sirve no sólo para adquirir el dominio sino también cualquier derecho real, incluso para adquirir los derechos personales.

2o.) Es un modo de adquirir derivativo. Como ya dijimos, opera la tradición en los casos en que se llega a ser dueño de un bien que pertenece a otro que lo enajena. Si el bien que se adquiere carece de propietario anterior, operan los otros modos originarios conocidos, pero no la tradición porque ésta es derivativa.

3o.) Es un modo de adquirir que opera no sólo entre vivos, sino también por causa de muerte. Y con este se da uno de los casos en que debe repararse para evitar la confusión con los chilenos.

En efecto, dicen éstos que la tradición es un modo de adquirir que solo opera entre vivos. Ante esta situación, en dónde está la verdad?

Pues bien, lo cierto está en ambas expresiones. Lo que sucede es que en Chile el modo de adquirir por causa de muerte es la sucesión, y la tradición, en tales casos, no tiene absolutamente ningún papel que desempeñar, concretándose cumplir su función de modo únicamente en las transacciones entre vivos.

En cambio, entre nosotros, la situación es distinta. La sucesión por causa de muerte ha dejado de ser un modo para convertirse en un título y, en consecuencia, el medio para adquirir en tales circunstancias, como señala el Art. 669 C., es la tradición. Por esta razón en nuestro Derecho este modo de adquirir no solamente es causa para la obtención del derecho entre vivos, sino también en los casos de transmisión por causa de muerte.

4o.) Es un modo de adquirir a título singular. Como vimos solo hay un caso en que la tradición en nuestro Derecho es a título universal. Pero esta característica, al estudiarla en los textos chilenos, nos presenta el mismo problema que la anterior.

La dificultad se plantea a propósito de la tradición de la herencia. Somarriva señala que la tradición es universal cuando se hace la enajenación del derecho de herencia, no cuando se adquiere la sucesión por el heredero, lo cual no es totalmente cierto entre nosotros.

En nuestro régimen la tradición es universal precisamente en el caso

rechazado por el comentarista, o sea cuando un heredero adquiere los bienes que le dejó el causante, los que se adquieren por tradición debido a que no tenemos la sucesión como modo.

En tanto que en la enajenación del derecho de herencia (Art. 1699) como el heredero al vender o permutar su derecho está transfiriendo el patrimonio del causante, la tradición es naturalmente a título universal, pero como ello ya no es sino una enajenación de un derecho real, no podía venir a ser aquí la excepción, como afirma Somarriva.

5o.) Finalmente la característica relativa al acto jurídico propio de la tradición, que la presenta como una convención; pero este último detalle, de gran importancia jurídica, es la base del siguiente tema y allí lo desarrollaremos.

#### NATURALEZA JURIDICA

17) Importante y debatida cuestión entre los civilistas es lo relativo a la determinación de la naturaleza jurídica de la tradición. Aún a la fecha, no digamos en anteriores épocas, se discute sobre este interesante tema, aunque hoy la discusión se ha disminuido debido a la identificación que han hecho la mayoría de los autores en una sola corriente.

Así algunos expositores como Barassi sostienen: "que la tradición es un simple hecho, pero hecho jurídico puesto que produce consecuencias jurídicas". En cambio otros, como Pernisce, Perozzi, "sostienen que la tradición es un negocio jurídico unilateral. Ordinariamente, es el propietario de la cosa el que abandona la posesión facilitándole, mediante ese abandono, la adquisición, al aquirente" (8).

En oposición a la tesis de Barassi de que la tradición, como hecho generador de consecuencias jurídicas, es un hecho jurídico, sostienen algunos que la tradición es un acto jurídico, pero el problema surge porque no hay uniformidad en ellos sobre la clase de acto jurídico que constituye la tradición, esto es, si es un acto unilateral o bilateral, si es un acto abstracto o causal.

Que es pues la tradición? Cuál es su naturaleza jurídica? Al respecto

encontramos que las soluciones que se han expuesto son varias, pero diversas y encontradas.

Además de la posición de Barassi, que siguen otros por supuesto, se dice por algunos que la tradición es un acto unilateral, por otros que es un contrato y por otros más que es una convención. Cuál es entonces la tesis verdadera?

Digamos antes que sobre el acto jurídico existen variedad de distinciones que tiene plena aplicación en la legislación (Art. 1305 y sig) Pero que no los tratamos porque trascienden este tema. Sin embargo, de todas ellas nos importa la relativa al acto jurídico bilateral y unilateral.

El acto es unilateral cuando, con una sola voluntad, nace en la esfera del derecho; es la expresión de una única voluntad, como decir el testamento, el reconocimiento de hijo natural, la ocupación, etc.

Y es bilateral, cuando requiere el acuerdo de dos o mas personas, o sea que es el acuerdo de voluntades de dos o mas partes destinadas a crear, modificar o extinguir derechos.

Pues bien, autores como los citados Pernice y Perozzi, sostienen que la tradición es acto unilateral porque lo que existe en ella no es mas que una sola voluntad, una sola actividad, la del que hace la tradición, que se despoja de su posesión abandonándosela al adquirente. La actividad de éste carece entonces de trascendencia porque su papel es sólo la de receptor.

Pero esta tesis ha sido refutada por basarse en una inadecuada preponderancia a la actividad del tradente. Inadecuada e incorrecta pues, en mi opinión, el tradente "abandona su posesión", porque con el acuerdo de ambos el adquirente ha provocado tal abandono de posesión para él, lo que no hubiese sucedido si el arreglo o acuerdo previo no se hubiese realizado. Si aun sin un acuerdo con otra persona el dueño dejare o abandonase su posesión, al ser ésta adquirida por alguien, no se estaría en presencia de una tradición, sino de un hallazgo, lo que es totalmente distinto.



La voluntad del tradens pues, no es la única; está también la del adquirente que ha querido la cosa y que -por ello- ha provocado "tal abandono de posesión" en él.

Por otra parte esta tesis no tiene cabida en nuestra legislación en donde, por definición, se exigen ambas voluntades como generadoras de la transferencia.

La tradición no es entonces un acto unilateral.

Tampoco la tradición es un hecho jurídico, como quiere Barassi que se tenga por la simple razón de que en los hechos jurídicos la mutación del derecho, es decir la adquisición, la pérdida, etc. del mismo, sucede sin que exista -de parte del sujeto- la intención de producir tales consecuencias jurídicas, como sí sucede en el acto jurídico.

Recordemos que la distinción entre hecho y acto jurídico radica precisamente en esa circunstancia volitiva de alterar o no el ordenamiento jurídico. En el acto, la manifestación de voluntad es tendiente a crear, modificar, o extinguir el derecho, en tanto que en el hecho la manifestación de voluntad es encaminada a realizar una actividad cualquiera, sin pensar en el derecho, el cual sin embargo se ve afectado a la larga porque, como producto social que es, toda actividad humana que representa intereses materiales, morales o espirituales, lo afecta.

Pero la intención del autor en estos casos no es la de producir consecuencias jurídicas, aunque ellas le sobrevengan. Si tal cosa sucede en los hechos, no podríamos decir entonces que la tradición sea tal pues en ella es donde las voluntades de los negociantes mejor expresan su intención de producir consecuencias jurídicas, como es la transferencia de dominio.

Cesteau (9) por su parte, apoyándose en otros comentaristas, nos dice "que la tradición es un contrato". "Lo que prueba evidentemente que la tradición es un contrato como los demás, es que el dominio no se adquiere cuando la tradición ha tenido lugar entre personas incapaces. Si fuere una consecuencia necesaria e ineludible de lo pactado, no habría necesidad de voluntad. Por ejemplo en la compraventa, vendedor y comprador son

capaces pero al hacer la entrega resulta que el comprador ha sido declarado incapaz. Si la tradición no fuera un contrato, yo habría entregado la cosa válidamente al incapaz, pero como lo es, necesita capacidad para consentir y recibir".

Sin embargo, tal tesis no es acertada. En mi opinión, si fuera un contrato ¿para qué se exigiría como requisito previo un título traslativo, es decir otro contrato?. Ya sabemos que para adquirir el dominio no basta el solo contrato, se exige además un modo. Entonces si la tradición fuese un contrato, sería un título, no un modo, y tendríamos que el régimen de adquisición sería entonces por dos contratos, lo cual es un absurdo.

Finalmente, lo que dicen la mayoría de comentaristas en relación al acto jurídico. Recordemos que al exponerlo dijimos que se distinguen los actos encaminados o destinados a crear obligaciones y los destinados a exigir esos logros jurídicos en cuestión. Los primeros, los que crean, y reciben el nombre de contratos. En cambio, los que extinguen o modifican constituyen lo que se llama CONVENCION.

Y frente a esta distinción nos preguntamos ¿cual es el papel que desempeña la tradición?

Evidentemente, la tradición no tiene jamás por objeto crear obligaciones, sino, por el contrario, extinguir las, por lo que no puede ser un contrato.

En efecto, cuando se ha celebrado un negocio causal, la venta por ejemplo, el efecto de ésta es crear la obligación de entregar la cosa y de pagar el precio. Ahora bien, cuando el dueño entrega la cosa al comprador haciéndole además la tradición, lo que hace es extinguir la obligación que le creó tal contrato.

Por ello dice Valencia Zea: "la tradición no es contrato (al menos dentro de la doctrina del código de Bello) pues no tiene por objeto crear obligaciones, sino extinguir las que existían entre el tradente y el adquirente" (10)



Si no es contrato, si su objeto es extinguir obligaciones, la tradición es entonces una convención.

Como la transferencia del dominio requiere siempre un título traslativo, la tradición -en cada caso llegará siempre a extinguir la obligación nacida de éstos.

Así además del caso de la venta, cuando el donante, el permutante, hacen la tradición de la cosa donada, permutada, lo que concretamente están haciendo es concluyendo, extinguendo su obligación; es decir realizando una convención.

Por todo lo expuesto, sin lugar a dudas, afirmamos -en conclusión- que la tesis imperante y cierta es de que la tradición es una convención.

43

C I T A S

- 1) Felipe Sánchez Román -obra citada - página 248
- 2) Bonfante, citado por Castán Tobeñas en la página 223
- 3) De Diego, Instituciones de Derecho Civil Español -Parte General.  
Derecho de Propiedad, Derechos Reales- Tomo I. Página 407
- 4) Alvarez- Problema de la causa en la tradición -citado en la página  
225 de Castán Tobeñas.
- 5) Derecho Romano de Arias Ramos. Página 240
- 6) Sánchez Román. Obra citada - Página 239
- 7) Castán Tobeñas - Página 228
- 8) Vittorio Pescio - Manual de Derecho Civil -Derecho de Propiedad-  
Tomo II Pagina 294
- 9) Cesteau, citado por Pescio -nota No.4 de la página 292
- 10) Valencia Zea - Derecho Civil - Derechos Reales - Tomo II página 291

CAPITULO II  
REQUISITOS DE LA VALIDEZ  
DE LA TRADICION

ENUNCIADO

17) Como todo acto jurídico, la tradición necesita de los requisitos generales tanto de existencia como de validez que deben existir en tales manifestaciones de voluntad. Pero, además de estos exige también ciertos requisitos particulares como la necesidad de título traslativo, las solemnidades propias de cada enajenación, que si bien no encajan en aquellos, producen al faltar las mismas consecuencias, esto es, la de no verificarse la transferencia de la posesión.

Así, tenemos que los requisitos que necesita la tradición para que se produzca son:

- 1) CAPACIDAD Y CONSENTIMIENTO DE TRADENTE Y ADQUIRENTE. Art. 651, 652 y 653.
- 2) NECESIDAD DE TITULO TRASLATIVO DE DOMINIO. Art. 656
- 3) AUSENCIA DE ERRORES, Arts. 657, 658 y 659 y
- 4) SOLEMNIDADES ESPECIALES EN LAS ENAJENACIONES. Art. 660 /

Antes del desarrollo debemos aclarar que se ha designado este capítulo como "Requisitos de Validez" solo para ser congruente con la ley en vista de que cada una de las disposiciones anotadas dicen "para la validez" o "para que valga la tradición", lo que no significa que todos sean solamente requisitos de validez de los actos. El primero, para el caso, es mas que todo de existencia, y los demás propiamente no son ni de existencia ni de validez.

Estas expresiones de la ley, y el título del capítulo -en consecuencia- deben interpretarse en términos generales como requisitos propios para que llegue a producirse la tradición, y no como rígidos requisitos de validez.

En cuanto a los errores, dado que forman parte del consentimiento como vicios que no deben darse para que éste exista, se podría señalar como incorrección su determinación como requisito separado. Sin embargo no es errado ni antojadizo el ubicarlos como un requisito autónomo.

La principal razón para darle esta individualidad es la diversa naturaleza del acto, que siendo convención, hace que existan variaciones en la regulación. Así, hay coincidencia con las reglas generales de los actos en cuanto a las cosas y al título, pero no en cuanto a las personas.

Además, precisamente por tratarse de un acto que tiende a extinguir obligaciones, la tradición se asimila a la primera forma de extinción de éstas, cual es el pago, lo que aumenta las motivaciones para darle un carácter de requisito autónomo o separado, como lo ha hecho también el mismo Código.

Pero volviendo al señalamiento de los requisitos, entre los expositores tenemos que Somarriva por su parte, señala también cuatro, a saber: a) presencia de tradente y adquirente; b) consentimiento; c) título traslativo y d) entrega de la cosa (1)

Valencia Zea, apegado al Código colombiano, señala a su vez tres requisitos: 1) Requisitos comunes de los negocios jurídicos: voluntad, consentimiento, etc. 2) Obligación previamente constituida (Título Traslativo) y 3) Que el tradente sea dueño de la cosa (2)

Pero sobre todos estos interesa referirse a aquellos expuestos por Somarriva que no hemos incluido entre los nuestros por no parecernos como tales.

En efecto, la presencia de tradente y adquirente es, mas que todo,

una condición sine-qua-non, un elemento propio de la existencia de este instituto, sin lo cual sencillamente no existiría, no habría razón para hablar de él. Si faltan el tradente o el adquirente no podría darse ningún acto, ninguna manifestación de voluntad, mucho menos una tradición. Además, los requisitos de una determinada figura me parece que deben ser propios para que lo distinguan; pero aquí el tradente y el adquirente son al mismo tiempo vendedor y comprador, donante y donatario, etc. de modo que la ausencia no solo afectaría a la existencia de la tradición sino también a la del contrato, pues tal requisito no es individual o propio, lo que da base para no tomarlo como tal.

En cuanto al último de los que cita Somarriva, o sea la entrega, ya dijimos que es un elemento de la tradición, no un requisito, Si tal cosa fuere, tendría que existir forzosamente en cada ocasión en que se está realizando una tradición, pues de lo contrario dejaría de ser un requisito necesario para que ésta se efectúe. Sin embargo, ya dejamos claro que no solo es uno sino varios los casos en que según nuestra ley la tradición se realiza sin la concurrencia o mediación de una entrega, lo que hace que tampoco se pueda tener francamente como un requisito propio.

Por estos motivos hemos pues excluido a ambos requisitos de la tradición y nos hemos concretado al consentimiento, título, errores y solemnidades, por parecernos que el texto de nuestra ley es a éstos a los que les da esta categoría, dada la forma en que imperativamente los exige.

Veamos entonces en detalle cada uno de ellos.

#### 1) CAPACIDAD Y CONSENTIMIENTO DE TRADENTE Y ADQUIRENTE

18) No obstante que estos son dos requisitos totalmente distintos, para su estudio los englobamos en un solo rubro por el hecho de referirse

ambos a los sujetos del acto, es decir por tener de común el ser exigencias personales.

Sobre éstos podría presentarse la crítica de que siendo de los requisitos generales que exige nuestra ley a todos los actos jurídicos (Art. 1361), no hay razón para que sean tratados acá individualmente; es obvio que deben existir en la tradición desde luego que ésta es un acto bilateral.

Sin embargo, el legislador los ha incorporado como requisitos particulares o propios no sólo con fin simple de resaltar aquí su importancia, sino porque las reglas dadas en el régimen de las obligaciones han sido formuladas, sobre todo, con el objeto de referirse a los actos que crean; y como aquí no estamos frente a uno de éstos, sino frente a uno de los que extinguen, los reguló con particularidad. Aclarado esto, pasemos al estudio de cada uno.

### Capacidad de goce y de ejercicio

a) El primero, la capacidad, está desarrollada en el Art. 651 cuando dice: "... habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio y por otra la capacidad e intención de adquirirlo".

La capacidad es la aptitud legal de una persona para el goce y ejercicio de los Derechos Civiles. Se distinguen dos clases de capacidad: la de goce y la de ejercicio.. La primera es la que tiene toda persona para ser sujeto de derecho, para contraerlos. La de ejercicio es la facultad de adquirir derechos y contraer obligaciones. Savigny las llama jurídica o de derecho y de hecho o de obrar, respectivamente, manifestando que la primera es la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas y que la segunda es el poder de realizar actos con eficacia jurídica (3)

Pero en el artículo se advierte que la ley ha empleado una terminología diversa; al referirse al tradente dijo facultad y al hacerlo al adquirente, concretamente, capacidad. ¿Usó la ley dos expresiones sólo para evitar redundancia, o para significar que se refiere a dos cosas distintas?

Facultad de disposición.

A pesar del empleo de términos diferentes, la ley se ha referido a una sola cuestión: a la capacidad, aunque diversa; y si bien en relación al tradente dijo facultad, no lo hizo por razones metajurídicas de expresión o lenguaje, sino porque de esa manera aludió a otro detalle de íntima conexión como es la facultad de disposición.

Como sabemos, entre las facultades del dominio se distinguen las materiales y las jurídicas. Las que interesan -las segundas- "son las que se realizan mediante actos jurídicos. Entre esos se encuentran los actos de disposición, que para ser ejecutados requieren la facultad de disposición. Esta, en un sentido restringido, es el poder del sujeto de desprenderse del derecho que tiene sobre la cosa, sea o no en favor de otra persona y sea por un acto por causa de muerte o por unos entre vivos" (4)

Capacidad de disposición.

Pero la facultad de disposición necesita a su vez de algunos elementos, como son, entre otros, la titularidad del derecho de que se trata y la capacidad de disposición. De aquí que no es lo mismo "y no debe confundirse la capacidad de disposición y la facultad de disposición. La primera es la aptitud general del sujeto para disponer libremente de los derechos. La segunda, en cambio, es el poder para disponer de un derecho determinado". (5)

Así, no podría haber por ejemplo facultad de disposición en los actos que realizara un interdicto porque no pudiendo disponer de sus bienes en general, carecería de capacidad de disposición.

Siendo pues que la facultad de disposición implica capacidad de disposición, es claro que la frase del Art. <sup>es</sup> 650 exige capacidad a ambos. Pero -al decir facultad para tradente- está además exigiendo a éste facultad de disposición, es decir poder para desprenderse de ese derecho concretamente, la cual no sería posible si, aparte de no ser el titular del mismo, careciere de poder para disponer libremente de todos sus derechos en general.

-44-

En este mismo sentido se expresa Salvat cuando, al comentar el Art. 2601 del Código Civil Argentino dice "que éste exige de parte del tradente no sólo que sea propietario de la cosa, sino también que tenga capacidad para enajenar, lo cual se funda en la misma razón ya dada: la tradición es un acto destinado a transmitir la propiedad y, en consecuencia, es lógico que el tradente debe tener la capacidad necesaria para disponer de la cosa. En cuanto al adquirente, debe ser capaz de adquirir. La capacidad debe existir en el momento mismo de realizarse la tradición". (5 bis)

Por lo tanto, la síntesis es que la ley con particularidad ha exigido la capacidad a que alude el Art. 1316 en forma directa solo para el adquirente, conformándole una capacidad de goce. Al tradente en cambio, como es el que se desprenderá de la cosa, el que hará uso de los atributos del dominio, le ha exigido algo más, le ha exigido la facultad de disposición, y al establecer esto, le ha exigido también, implícitamente, la capacidad de disposición o de ejercicio.

Esos son entonces los significados de la frase del 651. Se dejan expuestos para un conocimiento real y claro de la expresión del legislador sobre todo porque al referirse a la capacidad en la tradición, los **comentaristas aluden a esto pero no son explícitos.**

Sin embargo, esa diversa capacidad que estableció el legislador al tradente y al adquirente me parece innecesaria y falta de trascendencia jurídica, pues si efectivamente al adquirente solo se le exigiera capacidad de goce, podría darse el caso de que la tradición se le hiciese a cualquier incapaz, como un menor, un demente, etc. y sería válida. Pero esto es imposible en la tradición porque, como veremos, la tradición se asimila al pago, y una de las reglas principales de este es de que el pago hecho a quien no tiene la libre administración de sus bienes, es nulo (art. 1448 No.1); en consecuencia, la tradición hecha a un incapaz, sería igualmente nula.

No obstante, aún cuando no le veamos positividad a la expresión del legislador con ello significó capacidad de ejercicio para el primero y de goce para el segundo, y así debe entenderse.



## Consentimiento.

b) El otro de los requisitos aquí comprendidos, el consentimiento, aparece en los Arts. 653 y 654 que dicen:

Art. 653: "Para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente o por su representante".

Art. 654. "La tradición, para que sea válida, requiere también el consentimiento del adquirente o de su representante".

El consentimiento, que es requisito de existencia de los actos jurídicos y como tal un elemento fundamental, y determinante, es el ACUERDO de dos o mas voluntades destinados a producir consecuencias jurídicas. Por eso dicen los Arts. que para que valga la tradición se requiere que sea hecha voluntariamente por el tradente y el adquirente o sus representantes; de modo que si faltan tales voluntades la tradición no llega a existir y, como no tenemos regulada la inexistencia en nuestro derecho positivo, el vicio se resolvería por la nulidad.

Naturalmente, a pesar de ser un acto encaminado a extinguir obligaciones, por ser bilateral es que la tradición necesita de esa concordancia de voluntades, de ese requisito "que sin lugar a dudas es el más importante para la existencia y validez del acto jurídico pues, en definitiva, los demás requisitos afectan directa o indirectamente tal elemento" (6).

## Vicios del consentimiento.

Por eso, tal como en la teoría de los actos jurídicos, en la tradición el consentimiento debe también estar exento de los mismos vicios que pueden afectarlo, y los cuales, como sabemos, son: a) el error, b) la fuerza y c) el dolo. (Art. 1322)

Pero sobre el dolo y la fuerza el legislador no dijo nada en materia de tradición, de tal manera que hay que sujetarse a las reglas generales contenidas en los Arts. 1327 y 1330, es decir -sin entrar en detalles- que no habría tradición por estar viciada la voluntad en los casos en que la violencia empleada para obtenerla, por cualquier persona interesada en

el negocio, sea capaz de producir una impresión fuerte; o en los casos - en que se obtuvo tal consentimiento mediante engaño o malicia por parte de uno de los contratantes, habiendo sido esto el motivo que indujo al otro a contratar.

En cambio en lo relativo al error, si se ocupó el legislador de regularlo en este apartado de la tradición en los Arts. 657, 658 y 659, obviamente por la variada naturaleza jurídica de este acto, que por ser una convención, permite considerar de otra manera este tema. Pero, como hemos establecido que el error lo estudiaremos como requisito aparte, hablaremos sobre esto en su oportunidad.

#### Representación del tradente en subastas. ✓

Y a propósito de los actos de los mandatarios o representantes, existe aquí un problema interesante en el que se discute sobre el origen del consentimiento en los actos del Juez que representa el tradente en las ventas forzadas.

Cuando se llega al estado de tener que proceder a la venta en pública subasta es porque evidentemente el dueño de las cosas no ha prestado su voluntad para la transferencia, no hay consentimiento del propietario y , más bien, hay una oposición de su parte.

Ante esta situación la ley ha tenido entonces que recurrir a crear una figura especial de representación, y así, ha dicho que en este caso "la persona cuyo derecho se transfiere es el tradente y el Juez su representante legal". Art. 652 Inc. 3o.

Pero esto nos conduce a otra situación problemática, La teoría de la representación no puede, en ningún momento, aceptar la realización de actos en los que no existe el consentimiento, y menos aún, en los que se actúa en contrario a la voluntad del representado. Ante estos casos, la solución del derecho es que el acto es de mera responsabilidad personal del mandatario; que las consecuencias se dan en éste por haber actuado fuera de los límites de su mandato, por lo que la tesis entonces falla, y sostener que el Juez representa sería, al parecer, un desacierto.

7487.891  
Por otra parte, a pesar de que la representación del Juez es una figura especial, no significa que éste se convierta en parte, de modo que con su voluntad supla la del tradente. El Juez en ningún momento abandona su posición de representante de los intereses del estado para la solución de los conflictos particulares, y su interés, la determinación de la justicia, es siempre distinta al de las partes a cuyo nivel no puede pertenecer.

Ante todos estos valladares la solución se ha buscado en otro punto. Y así, la doctrina nos dice que el problema se resuelve a propósito del derecho de prenda general comprendido en el Art. 2212 que es el que autoriza al acreedor para hacerse pago con todos los bienes raíces o muebles del deudor. "En virtud de este derecho de prenda general, la persona al contratar, ya sabe que si no cumple con su obligación podrá el acreedor sacarle sus bienes a remate. Y ahí se encuentra entonces, el verdadero consentimiento del ejecutado" (7).

En efecto, sabemos que desde el momento en que se celebra un contrato toda persona queda sujeta a las leyes que rigen no sólo dicho contra-to sino también sus consecuencias. Como dice el Art. 1417 "los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que de ellos emanan..." Por lo tanto, quien se constituye deudor, potencialmente está dando su consentimiento para el caso de que, ante el incumplimiento de su obligación, se sjustifique la posterior representación del funcionario en vista de ser una de las consecuencias más graves de la contratación el que el acreedor pueda hacerse pago con todos sus bienes, y a esto, tácitamente, ha consentido desde el moemnto en que se obligó. Por eso, la solución está en ese Art. 2212 que regula el derecho de prenda general.

Queda por aclarar únicamente que esto de la representación va a ocurrir en las subastas pero sólo cuando sean ventas forzadas. Cuando la subasta es voluntaria y se hace porque la ley ha querido tal solemnidad para protección o garantía, no habrá representación. El consentimiento lo emitirá el representante legal de aquel cuyos intereses está protegiendo la ley, como decir el tutor en el caso del Art. 413 o el padre en el del Art. 267., o el mismo menor habilitado cuando el juez le autori-ce la venta de los bienes a que alude el Art. 302.

### Convalidación reactiva.

Por último, una breve alusión a los incisos segundos de los Art. - 653 y 654 que estamos tratando y los cuales desarrollan la llamada "Convalidación Retroactiva". Dicen estos "que la tradición que en un principio fue inválida por falta de consentimiento, se valida retroactivamente por la ratificación".

"La convalidación retroactiva indica -dice Valencia Zea- que en la tradición inválida se protege la posesión y propiedad del adquirente entre el día de la tradición inválida y el día en que se verificó el negocio jurídico de la convalidación" (8).

Sin embargo, la ley ha cometido aquí un error al hablar de ratificación, pues si la falta de consentimiento produce la inexistencia del acto, no sería posible ratificar lo que nunca ha existido. Más, dispensándose ese error, se acepta como válida esta figura de la convalidación debido a razones de interés social, pues con ella se está protegiendo el derecho de quien actuó sincera y sanamente, lo cual, naturalmente, es lo importante.

### 2) NECESIDAD DE TITULO TRASLATIVO DE DOMINIO

19) El segundo de los requisitos necesarios para que se produzca la tradición es el referente al título traslativo a que se refiere el Art. 656 que dice:

"Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio; como el de venta, permuta, donación, etc.

Se requiere además que el título sea válida respecto de la persona a quien se confiere".

Varios son los principios contenidos en esta disposición que la vuelven, por lo tanto, sumamente importante.

### Títulos y Modos.-

Recordemos que dijimos, a propósito de la adquisición de los derechos, que para llegar a adquirir entre nosotros se requiere de la confor

mación de los dos requisitos clásicos, el título y el modo; y que esta regulación tenfa una base legal que expresamente lo establecfa, siendo ésta precisamente la contenida en el presente artículo.

Y aunque esto no haga relación al título como requisito de la tradición, es importante recalcar que es de aquí de donde emana todo ese régimen de los títulos y los modos que exige nuestro derecho para poder adquirir, y que no obstante que la regla está dada sólo por la tradición, es sin embargo válida para todo nuestro sistema legal.

Pero las razones por las que se sustenta esto ya las expusimos en la introducción y nos vamos a volver sobre ellas.

### Títulos y Contratos.

Dice pues la ley que se requiere de un título para que valga la tradición, con lo que identifica aquel con los contratos, lo que es lógico pues el requisito formal del "título de adquirir" no es un acto meramente simbólico sino que se materializa en un contrato. Pero debemos distinguir en este punto que el código menciona como ejemplo de los títulos, entre otros, a la donación, lo cual está bien pues éste es un antecedente o causa remota de adquisición, es decir, es una figura causal de la tradición. Sin embargo, esto no debe llevar a la creencia de que por asimilarse los títulos a los contratos, la donación sea un contrato categoricamente, pues existe una fuerte polémica sobre si en efecto lo es o no.

Por eso debe repararse que esta bien como título, pero no como contrato.

### Títulos Traslaticios.

Pero la ley quiere además que el título o contrato sea "traslaticio de dominio", es decir que sea de los que permiten al dueño poder llegar a trasladar su propiedad, lo que es así porque el objeto de la tradición es transferir el dominio. De manera que si se diera un título traslaticio, es decir si se realizara un negocio en el que únicamente se está tratando la mera tenencia y se continuara reconociendo por el adquiren-

te la propiedad como ajena, no podría haber tradición aunque así lo manifestaran las partes. La transferencia en si no se podría jamás producir porque el título no era de los que permitían esa transmisión. Si se hace una venta, o se celebra un mutuo, la cosa entregada pasa a ser propiedad de quien la recibe una vez hecha la tradición. Pero si se verifica un comodato, la cosa solo se entrega para que sea usada, no apropiada. Y aún cuando los negociantes digan que hacen tradición, jurídicamente ésta no se produce. La propiedad no se transfiere.

### Crítica a "Traslaticio".

Y en relación a la frase, "traslaticio de dominio", ya dijimos que es un error llamarlos así porque, repitamos brevemente, en virtud de ellos no se transmite jamás la propiedad. Para eso necesitan del modo (tradición) a pesar de ser la causa o base para la transferencia; lo que no se sucede en el derecho de donde se tomó esta designación, es decir en el francés, como detalladamente expusimos.

### Señalamiento de Títulos.

En cuanto a la determinación de los títulos traslaticios, en el artículo únicamente se mencionan tres a vía de ejemplo: venta, donación y permuta; pero, además de ellos, ya dijimos que son tales el mutuo, la dación en pago y la transacción cuando recae sobre un objeto no disputado.

Con base en cualquiera de estos los negociantes pueden realizar una tradición porque el título está fundamentando la transferencia de propiedad, o mejor dicho, la está permitiendo. Así, cuando se celebra por ejemplo una donación, el donatario se hace propietario de la cosa que se le entrega al hacerse la tradición, porque el título o contrato celebrado es de los que permiten la transferencia de la propiedad.

### Título como causa.

Por su parte, este requisito del título traslaticio como antecedente de la tradición, dentro de la teoría general de los elementos de los actos jurídicos, constituye, como hemos dicho, la causa de este acto bilateral.

Cuando citamos a Costeau en el estudio de la naturaleza jurídica, vemos que según este autor la tradición necesitaba nuevamente de los requisitos del contrato que le precede porque, a su vez, es también un contrato. Y aunque esta teoría no es cierta, es sin embargo positivo que la tradición, por el hecho de ser otro acto bilateral distinto del contrato, requiere, además de los propios, de los elementos de los actos en general, o sea, consentimiento, voluntad, causa y objeto, siendo precisamente este requisito del título traslativo la causa de este acto jurídico llamado tradición.

Pero, dentro de la teoría del acto, ¿Qué se entiende por causa? Según el Art. 1338, la causa es el motivo inmediato que induce a contratar.

En los contratos este motivo, naturalmente, es variado para cada acto y para cada caso. En la venta de un auto por ejemplo el motivo para el comprador es adquirir el vehículo para sus particulares fines; en cambio para el vendedor el motivo es obtener una cantidad de dinero a cambio del coche. En el mutuo de dinero por ejemplo, el mutuante tiene como motivación el dinero mismo, el mutuario posiblemente el interés pecuniario reportado etc.

Pero en la tradición ¿cuál es el motivo? o no existe éste?. Efectivamente si lo hay, lo que sucede es que éste en relación a los contratos varía sustancialmente. En los contratos dicho motivo es personal, recae en la voluntad del contratante; en cambio aquí lo que origina la tradición, el motivo por el que se verifica, es precisamente el contrato celebrado.

El título traslativo es entonces la causa de la tradición porque su celebración motiva o provoca la transferencia de propiedad.

#### Efectos de falta de título.

Y como un efecto de ser el título la causa de la tradición, lógicamente en los casos en que aquel se vea perjudicado por algún vicio que lo haga objeto de nulidad o de inexistencia, la tradición correrá igual suerte, es decir que será, a su vez, nula.



Por este último detalle es que existen opiniones que doctrinariamente le niegan a la tradición la necesidad de un título, sosteniendo que es una convención independiente, que produce por sí sola la transferencia deseada sin importar la existencia del título o contrato válido.

Pero aún así esta es una teoría distinta a nuestra codificación, en la cual, cuando se da el vicio del título, se originan variadas obligaciones como son la resolución, la carga del adquirente de devolver la cosa al tradente, y otras accesorias como la indemnización.

### 3) AUSENCIA DE ERRORES

20) El error es la representación falsa o inexacta de la realidad; no es una ignorancia sino un conocimiento irreal sobre una cosa o hecho.

Como vicio que es, el error puede afectar la validez o existencia no sólo de los actos que crean (contratos) sino de los que extinguen o modifican las obligaciones (convención). Tal afectación puede producirse directamente, por virtud propia, al recaer sobre el consentimiento; o puede producirse indirectamente cuando recae sobre los otros elementos necesarios para la existencia de los actos, como son el objeto o la causa, sin aludir concretamente al consentimiento.

En el primer caso el error comunmente recibe el nombre de error propio; en el segundo, el de error impropio (9).

En la tradición a lo que se alude es al error propio, importando que no concorra ningún vicio sobre el consentimiento, lo cual se sucederá cuando no haya equivocación en relación; lo.) A la cosa objeto de la tradición; 2o.) Al título del cual se realiza ésta y, 3o.) A la persona a quien se hace la entrega.

Precisamente es eso lo que los Arts. 657 y 658 regulan cuando nos dicen:

Art. 657.- "Se requiere también para la validez de la tradición que no se padezca error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse, o de la persona a quien se le hace la entrega, ni en -



cuanto al título"

Si se yerra en el nombre sólo, es válida la tradición".

Art. 658.- "El error en el título invalida la tradición sea cuando una sola de las partes supone un título traslativo de dominio, como cuando por una parte se tiene el ánimo de entregar a título de comodato, y por otra se tiene el ánimo de recibir a título de donación, o sea cuando por las dos partes se suponen títulos traslativos de dominio, pero diferentes, como si por una parte se supone mutuo, y por otra donación".

Al comparar estas reglas con las establecidas en la teoría de los actos -Arts. 1324, 1325 y 1326, observamos que igualmente sobre la cosa, el título y las personas se hace recaer el error. Pero, de la comparación, surge en forma bien notoria que en lo relativo al régimen como se ha regulado el error en la persona con quien se contrata y el error en las personas a quienes se hace una entrega, hay una discrepancia total pues las reglas son opuestas; el error en la persona del contratante no vicia el consentimiento; el error en la persona a quien se entrega, si la vicia.

Por qué razón se ha establecido diversas disposiciones cuando malamente se trata de un mismo punto? Qué motivaciones tuvo el legislador para darle una regulación especial al error aquí en la tradición? Para responder a ello es necesario que expliquemos antes ciertos detalles pertinentes a la naturaleza de esta figura jurídica, así como también lo relativo a las reglas del error sobre las cosas y sobre los títulos puestos que sobre estos no hay diversidad.

a) Error en las cosas.

De conformidad al Art. 1324 "El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae"...sobre la identidad específica de la cosa que se trata ...", lo que está en perfecta armonía con el Art. 658 que igualmente invalida toda tradición hecha mediando error en la cosa que se entrega.

De esta manera, si hay error sobre la cosa al momento de contratar y después se pretende hacer tradición, o se hace, ésta sería nula porque la causa, lo es por vicio de consentimiento. Y ya dijimos que si el título es nulo, la tradición -consecuencialmente- sigue igual suerte.

Pero si no se da el error al celebrarse el contrato y se comete al

momento de verificarse la entrega, la tradición tampoco habrá podido verificarse por la misma razón de que existe vicio de consentimiento.

Es pues debido a la no concurrencia de voluntades sobre la cosa que se entregue que la tradición que se haga será nula. Deberá el adquirente devolver la cosa equivocadamente entregada por no tener sobre ella ningún derecho y pedir la tradición de la primera, o la resolución con la indemnización que en estos casos se sigue.

Podría llamar la atención que aquí en la tradición el legislador no haya mencionado nada en relación a otras cuestiones que sobre la cosa se regulan en el Art. 1325, tales como el error en la sustancia o calidad esencial y el error en otras calidades accesorias.

Sin embargo, en mi opinión, la falta de regulación sobre estos puntos es lógica en la tradición. Estos otros errores perfectamente se pueden dar al celebrar el contrato porque, por ejemplo, puede creerse que se adquiere un caballo que es de cierta raza y efectivamente no serlo, lo que perjudicaría el acto al producir una nulidad en el contrato por error sobre las calidades, cosa que prácticamente no podría sucederse cuando llegamos al momento de hacer entrega material del objeto. Una vez acordado que lo que se compra, por ejemplo, no es un anillo de oro sino de cobre, o que un reloj no es de la mejor calidad, es decir, una vez que no hay error sobre la sustancia ni sobre las otras calidades, la tradición no podría viciarse porque se entregara un anillo de bronce o un reloj de mala calidad, ya que esto es lo esperado.

Por el contrario, si se entregara un anillo de bronce cuando se había comprado uno de oro, no habría error en la sustancia sino en la identidad porque se está entregando una cosa diversa a la acordada.

Dado entonces que en la tradición el único error posible de suceder se es el que recae en la identidad, el Art. 658 es lógico y acertado al regular sólo sobre esta y no sobre las otras calidades de la cosa.

b) Error en el Título.

El título o contrato es un elemento fundamental en la tradición -

pues sin su concurrencia no es posible que pueda llegar a sucederse una transferencia de dominio. Como base o fundamento que es de la tradición constituye, como ya dijimos, la causa de la misma.

En consecuencia, el legislador no sólo lo ha exigido como un requisito necesario sino que además le ha establecido otras normas que tienden a asegurar su formación para evitar así que la tradición, por nulidad de la causa, se vuelva necesariamente nula.

Y así, siguiendo las mismas reglas de los actos en general -Art. - 1.324-, ha dicho que el error en el título invalida la tradición, con la pequeña variante -puramente detallista- de haber distinguido en el Art. 658 dos formas como puede sucederse tal error: a) por equivocación en la diversa naturaleza del contrato, como cuando una parte supone título traslativo y la otra un título no traslativo, o de mera tenencia, y b) por equivocación en la clase de contrato de igual naturaleza, o sea cuando, suponiendo ambos un título traslativo, no coinciden en el mismo sino que imaginan uno diverso cada uno.

En el primer caso, habrá error en el título si, por ejemplo, una persona que ha recibido de otra, digamos, un lote de libros, la entrega a ésta una máquina de escribir creyendo hacerle un préstamo, un comodatario (título de mera tenencia no traslativo). Pero quien recibe tal máquina cree a su vez que se le entrega como permuta de los libros; es decir, supone un título traslativo, supone que -por lo tanto- se le está haciendo tradición de la máquina. En este caso, habiendo error de las partes en el acto que realizan, en el título por cuya virtud se han hecho mutua entrega, lo natural es que la transferencia de dominio no pueda producirse porque no hay concurrencia de voluntad al respecto, lo que acarrea un vicio que anula el título o causa y, por consiguiente, la tradición.

De igual manera, en el segundo caso y con el mismo ejemplo, si uno supone que la máquina la recibe como donación (título traslativo) pues no ha tenido jamás la intención de haber dado los libros en pago, pero el otro, creyendo lo contrario, entrega dicha máquina pensando en una permuta con los libros, no se dará la tradición a pesar de que ha existido un título traslativo en ambos, porque habiendo error hay vicio y si -

hay vicio la causa es nula.

Es pues es el régimen relativo al título. Pero debe tomarse en cuenta que para que se presente el error en la tradición debemos suponer que el título preexistente es un contrato pleno y perfectamente válido, y que se hace nulo precisamente por error de las voluntades de tradente y adquirente quienes, al no concordar, están creando diversas causas que producen la nulidad. Si el contrato es nulo por otras causas, ya no tienen ningún objeto las reglas dadas al respecto en la tradición. Estas sólo valen cuando se trata de un título traslativo válido.

La importancia de lo anterior es que al presentarse el error en el título puede perfectamente pedirse la nulidad de la tradición o el cumplimiento del contrato, con las consiguientes indemnizaciones que en tales casos tienen lugar.

c) Error en la persona.

Hemos dejado expuesto que en términos generales el error en la tradición se sujeta a las mismas reglas que existen para todos los actos jurídicos. Sin embargo, en lo relativo a este tercer caso de error la regla sufre una notable alteración. En el Art. 1326 dice el legislador que el error en la persona no vicia el consentimiento (salvo que ésta sea determinante para el contrato). Pero en el Art. 657 opuestamente dijo que el error en la persona a quien se hace la entrega si produce vicio de consentimiento.

La cuestión que surge entonces, la que hemos dejado pendiente, es el porqué la diferencia en esta clase de errores cuando en los otros la regulación ha sido igual.

Pues bien, en los contratos, efectivamente, este error no produce consecuencias negativas puesto que es totalmente indiferente la persona con quien se celebrará una venta, o una permuta etc. De aquí, que dando lo mismo que la compra la haga una persona u otra, no habría siquiera manera de que se diera un error sobre ellas, por lo que no podría haber vicio, con excepción, claro está, de que la persona con quien se contrata sea la causa principal del negocio. Como por ejemplo cuando se hace una

donación valiosa a alguien con quien se tiene relaciones de parentesco, o a alguien a quien particularmente se desea favorecer. En estos casos quien recibe la cosa tiene un carácter principal que causa el contrato, de modo que si<sup>se</sup> probara que el favorecido no era la persona que motivó la intención del donante, se anularía la donación por vicio en el contrato.

Pero esta es la excepción; la regla es que no hay vicio por error en la persona.

Por el contrario, en la tradición, el caso es diverso porque diverso es el acto. En efecto, cuando estudiamos su naturaleza jurídica terminamos por afirmar que la tradición es un acto jurídico (convención) - que tiene por objeto extinguir las obligaciones que nacen de los contratos; que cuando el tradente está dando o entregando la cosa, lo que está haciendo es cumpliendo con su obligación de deudor de esa cosa, lo que está haciendo es cumpliendo con su obligación de deudor de esa cosa. Debía ésta desde el instante en que se obligó a hacer la tradición en el contrato, de modo que cuando real o efectivamente hace la entrega o la remisión de la posesión jurídica para hacer la tradición, está solucionando su obligación, está pagando su deuda.

Pero cuál es la relación que tiene ésto para haber establecido diversa regla sobre el error en el Art. 657?

Pues bien, si estamos diciendo que la tradición es una forma de solucionar una obligación previa, lo que en otras palabras estamos manifestando es que la tradición es realmente una forma de pago, pues según el Art. 1439 el pago es la prestación de lo que se debe.

Y aunque dijésemos que propia o exactamente no es tal, al menos podemos siempre asimilarlo a éste porque tiene todas las características de él. Ambos extinguen obligaciones mediante la prestación de lo adeudado; la tradición, para que valga, necesita de un título que es la causa que lo origina; el pago, igualmente, necesita de una obligación preexistente que le sirva de causa, la que, al faltar, estaría dando lugar a una repetición -Art. 1338 Inc. 3o.- etc. Claro que esta tesis debe entenderse con ese significado que exponemos, pero no al contrario; - pues aunque la tradición es un pago, no todo pago es tradición. Así,

si por ejemplo me han prestado un automóvil para usarlo cierto tiempo, al vencerse éste y devolverlo estoy solucionando mi obligación para el dueño, estoy pagando, pero no estoy haciendo tradición.

Siendo entonces que la tradición es un pago o al menos una forma de solución semejante, todas las reglas dadas con particularidad para éste deben aplicársele; de tal manera que cuando se haga una tradición equivocando a la persona a quien realmente debió hacerse, o, como dice el código, cuando se comete error en la persona a quien se hace la entrega, la tradición será entonces nula porque de conformidad al 1446 : "para que el pago sea válido debe hacerse al acreedor mismo o al diputado por él para el cobro".

Lógicamente, si el que paga a una persona que no es el verdadero acreedor está haciendo un pago nulo, en la tradición quien entrega la cosa a la persona a quien no se le debe, hace una tradición nula; y ello da lugar a repetición pues, como dice el aforismo jurídico, el que paga mal paga dos veces.

Esta es entonces la razón por la cual el error en la persona a quien se hace la entrega anula la tradición y la que origina la diversidad de regímenes entre la teoría de los actos y la tradición.

Precisamente, por basarse en la anterior tesis la sustentación de este error es que el Código cometió una falla que debe ser objeto de crítica. Esta falla es el haber dicho: "la persona a quien se hace la entrega", cuando debía decir: "... a quien se le hace la tradición", pues en los casos en que no hay propiamente entrega, como decir por ejemplo la venta de inmuebles, podría cometerse aun el error si, para el caso, de conformidad al Art. 670 no se hiciere la tradición en el mismo contrato de venta sino en otro diferente, con algún intervalo que diere lugar a equivocarse en la persona a quien se hará la tradición. Lo mismo podría suceder en la tradición del derecho de usufructo, de servidumbre, en los legados etc., si por ejemplo los herederos confundieran al legatario y celebraren con otro la escritura pública de transferencia de la cosa legada, etc.

Y aunque es lógico que es más fácil que el error se sucede en los



casos de entrega material y no en los que no la hay, no pierde por eso valor la crítica. De aquí que cuando el código dice "entrega", debe entenderse "tradición".

Finalmente la frase del inciso segundo: "si se yerra en el nombre solo es válida la tradición", no ofrece dificultad. Si el tradente hace la tradición a quien no debía debido a equivocación que le produjo el nombre, hay nulidad de la tradición pero por error en la persona, no por error en el nombre. Por el contrario, si hace la tradición al verdadero adquirente aunque se equivoque en el nombre de éste, no hay problema, no hay nulidad porque recibió la cosa el verdadero acreedor.

#### 4) SOLEMNIDADES ESPECIALES EN LAS ENAJENACIONES

21) El último de los requisitos señalados por nuestro Código para que produzca la tradición es el indicado en el Art. 660 que dice:

Art. 660.- "Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas".

Las solemnidades, en términos generales, podríamos decir que son formalidades que establece la ley para la existencia o validez de los actos jurídicos.

En el estudio de las solemnidades se distinguen tres diferentes categorías o clases, a saber:

- a) Solemnidades propiamente dichas
    - legales
    - voluntarias
  - b) Solemnidades habilitantes
  - c) Solemnidades ad-probationem
- ordinarias  
especiales

A) Las primeras han sido establecidas obedeciendo sobre todo a la naturaleza misma del acto o contrato. Su falta produce una inexistencia, o sea que el acto carece de vida jurídica pues no llega a realizarse debido a que el vicio radica en la celebración misma del acto. Los efectos de él, en consecuencia, no pueden ser ratificados posteriormente y, dentro de nuestra técnica jurídica, originan una nulidad absoluta.

Esta clase de solemnidades, como hacen relación al nacimiento del negocio jurídico, obedecen a las regulaciones ordinarias que el legislador creó para la estricta pureza o seguridad de toda una categoría de actos, como el requisito de la escritura pública que impuso para la perfección de la venta de bienes raíces, servidumbres y sucesión hereditaria en el Art. 1605 Inc. 2o.; o pueden obedecer también a la seguridad perseguida para ciertas clases de negocio, como la exigencia especial de la carta de venta en las transacciones de ganado a que alude el Art. 118 de la Ley Agraria.

Y por el mismo motivo de seguridad o protección al origen del acto, en base al principio de la autonomía de la voluntad, pueden las partes no simplemente conformarse con las condiciones impuestas por la ley sino - que, a su vez, imponer otras a los actos que ya las tienen, o establecerse las a los que carecen de ella, como el caso de 1606 en que pueden imponer una escritura pública para la venta de otras cosas que no son de las señaladas en el 1605 Inc. 2o., como decir la venta de muebles etc.

B) Por otra parte, las solemnidades habilitantes que obedecen a una particular finalidad cual es la protección de determinadas personas como los menores, los incapaces, no producen, al faltar, la inexistencia del acto. Contrariamente a las anteriores, sólo producen una nulidad relativa que permite la ratificación.

Por supuesto que si analizamos un negocio jurídico a la luz de las solemnidades, previamente deberemos determinar si se han cumplido con las fundamentales, esto es, las propiamente dichas. Si éstas faltan, ya no hay más que decir; el acto carece de existencia,. Pero si éstas no se han infringido y se trata de actos en que han intervenido menores u otros incapaces, podremos entonces examinar si se cumplieron o no las condiciones para éstos, es decir, si se han dado o no las solemnidades habilitantes para aplicar entonces sus particulares efectos.

C) Bajo este mismo principio se pueden buscar en el acto la existencia de otras formalidades que no afectan la esencia del negocio, sino los medios como podrían ser deducidos en juicio. Al faltar éstas, el acto tendría su pleno valor; pero como su existencia obedece a la intención de contar con un medio fundado para la prueba de su validez,



su existencia, sus efectos etc., la dificultad será entonces de demostración.

Estas son las clases de solemnidades que aparecen cuando se trata de análisis del acto jurídico. Pero, cuál de ellas puede tener aplicación en la tradición? Por lo mismo de ser condiciones de los actos, a la tradición se le podría aplicar las tres categorías, pero por lo que veremos posteriormente, únicamente pueden darse la primera y la última. Así, conforme al principio de la autonomía de la voluntad las partes podrían - crear nuevas y especiales formas para transferir el dominio, el cual no se trasladaría mientras las condiciones no se cumplieran, pues por la voluntad misma pasarían a ser requisitos indispensables del acto.

Claro está que la validez del principio de la autonomía no es absoluto; las partes pueden crear, pero no extinguir o derogar las solemnidades ya establecidas, pues éstas son principios normativos con la imperatividad y demás características de la ley, y hasta esto no pueden llegar las particulares voluntades.

Pero a lo que fundamentalmente se refiere el Art. 660 es a la primera de tales condiciones, o sea, a las solemnidades propiamente dichas. Cuando el Código dice que no se transfiere el dominio sin las solemnidades especiales para cada enajenación, es bien lógico y claro. Lo que en otras palabras está diciendo es que para que se suceda el efecto fundamental por el que casi exclusivamente contratan los negociantes, esto es, la transferencia de dominio, se requiere que el acto esté arreglado a derecho en todas sus formas; que las condiciones a que debe sujetarse cada transferencia deben ser plenamente satisfechas o cumplidas, - pues de lo contrario no vale la tradición.

Por una importantísima cuestión que debe tenerse presente es que la exigencia de este artículo se refiere a las solemnidades exigidas para la tradición, no a las requeridas para el acto causal, para el título o contrato.

En efecto, si las solemnidades del 660 se refieran a las del título o contrato causal, no hubiese habido jamás necesidad de esta disposi

ción, desde el momento en que, al producirse la falta, se acarrearía una nulidad en la tradición pero por virtud de la regla del Art. 656 que requiere la existencia de un título válido, no por virtud de este artículo.

Si el mismo se refiriera a las solemnidades del contrato, sería innecesario; bastaría con la regla del 656 que regula la pertinente al título o contrato y aquél saldría sobrando.

Sin embargo, ese artículo no es innecesario; existe precisamente porque lo que regula es algo ajeno a los contratos, es lo referente a las solemnidades propias de la tradición. Y considerar, como lo hacen algunos, que las condiciones a que alude son las de los contratos, me parece una interpretación errada y falta de profundización. La regla del Art. 660, valga la repetición, es únicamente para las solemnidades esenciales de la tradición, no las del contrato.

Mas, podría decirse que la anterior distinción carece de contenido debido que las solemnidades existentes, como la escritura pública, las autorizaciones de Juez, las subastas, etc. son precisamente formalidades de los contratos, por lo que, al final, terminarían siendo estas - las mismas requeridas para la tradición, lo que haría inútil la distinción.

Nada más falso que eso, Unas son las solemnidades de los contratos y otras las exigidas para la tradición. Así, de conformidad al Art. 1605 inc. 4o. si la servidumbre vale menos de \$200.00 se puede constituir en documento privado, pero la tradición de la misma, de conformidad a la regla del 671 deberá hacerse siempre de escritura pública. Igualmente, la tradición de un legado requiere de escritura pública aunque valga menos de \$200.00 o aunque el testador hubiese dicho que se transfiriera la propiedad por la simple entrega acompañada de documento privado. Tal cláusula no valdría pues el Art., 670 exige la escritura dicha.

Claro que las fórmulas empleadas por la ley generalmente son iguales, como la escritura para la venta y tradición del dominio o usufructo, la escritura e inscripción para la hipoteca, etc; por lo que hasta el mismo código autoriza a que, si así se desea, no se hagan dos escrituras sino que en la misma se celebren ambos actos. Como dice el Art. 670 "la tra-

dición del dominio y demás derechos se verifican por escritura pública... esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato..."

Sin embargo, esto no significa que solo sea una la solemnidad o que sea la misma. Fijémonos que el código dice: "podrá ser la misma", es decir que es facultativo, de modo que si a pesar de lo dicho en el 667 las partes, ya porque no desean hacer la tradición en el mismo acto en que celebran el contrato o ya porque lo celebren bajo condición o plazo suspensivo, tendrán que hacer nueva escritura porque las fórmulas o solemnidades establecidas para la tradición son totalmente autónomas de las de aquel.

De esta suerte, si al hacerse la escritura de tradición por separado se sometiera en ella un vicio que la anulara, sería nula la tradición, pero no el contrato.

Además, las solemnidades de la tradición son, podríamos asegurar, taxativas, Fuera de las establecidas entre los Arts. 665 al 672, no existen otras. De aquí que las autorizaciones del Juez para la venta de cierta clase de bienes, las enajenaciones en pública subasta etc., es decir, las solemnidades habilitantes, son solemnidades de los contratos que en ningún momento aparecen como requisito de la tradición. Si en alguna ocasión por ejemplo se hiciera una transferencia de los bienes de un menor sin haberse cumplido antes con alguno de estos requisitos, la tradición sería nula, pero no por lo dicho en el Art. 660 sino por haberse infringido las regulaciones del contrato, es decir, por la regla del 656.

Por todo esto, entonces, el Art. 660 debe corregirse y en lugar de "enajenación" debemos leer "tradición"; de manera que, en conclusión, el artículo deberá entenderse así: "Si la ley exige solemnidades especiales para la tradición, no se transfiere el dominio sin ellas".

C I T A S

- 1) Somarriva - Ob. Cit. Pag. 312
- 2) Valencia Zea. Ob. Cit. Pág. 292
- 3) Savigny, citado en el Diccionario Jurídico de Derecho Usual - Guillermo Cabanelas. Pág. 331
- 4) Somarriva, Pág. 153
- 5) Ibidem. Pág. 156
- 6) Raymundo M. Salvat - Tratado de Derecho Civil Argentino  
Derechos Reales - Tomo I. Pág. 176.
- 7) Adolfo Oscar Miranda. Apuntes mimeografiados sobre las Obligaciones,  
Pag. 39.
- 8) Somarriva, pag. 318
- 9) Valencia Zea. Pág. 295
- 10) Miranda. Pág. 42

-----000---

### CAPITULO III

#### ANALISIS DE LAS DISPOSICIONES VARIAS

##### 1) Regulaciones sobre la representacion.

23) "La representación es el fenómeno que se sucede cuando una persona (representante) sustituye a otra (representado) en la celebración de un acto jurídico, de modo que los efectos de éste se produzcan directamente en provecho o en contra del representado, como si hubiera actuado el mismo", dice Pérez Vives (1).

"Por lo tanto -sigue Planiol- la representación se revela como el medio de que dispone una persona para obtener, utilizando la voluntad de otra, los mismos efectos que si hubiese actuado por sí" (2)

Esto mismo es lo que nuestro código ha plasmado cuando ha dicho en el Art. 1319 que "lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultado por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado el mismo".

Tomando este concepto, el legislador reguló algunos puntos particulares en la tradición, pero realmente no agregó ningún elemento nuevo. Se concretó únicamente a aplicar las reglas generales de la teoría, sin cuidarse, incluso, de evitar repeticiones como las del Art. 652 que además de innecesarias, solo pueden llevar a confusiones.

Posiblemente el legislador incorporó en forma particular a la tradición esas reglas generales con el fin de precisar su aplicación, lo que podría dispensar una crítica. Sin embargo, aunque nada hubiese dicho en este capítulo, todo lo referente a la representación, como las formalidades, los efectos, etc. hubiesen tenido siempre aplicación.

Así fueron varias las disposiciones en que se aplicó la teoría:

a) En el Art. 652, después de definir al tradente y al adquirente como las personas que transfieren y adquieren el dominio respectivamente, dijo en los siguientes incisos:

"pueden entregar y recibir a nombre del dueño sus mandatarios o sus representantes legales.

En las ventas forzadas. . . la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el juez su representante legal.

La tradición hecha por o a un mandatario debidamente autorizado, se entiende hecha por el respectivo mandante".

b) En los Arts. 653 y 654 al exigir el consentimiento del tradente y del adquirente, lo exigió también para el representante.

c) En el Art. 655 dijo: "para que sea válida la tradición en que intervienen mandatarios o representantes legales, se requiere además que es tos obren dentro de los límites de su mandato o de su representación legal", y

d) Finalmente, en el Art. 659, dijo que "si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de estos invalida la tradición".

Examinemos brevemente cada uno de estos.

a) En el 652, aparte de lo relativo a la representación judicial que ya comentamos, lo único que advertimos es una repetición que, recién lo dijimos, solo produce confusión y oscuridad.

En efecto, en el inciso primero dijo que tradente y adquirente son las personas que pueden hacer o recibir la transferencia por sí o a su nombre, es decir que con esto último significó que pueden ser representados.

Y si pueden serlo, cuando ello se suceda, lógicamente serán los representantes quienes harán la tradición recibiendo o entregando las cosas cuando sea del caso, y produciendo siempre en su representado los efectos de su actuación.

Si esto dijo ya en el inciso primero, a qué repetirlo en los incisos segundo y final?. Es más, en el inciso primero fue bastante amplio pues cuando dijo". . . a su nombre. . ." abarcó tanto a los representantes como a los mandatarios, lo que no sucedió en el inciso final en que, no obstante que repitió, solo se refirió a los mandatarios.

Por otra parte, al confrontar los incisos segundo y cuarto pareciera que solo a los mandatarios y no a los representantes autoriza para realizar la tradición, ya que en el segundo les reduce su función solo a entregar y recibir (dando a entender que solo eso pueden); en tanto que en el cuarto autoriza la tradición, pero como sólo alude a los mandatarios, pareciera que le excluye esta actividad a los representantes, lo cual no es así, naturalmente.

En efecto, si tanto el representante como el mandatario, lo dijo en el inciso primero, pueden ser tradentes o adquirentes, lógicamente ambos pueden hacer una tradición válida; de modo que si la hacen, ésta se entenderá hecha por el respectivo mandante o representado, a pesar

de lo dicho en el inciso final.

Y es que esta interpretación puede surgir porque en todas las oportunidades en que el legislador aludió a la representación dijo: "mandatarios o representantes", es decir que señaló a los dos porque, como sabemos, no es lo mismo mandatario que representante, por lo que hizo bien en distinguirlos.

Pero, como en ese inciso final del 652 cometió la omisión de no citar al representante, podría interpretarse que le está excluyendo la facultad conferida al mandatario de poder realizar la tradición, sobre todo porque en el otro inciso en que sí abarca los dos, solo alude o les señala otra cuestión totalmente distinta.

De aquí que para evitar la errada interpretación a que da lugar este artículo, simplemente debe agregarse al inciso final la palabra representante o suprimir los dos incisos y el problema estaría resuelto.

b) Tampoco agregó nada nuevo en los artículos 653 y 654 en los que también comete una omisión al no referirse a los mandatarios, los que, sin embargo, deben entenderse igualmente comprendidos.

Por supuesto que el consentimiento que aquí exige para los representantes debe ser el propio o personal de los apoderados, enmarcado en la voluntad previamente expresada de sus poderdantes, cuando haya sido posible. El representante o mandatario deberá consentir por sí, cual si el negocio fuese personalmente suyo, pues está supliendo la voluntad del representado sin otra limitación que la de no extenderse en las facultades otorgadas por aquél. Y la única característica o condición que deberá privar en este consentimiento es que el representante lo emita con la intención de que la cosa no sea para él sino para su comitente. "Si por el contrario -dice Salvat- el representante obrara con la intención de adquirir para sí o para un tercero, el representado no llegaría a adquirir". Pero, continúa "suponiendo que el representante haya obrado con la intención de adquirir para sí, y el tradente haya querido transmitirla al representado ¿cuál voluntad prevalecerá? En Roma habían dos textos contradictorios -dice- el de Ulpiano, según el cual prevalecía la voluntad del tradente, y el de Juliano, en el cual éste declara que en tal caso no había transferencia de posesión. Pero es el primero el que ha dominado" (3). Y la misma solución da, expresamente, el Art. 2395 del código civil argentino.

c) Igualmente carece de novedad la regla del 655 que ordena sujetarse a los límites del mandato o representación. Esta no es más que una -



clara repetición del Art. 1891 que dice que "el mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato". Así como también es una condena sanción de todas las facultades y limitaciones dadas a los representantes legales en los Arts. 252 y siguientes (para el representante legal, padre) y 410 y siguientes (para el representante legal, tutor o curador).

En abono de esta disposición podríamos decir que quizá sea la única que era necesario repetir en la tradición, pues en otras clases de actos si los mandatarios o representantes se salen de sus poderes, además del cuasi contrato de agencia oficiosa a que, podrían dar lugar según el caso originarían un acto válido en relación a los terceros. Pero esto jamás podría tener lugar en la tradición pues si se extienden fuera de sus facultades, la tradición es nula y nada más. No se produciría ni siquiera el efecto señalado en el 664, es decir de empezar a ganar por prescripción.

d) Finalmente la exigencia del 659 que habla del error cometido por los representantes, era también innecesario. Si el consentimiento del tradente o del adquirente debe, para su validez, estar exento de error en el título, en la cosa entregada, o en la persona a quien se hace la entrega, es obvio que cuando aquellos no actúen por sí sino por representantes, la exigencia debe también incidir en éstos.

Esto es, en síntesis, lo relativo a la representación en la tradición.

## 2) TRADICION SUJETA A MODALIDADES

24) A las modalidades de la tradición nos podemos referir a propósito del estudio del Art. 661, a pesar de que éste se refiere sólo a las condiciones. Dice el Art. así:

Art. 661. "La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria con tal que se exprese".

En términos generales podríamos decir que las modalidades son ciertos o determinados hechos o formalidades que inciden sobre los actos jurídicos afectando su nacimiento, su existencia, o su forma de cumplirse.

Esas modalidades a que pueden sujetarse las partes al obligarse, son: a) la condición, b) el plazo y c) los modos.

La condición, de conformidad al Art. 1344, es todo acontecimiento futuro e incierto del cual se hace depender el nacimiento o la extinción de una obligación.

Se distinguen varias clases de obligaciones condicionales, pero las primordiales son las que señala este artículo, es decir, las suspensivas y las resolutorias. Las primeras son las que difieren el nacimiento de un derecho, o como dice el Art. 1350, son aquellas que mientras no se cumple el hecho del cual se hacen depender, suspenden la adquisición del derecho. Y las resolutorias son las que tienen lugar cuando el derecho o la obligación ya está vigente o cumplida, de tal modo que su función es la de extinguir el derecho cuando se sucede el acontecimiento.

El plazo, de acuerdo con el Art. 1365 es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación o para el cumplimiento del derecho. Puede ser también suspensivo o resolutorio, según se imponga para que nazca o se extinga la obligación.

Y finalmente el modo, según el Art. 1070, es toda carga que se impone a una persona obligándola a aplicar a un fin especial la cosa que se le entrega, como cuando se establece la obligación de realizar ciertas obras con lo recibido. Pero como el modo no tiene la facultad de hacer depender el derecho del cumplimiento o no de la carga, no es condición suspensiva. Y como tampoco puede hacer cesar el derecho por el incumplimiento si no es cuando va acompañado de una cláusula resolutoria (Art. 1071), tampoco es condición resolutoria.

Ahora bien, como el artículo solo dice que la modalidad a que puede sujetarse la tradición es la condicional, cabe preguntarse ¿pueden aplicarse las otras clases de modalidades en la tradición?

En mi opinión, ateniéndonos exclusivamente a la esencia misma de la tradición, la respuesta tendría que ser negativa. Y negativa no solo para las otras modalidades no consideradas, sino inclusive hasta para la condición, por una sencilla razón: porque todas ellas chocan o son incongruentes con la naturaleza misma de la tradición.

En efecto, para hablar con pureza de que la tradición puede ser afectada con modalidades se tendría que hacer recaer sobre ella los efectos de las mismas, es decir, tendría que ser la tradición, y no el título, la que se viese sujeta o alterada por las formalidades.

Para el caso, si A le vende a B una casa pero le manifiesta que no le hará la tradición sino es que B se gradúa de abogado en este año, tendríamos que lo realmente suspendido es solo el efecto del contrato, o sea la obligación nacida de éste de realizar la transferencia. Y aunque hubiese entrega, aunque hubiese remisión de la posesión, mien-

tras no se exprese la intencionalidad de que esa entrega es para transferir el dominio, no hay jamás venta porque el efecto de ésta es que el comprador llegue a ser dueño.

Como se advierte, la condición estaría entonces incidiendo sobre el título y no sobre la tradición. Para que con precisión se diese sobre ésta, tendríamos que descomponer la tradición, por ejemplo, en: tradición en sí y sus efectos. Y así, se daría la condición sobre ella si, pudiéndose esta división, A dijera que al momento de contratar le hace tradición a B, pero que sus efectos (o sea la transferencia del dominio) no se los hará sino hasta cuando B se reciba de abogado.

Pero, ¿es acaso posible esta descomposición de la tradición? Indiscutiblemente que no, material e intelectualmente es imposible que se de. Una sola cosa es; en un solo acto están englobados la tradición y los efectos. No hay ni es posible la divisibilidad porque al hacerse tradición se están dando o produciendo, con el mismo acto, los efectos, esto es la transferencia del dominio.

De tal manera que siendo imposible dividir la tradición para dejar suspendidos los efectos a condición o a plazo, mal haríamos en decir que la tradición en sí puede ser sujeta a modalidades.

Ahora bien, lo que sucede es que lo realmente afectado por la modalidad es el título, y por eso es que el código y los tratadistas hablan de modalidades en la tradición, porque, como dijimos, todo lo que afecta al título afecta a la tradición. De modo que si el título está o puede ser sujeto a condición, plazo o modo, la tradición, se dice entonces, que lo es también.

Por ello debe pues quedar claro que a pesar de ser contraria a la naturaleza de la tradición, las modalidades pueden tener aplicación porque es sobre el título y no sobre la tradición que recaen las mismas.

Se podría criticar -quizá- que esta opinión solo se hace incidir o girar alrededor de las condiciones suspensivas, lo que ameritaría que se calificara de limitada. Sin embargo, si se analiza bien, se advierte que la crítica sería infundada porque el punto puede ser aplicado en general a todas ellas. Así, cuando se hace un contrato sujeto a condición resolutoria, la tradición se hace pura y simple y lo que está pendiente de resolución es el contrato, pero no la tradición. Si, llegado el caso, se sucede el evento, lo que se resolvería sería el título y sus efectos, no el modo de adquirir. La transferencia en este caso se ha hecho llanamente; si después se resuelve el contrato y se devuelve la

propiedad, se estaría resolviendo el dominio, no el medio que lo hizo na  
cer.

Igual argumentación podría hacerse en relación al plazo. Y lo mismo podríamos decir del modo, en donde la tradición en sí se ve menos afectada porque al hacerle A la venta, donación, etc. a B, puede im  
ponerle en el contrato todas las cargas o misiones que desee, y que B -  
acepte; pero nada de esto puede hacer recaer sobre el acto de transferen  
cia en sí. En más, ni siquiera habría manera de concebir cómo es que és  
te podría ser afectado con la carga.

Por todo esto, el punto es pues válido en general.

Por lo demás, hay que dejar claro que cuando se trata de aplicar -  
cualquiera de las modalidades a la tradición, no hay ningún problema; co ✓  
mo se imponen sobre el título se aceptan todas las variedades de ellas,  
con una única excepción: el plazo extintivo o resolutorio que no se acep  
ta.

Así, se puede imponer una tradición sujeta a condición suspensiva o  
a condición resolutoria, como dice el código. Pero también, basados en  
el principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden imponer ✓  
un modo con o sin cláusulas resolutoria y, basados en el 662, un plazo  
suspensivo, porque en este caso el dueño hará la tradición, dará la pro  
piedad al llegar el día señalado.

De modo que lo único que no pueden es hacer tradición sujeta a pla  
zo resolutorio, porque en éste significaría un atentado a la perpetui-  
dad de la propiedad, cuyo carácter le va implícito desde la época de los  
romanos. Como dice Petit: "no podía transferirse la propiedad ad-tempus,  
o sea de manera temporal y revocable. A la llegada del término o de la  
condición (dice esto porque, al contrario de nuestro derecho, los romanos  
no lo aceptaban tampoco en la condición resolutoria) no vuelve aquella a  
poder del enajenador de pleno derecho pues el adquirente quedó propieta-  
rio" (4). En otras palabras, la propiedad no puede ser ad-tempus porque  
para todo el mundo, menos para el que adquiere bajo plazo resolutorio,  
el dominio carecería de uno de sus atributos, estaría desnaturalizado,  
no sería dominio sino una especie híbrida de algo semejante a un usufruc  
to, lo que naturalmente es un absurdo jurídico.

Pero este mismo razonamiento no lo podemos aplicar a la condición  
resolutoria porque en ésta estamos frente a una incertidumbre, de modo  
que puede ser que jamás llegue a revocarse la propiedad del adquirente.

En el plazo, en cambio, estamos frente a una certeza que, por lo mismo, hace que se impida su aplicación.

Y a propósito de la condición resolutoria, el ejemplo clásico que aparece sobre ésta en el mismo Código Civil es la del art. 1679 que contempla el conocido pacto de retroventa. Concretamente, en el pacto de retroventa, estamos frente a una condición resolutoria meramente potestativa. Y a pesar que según el inciso primero del art. 1349 son nulas las condiciones meramente potestativas, ésta vale porque de ellas son válidas las meramente del acreedor, y esta figura es precisamente una de ellas.

Solo resta por manifestar que de todas las modalidades la única que se aplica en base al principio de la autonomía de la voluntad es el modo; la condición tiene su aplicación en virtud del art. 1661 y el plazo por el art. 662.

Y finalmente, para ser congruente con la opinión expuesta en este punto sobre la no divisibilidad de la tradición, no estoy de acuerdo con lo expuesto en el texto de Somarriva cuando señala que la tradición se verifica de pleno derecho al darse el evento o el plazo, dado que aquella -dice- estaba ya realizada. En mi opinión tal efecto no se sucede de pleno derecho; de tal manera que el adquirente, a la llegada del suceso o al vencimiento del plazo, tiene que exigir el otorgamiento de la tradición o simplemente la entrega de la cosa cuando, en el segundo caso, en el plazo, ya se le había hecho la tradición. Pero este detalle lo aclararemos cuando lleguemos al estudio del art. 662.

### 3) RESERVA DE DOMINIO POR FALTA DE PAGO

25) En la reserva de dominio por falta de pago se nos presenta uno de los más serios y difíciles problemas con que nos hemos encontrado en la tradición todos los estudiantes del Derecho Civil; y ello surge a consecuencia de la forma contradictoria como ha sido tratado el punto en los artículos 661 Inc. 2o. (en la tradición) y 1676 (en la compraventa)

En efecto, dicen éstos lo siguiente:

"Art. 661. Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago o hasta el cumplimiento de una condición.

Lo dicho en el precedente inciso se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 1676".

Art. 1676. "La cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud

de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el Art. precedente..."etc.

Y la alternativa "del artículo precedente", es decir el 1675, es que el vendedor, ante la mora del comprador, puede: o exigir el precio o la resolución del contrato. *danos y perquisios*

Antes de detallar el problema debemos explicar que lo dicho en el inciso final del 661 carece de importancia, pues significa que en el caso en que el comprador se encuentre en mora (no en el caso en que no paga porque se le permite), la regla que impera exclusivamente es la 1675 sin más dificultad.

Pero el problema surge porque el 661 dice que cuando se entrega la cosa y no se paga el precio, el vendedor puede reservarse el dominio, en tanto que el 1676 dice: que cuando se entrega la cosa y no hay pago, el vendedor lo único que puede es pedir el precio o la resolución del contrato; pero, a contrario sensu, nunca puede reservarse el dominio hasta el momento del pago, como afirma el 661.

¿Cómo se concilian entonces estas disposiciones? En un caso dado ¿cómo se resolvería el problema cuando un artículo dice que puede reservarse el dominio hasta el pago y el otro que no, que lo único que puede es demandar el precio o la resolución?

Varias son las respuestas que al respecto se han dado intentando resolver este problema. Sin embargo esta contradicción que, como dije, no es nueva ni incluso sólo de nuestro derecho (Somarriva la expone detallando el articulado chileno para buscarle una solución), aunque parezca poco concebible al espíritu jurídico, se trata de un problema que hasta la fecha carece de una exactísima solución general.

Esto no significa que debemos quedarnos inermes ante el problema y no tratar de encontrarle solución. Si como juzgadores estamos frente a un caso dado deberemos decidir una u otra posición jurídicamente, pues como rezan los fundamentales principios del derecho: "ningún Juez pueda abstenerse o negarse a juzgar alegando oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley", bajo pena de incidir en la antijuricidad señalada en el 284 No. 1Pn.

Concientemente de esta dificultad y sin pretender una resolución definitiva, al igual que en algunos puntos anteriores, expondré a continuación mi opinión sobre la forma en que creo se podría obviar el problema ya que, como sustentante, a más de alguna opinión estoy obligado si es que pretendo llamar tesis a este trabajo.

El problema se plantea pues, a propósito de que el 661 le otorga

el vendedor la facultad de reservarse el dominio hasta la fecha del pago o a la llegada de la condición.

Al analizar bien la cuestión resulta claro que ha habido una impropiedad en los efectos que a esta cláusula da el legislador al decir que puede reservarse el dominio, puesto que tratándose de la tradición, que es un acto ¿cómo es posible manifestar que al verificarse el mismo puede el vendedor reservarse algo, en este caso del dominio?. Porque si, por ejemplo, "A" le vende a "B" un inmueble pero condicionando la venta a que "B" le deje el usufructo, me parece correcto y propio decir que se ha hecho una reserva de parte de "A". Si "C" le dona a "D" una casa pero le exige que le constituya un derecho de uso o habitación a su favor, me parece positivo hablar de reserva de derecho. Y si "X" le dona a "Y" un automóvil pero pide que se le deje en comodato durante cierto tiempo, también me parece acertado hablar de una reserva.

En todos estos casos los enajenantes pudieron reservarse los derechos de uso y goce, de habitación, o simplemente la mera tenencia, porque se trata de un derecho, el dominio, que descompusieron en sus atributos; y al transferirlo se reservaron algunos de tales derechos accesorios o atributos.

Pero la tradición no es un derecho; es un acto, y como tal no puede ser objeto de una división. En consecuencia, ha sido una impropiedad del legislador el decir que el vendedor se puede reservar el dominio. Para que ello fuera así tendríamos que contar con que la tradición tiene dos momentos; el momento de la tradición y el momento de la transferencia. Sólo de este modo el vendedor podría hacerle al comprador la tradición al momento de entregar la cosa y reservarse la transferencia del dominio hasta el pago o hasta el cumplimiento de la condición.

Pero todo esto es imposible. La tradición es un acto encaminado a transferir el dominio; cuando se hace una tradición se está haciendo una transferencia y no hay modo para diferenciar, porque más concretamente, la tradición en sí es transferencia.

Aplicando ello al Art. 661 resulta entonces que esta es una disposición que no puede tener jamás aplicación porque si el vendedor hace tradición al comprador, y ante la falta de pago cree, y así pacta, que se puede reservar el dominio, está pactando algo imposible y vano; porque desde que hizo la tradición, a pesar de la falta de pago, ya era dueño el comprador.

En conclusión, mi opinión es de que no siendo posible el descomponer



la tradición de modo que el vendedor haga ésta y se reserve el dominio al mismo tiempo, la cláusula del Art. 661 carece de aplicación, y, en consecuencia, cuando se haga una venta bajo estas circunstancias y el vendedor diga que se reserva el dominio, se deberá entender que esta frase lo único que significa es que el vendedor puede pedir o la resolución del contrato o el pago del precio.

Podría creerse sin embargo que esta tesis falla porque el art. 661 no dice que el vendedor ha hecho ya la tradición, de modo que lo único que le ha faltado ha sido el traslado del dominio, el que se ha reservado.

Pensar de esta manera me parece francamente un error. Si en el artículo se entendiera que el vendedor no ha hecho tradición, él seguiría siendo totalmente dueño a pesar de la venta; y en tal virtud carecería de todo sentido el decir que se reserva el dominio, desde luego que no habiendo salido éste de su patrimonio no hay razón ni motivo para reservarse lo que le pertenece, o ha hecho tradición y cree entonces, basado en lo que me parece impropiedad legal que puede aún reservarse el dominio; o no la ha hecho, y carece entonces de razón el reservárselo porque sigue siendo dueño.

Finalmente, debe repararse que la crítica por la que se desecha al 661 no obedece a la expresión o al lenguaje usado por el legislador; en este caso difícilmente podríamos obtener una conclusión porque ella abarca inclusive al mismo 1676. Pero no es así. La crítica va a los efectos que se señalan, porque si las partes imponen a sus acuerdos lo que se les antoje, debe la ley buscar el equilibrio aceptándoles solo lo correcto, lo jurídico. De allí que en este caso, si las partes manifiestan que hacen tradición pero se reservan el dominio, el legislador no puede, por antijurídico e imposible, sancionarles tal efecto. Lo único que sí puede, antes esa expresión, es señalarles el único efecto posible y jurídico, o sea el contenido en el 1676.

Por todas estas razones es, entonces, que entre el art. 661 y 1676 la disposición que priva es la del 1676.

En cuanto a las otras soluciones, tenemos en primer lugar la más simplista; la que trata de resolver el caso inclinándose por la particularidad de las disposiciones, es decir por lo dicho en el art. 13. Por esta respuesta se inclina Somarriva cuando dice: "¿cómo se resuelve la contradicción anotada? haciendo privar los artículos de la compraventa".

porque están ubicados especialmente en el título de la compraventa, y sabemos que, de acuerdo con el artículo 13, las disposiciones de una ley relativa a negocios particulares...etc." en conclusión -sigue- "la estipulación de no transferir el dominio no produce sino los efectos de dar al vendedor la demanda alternativa" (5)

En base a este elemental y sencillo proceso, Somarriva encuentra pues su solución. Sin embargo ¿es totalmente firme o seguro darle la particularidad a la regla del 1676?. Si se cree que éste es el particular porque está en la venta, podría también pensarse que el particular es el otro porque trata un problema de tradición del dominio, y está en el capítulo de la tradición, lo que no nos saca de ningún apuro.

De aquí que otros hayan buscado otra solución más sencilla o cómodas que no hay problema; no hay contradicción porque uno regula el efecto del título y el otro sobre los efectos del modo. (??)

Y finalmente, la más débil, que dice que si la cláusula va en el modo se aplica el 661 y si va en el título hay que sujetarse al 1676; es decir que dependerá de la inclusión de la cláusula en el acto que se aplicará uno u otro artículo, lo que es una posición ilógica; el legislador pudo haberse equivocado, pero no incluido cuestiones hasta cierto punto absurdas.

Todas estas soluciones, en síntesis, no resuelven el fondo del problema, solo lo disimulan. Por eso, cuando se plantee prácticamente, lo más exacto quizá sea el afirmar que será el juzgador quien lo solucione según su criterio y según los elementos del caso.

Por lo demás, ya dejé claramente planteada mi solución.

#### TRADICION AL VENCIMIENTO DEL PLAZO

26) Ninguna dificultad ofrece el art. 662 que regula lo relativo a este punto, por lo que nos concretaremos a un breve análisis sobre él.

Dice el artículo:

Art. 662.-"se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago; salvo que intervenga decreto judicial en contrario".

Recordemos que a propósito de los errores dijimos que la tradición es un pago. Pues bien, este artículo nos lo confirma cuando dice, en otras palabras, que solo podrá pedirse el pago (tradición) desde que no haya plazo pendiente, repitiendo la regla del 1367 que dice que el pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo.

Alude este artículo a una situación hasta cierto punto excepcional en la tradición, porque lo común y corriente es que se haga la tradición en el momento mismo de celebrar el contrato, y no después. Sin embargo, por varias razones como la existencia de condiciones, el acuerdo de las partes, etc. puede suceder que éstas difieran el momento de la tradición y por lo que se establece entonces esta regla.

Pero, en concreto, en tres casos es que puede tener lugar lo dicho en el presente artículo, siendo éstos lo que a continuación pasamos a ver.

1) Tradición sujeta a condición.- En este caso tendría aplicación -si, por ejemplo, "A" ofrece a "B" donarle un automóvil el día en que se reciba de abogado. Desde el momento en que se celebra el contrato, "A" no tiene civilmente ninguna obligación con "B", quien solo tiene potencialmente un derecho; de modo que mientras no se cumpla la condición "B" no puede exigir a "A" la tradición porque "solo se puede exigir la tradición de todo aquello que se debe" y "A" no debe.

2) Tradición sujeta a plazo.- El 25 de junio "A" le dona a "B" una casa porque se recibió de abogado, pero en el contrato establece que no le hará la entrega y tradición sino hasta el 31 de diciembre de ese año.

Consecuente con la tesis que he venido sosteniendo, de que no se puede hacer tradició<sup>n</sup> y dejar pendiente el efecto de ella, o sea la transferencia, tendríamos que decir que solo podría procederse de dos mo<sup>do</sup>s: o bien "A" hace el 25 de junio la donación y la tradición, o bien solo hace la donación dejando pendiente para el 31 de diciembre la tradición. Pero lo que nunca podría es hacer la tradición y dejar pendiente la transferencia del dominio.

En el primer caso, llegada esta última fecha, "B" solo exigiría la entrega pues ya era dueño; ya no tiene que exigir tradición ni esta se sucederá hasta entonces. Bajo esta hipótesis no estamos entonces en el caso de esta disposición.

En la segunda situación es cuando puede tener lugar el presente artículo. Dado que el efecto del plazo es suspender la exigibilidad, al llegar la fecha "B" podría perfectamente demandar -en base al 661, 1280, 1365 y 1367- el cumplimiento de la obligación exigiendo el pago (tradición) en vista de que ya no existe obstáculo alguno por haberse vencido el término. Si "A" se resiste a hacerle la transferencia, lo podría demandar por incumplimiento de contrato, pero nunca podría usar una acción real porque no es propietario.

Por lo tanto, en el plazo suspensivo, si se dice que se hace tradición al momento del contrato pero se transferirá el dominio al llegar aquel,<sup>a</sup> no hay caso; no queda pendiente nada porque la tradición surte plenos efectos inmediatamente.

Si no se hace al instante la tradición, queda pendiente entonces la verificación de ésta como una obligación del contrato.

3) Tradición cuando hay decreto judicial.- Finalmente, el último caso a que puede dar lugar esta disposición es el relativo a la imposibilidad de exigir la tradición por existir, sobre el objeto de la obligación, un decreto judicial ordenando la retención o el embargo de ella.

En este caso no se trata de que la tradición, siguiendo la obligación causal, esté diferida o pendiente; aquí la obligación es pura y simple, pero la tradición no puede ser exigida por existir una imposibilidad legal surgida por el decreto de Juez.

Por ejemplo, "A" le vende a "B" en San Salvador tres tractores que aquel tiene en San Miguel, y acuerdan que la entrega (que en este caso sí constituye tradición) se verificará dentro de 5 días en que "B" pueda trasladarse a San Miguel a recogerlos. Pero sucede que "C", quien tenía una demanda ejecutiva contra "A", se entera de esta venta, y antes de que "A" entregue y transfiera los tractores, los embarga. "B" no puede entonces reclamar absolutamente a "A" ni la devolución de lo pagado ni mucho menos la tradición de las cosas porque, como dice el 662: "se puede pedir la tradición... salvo que exista decreto judicial en contrario."

Y si, para el caso, se nombrara depositario de los tractores a "A" y éste, aprovechándose de ello le hiciese la tradición a "B", esta sería entonces una tradición nula por dos razones: 1) porque de conformidad al art. 1335 No.3 habría objeto ilícito ya que éste existe en toda enajenación de las cosas embargadas (enajenación en sentido amplio significa transferencia de dominio y derechos reales o imposición de gravámenes); y 2) porque de acuerdo a la regla del 1448 No.2 el pago (tradición) es nulo si por el juez se ha embargado la deuda (en este caso los tractores) o mandado retener su pago.

#### TRADICION POR QUIEN NO ES DUEÑO

27) Aparece del contenido del art. 663 que dice:

Art. 6663.- "Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que

Art. 6663.- "Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada".

Como la tradición consiste en el modo o medio necesario para poder transferir la propiedad, para que pueda tener lugar es necesario que quien la verifica sea realmente el dueño de la cosa, pues de lo contrario tal acto solo en apariencia sería tradición. Y es más, si nos atenemos al criterio emitido en una sentencia pronunciada por la H. Corte Suprema, con voto razonado del Dr. Félix Antonio Gómez, en este caso "habría nulidad absoluta porque es requisito esencial que el tradente sea dueño de la cosa que se vende, y siendo que esa falta de dominio es una omisión de un requisito esencial que la ley prescribe para el valor y tradición, en atención a su naturaleza, no cabe duda que se trate de una nulidad absoluta" (6)

Aunque no me parece el razonamiento anteriormente seguido, es evidente sí que la conclusión es cierta; que en tales casos habría lugar a una nulidad absoluta pero no porque el dominio sea un requisito esencial, sino porque el contrato carecería de causa, ya que el comprador lo que pretendía era la propiedad, tuvo ello como motivo para negociar; al no darle la propiedad buscada, la obligación carecería de causa y el contrato podría ser afectado de nulidad absoluta.

La tradición podría pues llegarse a declarar como nula porque su causa, el contrato, lo es; pero en sí la tradición no es nula, ya que no se requiere para su valor que el tradente sea dueño. Si no lo es, habría únicamente imposibilidad en la transferencia; pero el acto, la tradición, sería válida. A tal grado es cierto esto que por ello el presente artículo le señala efectos válidos a una tradición de esas diciendo que en tales casos lo que se transmiten son solo los derechos que el tradente tenga sobre la cosa.

Por lo demás, así se expresa Somarriva cuando dice: "La tradición hecha por quien no es dueño es perfectamente válida, pero no transfiere el dominio porque el tradente no puede transferir más derechos de los que tiene ni el adquirente puede adquirir más de lo que tenía el tradente". (7)

Debe quedar claro entonces que nunca es requisito de la tradición el que el tradente sea dueño de la cosa. La tradición en este caso sería ineficaz para conceder o transferir el dominio, pero no nula.

Debido precisamente a que no lo es, la ley ha tomado en cuenta la

situación en que se encontraba el tradente en relación a la cosa para hacer que de esta manera nazcan derechos en el adquirente. Y así, protegiendo el dueño, impide la transferencia; pero, protegiendo a quien generalmente concurre de buena fe, esto es el adquirente, le concede que ingresen a su patrimonio los derechos que el tradente tenía sobre la cosa.

De esta manera, tenemos entonces que dentro de este artículo pueden presentarse los siguientes tres casos:

- a) Caso en que el tradente es un poseedor regular,
- b) Caso en que el tradente es un poseedor irregular, y
- c) Caso en que el tradente es solo un mero tenedor de la cosa.

Para analizarlos recordemos antes que según el art. 747 la posesión puede ser regular o irregular. La primera es aquella que tiene una persona que ha adquirido una cosa por justo título y buena fe, a pesar de que después hubiere perdido ésta. Así, si por ejemplo se entera que la cosa que adquirió era ajena o que el título no fue apto o válido, su posesión siempre será regular, aunque de mala fe, porque lo importante es que al instante de adquirir existía justo título y buena fe, pero además, dice en su inciso segundo, si el título que le sirvió para adquirir era traslativo, no constitutivo de dominio, necesitará también de la tradición.

Por eso pues, la posesión regular es aquella en que existe: a) justo título, b) buena fe, y c) tradición.

Por el contrario, dice el 752, cuando se adquirió la cosa faltando cualquiera de los tres requisitos anteriores, la posesión será irregular. Así, si no hubo justo título o tradición pero sí buena fe, la posesión será irregular aunque de buena fe; pero si la que faltó fue ésta, será irregular y de mala fe.

Y finalmente, como la posesión es la tenencia de una cosa con ánimo de ser señor y dueño, cuando se tiene ella sin esta intención y más bien en lugar o a nombre del dueño (753), estamos entonces frente a la mera tenencia.

Con estos detalles, veamos ahora cada uno de los casos.

a) Cuando el tradente es poseedor regular.- Si el adquirente concurre de buena fe, adquiriría una posesión regular pues se daría el justo título y la tradición. Pero no es que adquiriera ésta porque el tradente le transfiriera la de él, ya que la posesión es intransferible. Es el ad

quirente quien la hace nacer en virtud de concurrir con la tradición los otros requisitos necesarios para la posesión regular.

La circunstancia que motiva a distinguir esta clase de posesión es para la aplicación de la regla del 756, parte final que permite agregar al actual poseedor la posesión de su antecesor con el fin de lograr la propiedad por una prescripción más breve.

Al contrario de la transferencia del dominio en donde el derecho pasa de una persona a otra, en este caso la posesión no se traslada; se "extingue", digamos, con un acto de transferencia, el cual, sin embargo, se vuelve útil porque constituye el requisito de justo título para el adquirente. En consecuencia, con dicho acto no se está recibiendo sino haciendo nacer la posesión propia.

Si no se adquiere la posesión, ¿cuáles son entonces los derechos que se obtienen del tradente? sencillamente que el 756 permite, esto es, el de poder sumar al propio el tiempo de posesión del tradente, para cortar así el período de la prescripción.

De aquí la ventaja de que el tradente haya sido también poseedor de buena fe; por esta razón estaba en la prescripción ordinaria. Cuando el adquirente concurre a constituir otra igual, solo llega a obtener los beneficios de una breve prescripción.

b) Cuando el tradente es poseedor irregular.- Un clarísimo efecto de la regla del 756 de que la posesión no se transfiere es el que aparece a propósito de este caso.

En efecto, si ello fuese positivo, cuando se hiciera la tradición el adquirente recibiría siempre en este caso una posesión irregular, lo que no sucede. Pese a que el tradente sea poseedor irregular, si el adquirente concurre de buena fe mejora la posesión; adquiere una posesión regular porque ésta está principiando con él. Y como consecuencia, no necesitará el mismo largo período del tradente para ganar por prescripción; le bastará el más corto de la prescripción ordinaria.

Pero como el 756 permite agregar la posesión del anterior "con todas sus calidades y vicios" ¿qué pasaría si el poseedor regular quisiera agregar a la suya la irregular del tradente?

Dice Planiol "que cuando la posesión del sucesor y la del antecesor son de la misma naturaleza, ninguna complicación hay. Tanto en el caso de que sean las dos regulares, como cuando sean ambas irregulares, puede sumarse las posesiones del causante y del sucesor ya que son de la misma naturaleza. Pero si los poseedores no se hallan en la misma situa



ción, si uno solo de ellos tiene justo título y buena fe, surgen complicaciones. Para resolverlas se da una regla sencilla y práctica: los años útiles para la posesión extraordinaria no pueden servir para completar la posesión ordinaria; pero los años útiles de esta, pueden contarse para completar los de aquella"(8)

O, como ha dicho en reiterada jurisprudencia el Tribunal Supremo de Chile: "la posesión irregular del antecesor, si se agrega a la del actual poseedor regular, hace irregular la posesión de éste último.(9)

En estas clarísimas expresiones que impiden todo comentario, encontramos la gran importancia que tiene el determinarle al tradente la clase de posesión que tiene para que no se vea perjudicado o para que obtenga algún provecho el adquirente.

Ese es entonces el significado de la frase "con sus calidades y vicios" y eso serían las consecuencias de su aplicación.

c) Caso en que el tradente es mero tenedor.- De igual manera, si compareciendo el adquirente de buena fe se le hace tradición por quien solo era mero tenedor, adquirirá para sí una posesión regular a pesar de que su antecesor ni siquiera era poseedor.

En virtud de la tradición, el adquirente comenzaría a ganar por prescripción ordinaria o extraordinaria, según el caso, pues siempre adquiriría la posesión.

Y para concluir, veamos el inciso segundo de este 663, que dice

"Si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse transferido este desde el momento de la tradición".

Hay en este caso, que no es una presunción sino una ficción legal, una solución totalmente lógica que suple muchas dificultades. Así, si por ejemplo "A" vende a "B" sin ser dueño, algún objeto que después (por herencia, por donación) llega a ser suyo, resultaría que "B" sería solo un poseedor y "A" el verdadero dueño. "A" podría entonces intentar recuperar de "B" la cosa en uso de la acción reivindicatoria, lo que sería injusto.

Y aunque no llegase a esto porque no lo intentara o no le prosperara, siempre habría problema para "B" porque tendría que estar exigiéndole la realización de la tradición para ser realmente dueño.

Para evitar todo esto es que, de derecho, opera la transferencia en el adquirente cuando le llegó la propiedad al tradente, lo que es justo.

TRADICION COMO JUSTO TITULO DE PRESCRIPCION

+ 28) Finalmente, el ultimo artículo de las disposiciones generales del Código, el 664, nos dice:

Art. 664.- "La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido este derecho".

Este artículo quizá debió ser tratado dentro del mismo punto anterior porque realmente se comprende que no es más que el efecto del ya visto 663.

En efecto, hemos venido sosteniendo en cada uno de los casos allí planteados, que la tradición sirve de justo título porque así lo dice la ley en este artículo 664. De modo que debido a él, el caso de una tradición hecha por quien no es el verdadero dueño, tendría un papel doble: de justo título y de tradición, (ineficaz, por supuesto) y así los requisitos exigidos en el 747 para la posesión regular, estarían cumplidos.

No nos debe causar extrañeza que se diga que la tradición es un justo título pues en cuestión de posesión el justo título no tiene el mismo concepto de instrumento ni de causa remota de adquisición. El justo título es todo acto o hecho jurídico que por su naturaleza y por su carácter de verdadero y válido es apto para atribuir en abstracto el dominio. Por eso este acto jurídico, en los casos en que no transfiere el dominio, sirve como un acto capaz de otorgarlo en abstracto.

Por otra parte, en cuanto a la frase "en los casos y del modo que las leyes señalan", debe aclararse que no se trata de ningún caso especial; se refiere a las exigencias que se señalan en la posesión primero y en la prescripción después, para llegar a obtener la propiedad de la cosa por el lapso de tiempo.

Así, "en los casos" significa posesión regular o irregular. Y "el modo que las leyes...", significa que, según se trate de un poseedor regular o de uno irregular, le serán aplicados diversos regímenes para la adquisición por prescripción, es decir que al primero se le aplicará la prescripción ordinaria de tres años para los muebles y diez para los inmuebles; y al segundo, al irregular, la de treinta años sin distinción. Arts. 2246 y 2250.

Y para concluir, reparemos que en este caso hay una concesión tan

especial del legislador para el adquirente que incluso, dice, este puede ganar por prescripción "aunque el tradente no haya tenido ese derecho". El tradente- mero tenedor- pudo haber sido alguien que nunca iba a poder llegar a obtener la cosa por prescripción, de conformidad al 2237 y sin embargo, si hace tradición, el que la recibe obtiene el derecho de llegar a ser dueño, lo que no deja tampoco en abandono al verdadero propietario pues durante todos los plazos de la prescripción puede concurrir a impedir la tal adquisición mediante la interrupción.

Bajo todas estas circunstancias pues, la tradición en este caso no es un modo de adquirir; es un acto capaz de atribuir en abstracto el dominio, o sea es un justo título para llegar a adquirir la posesión.

C I T A S

- 1) Alvaro Pérez Vives, Teoría General de las Obligaciones, Tomo II pág.103
- 2) Planiol y Ripert, obra citada, Tomo VI, pág. 77
- 3) Sálvat, obra citada, pág. 179
- 4) Eugene Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano. pág. 237
- 5) Somarriva, pág. 329
- 6) Angel Góchez Castro. Índice de la Jurisprudencia Civil Salvadoreña pág. 200, sentencia No.494
- 7) Somarriva, pág. 313
- 8) Planiol y Ripert, citado en la pág. 535 de Somarriva
- 9) Somarriva, pág. 536.

## SEGUNDA - PARTE

### CAPITULO IV

#### FORMAS DE TRADICION DEL DOMINIO DE MUEBLES E INMUEBLES

##### a) Tradición del dominio de muebles.-

29) La tradición dijimos, es un acto jurídico por virtud del cual se llega a adquirir, entre vivos fundamentalmente, la propiedad de las cosas.

Pero este acto que permite adquirir el dominio o los demás derechos reales, no se verifica siempre de la misma manera; se realiza con particulares caracteres según cada cosa o según cada derecho, es decir que varía su realización según se trate de transferir una cosa material mueble o inmueble, o una inmaterial.

Así, desde el derecho romano, esas diversas formas de realizar la transferencia cuando se trata de cosas muebles se agruparon en dos categorías, siendo la primera la llamada tradición real o material; y la segunda, la tradición ficta o fingida, distinguiéndose dentro de esta última, la tradición simbólica, la brevi-manu, la longa-manu y la cláusula de constituto, las cuales ya explicamos detalladamente antes.

Esta clasificación no es sólo aceptada doctrinariamente por los tratadistas modernos, sino que también en el contenido lo ha sido por casi todas las legislaciones. Nuestro Código, por lo tanto, no excepción y así las ha incorporado en el régimen de adquisición de las cosas muebles comprendidas en los Arts. 665 y 666.

Dice el primero de éstos:

Art. 665.- La tradición de una cosa corporal mueble deberá hacerse significando uno de las partes a la otra que le transfiere el dominio, y figurando esta transferencia por uno de los medios siguientes:

1o.- Permittiéndole la aprehensión material de una cosa presente, o entregándosela realmente;

2o.- MOstrándosela;

3o.- Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa;

4o.- Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido.

5o.- Por la venta, donación u otro título de enajenación confe-

rido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, o a cualquier otro título no traslativo de dominio; y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc."

De todas estas formas sólo volveremos, con el objeto de dejarlos bien claro, a la explicación de la realización de una tradición brevi-manu y la de una realizada por constituto posesorio.

Veamos, si por ejemplo "A" tiene en comodato una máquina de escribir que es de "B" y propone a éste una compraventa, sólo bastará con la celebración de este contrato y la tradición se habrá efectuado a favor de "A", porque ya tiene la cosa. Como la regla en los muebles es que la tradición se haga por la entrega, "A" hubiese tenido que devolverle la máquina a "B" para que éste le hiciese la tradición mediante la entrega; pero para evitar esta innecesaria vuelta, se supone, decían los romanos, que "A" y "B" han hecho talcosa en un rápido o breve cambio de mano, por lo que esta fórmula se llama entonces de brevi-manu.

El constituto, en cambio, opera al contrario, por ejemplo "A" desea comprar la máquina pero la tiene "B" en su poder; como éste la está necesitando pide a "A" que se la deje en comodato o en arrendamiento. En este caso bastará que se celebre el contrato de arrendamiento o comodato, es decir el contrato en que "B" reconoce a partir de entonces la propiedad de "A" y la tradición se realiza sin más dificultad.

En cuanto al nombre de este constituto le podemos encontrar su significado en una frase no muy clara de Petit, cuando dice: "Ticio hace donación de su casa a Sempronio pero continúa habitándola como inquilino. Desde que las partes están de acuerdo Sempronio se hizo propietario por tradición; la posesión no fue aparente, pero no ha sido constituido menos poseedor puesto que tiene el animus domini que Ticio deja en su beneficio" (1). En otras palabras, al quedarse el dueño como mero detentador de la cosa ha constituido corpore alieno la posesión en el adquirente, es decir le ha dado una cláusula de constitución posesoria a su favor.

Tanto de esto como del resto del artículo vemos que la tradición de los muebles se verifica sin mayores dificultades ni exigencias. Bastará con que se entregue la cosa cuando se tiene a la mano o que se significa la entrega por los otros medios señalados allí, cuando no se tiene, y la transferencia se verifica.

Por supuesto que esta entrega de la cosa estará previamente fundamentada en un negocio causal, en un contrato o título que le haya

servido de origen, el cual tendrá que ser traslaticio como una venta, donación, etc.; deberá tal entrega estar exenta de errores, deberá haber consentimiento, etc., etc.

Y aunque la ley no exige ningún documento para realizar la tradición, podrán las partes otorgar hasta una escritura pública, si así lo desean, pues el único caso en nuestra ley en que sí se debe hacer la transferencia de un bien mueble por contrato autenticado o por escritura pública es en la enajenación de los automóviles, pero esto ya es una regla que trasciende el Código Civil.

En cuanto al Art. 666 que habla sobre "los frutos u otras cosas que forman parte del predio", solo diremos que se trata de una tradición material o real, pues ello indica el Artículo cuando dice que en estos casos "la tradición se verifica en el momento de la separación de esos objetos".

Por lo demás, sobre la tradición de los muebles hay una sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en la que dijo: "la tradición de bienes muebles debe hacerse por alguno de los medios que enumera el Art. 665 C.; no basta, por lo general, la simple voluntad de las partes expresadas en instrumento público" (2)

b) Tradición del dominio de inmuebles.

30) Art. 667.- "La tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos 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 efecto contra terceros, deberá inscribirse en el Registro público de la Propiedad".

(Este artículo, tanto por su contenido como por su múltiple aplicación diaria, es uno de los más importantes del Código Civil.) Se podría decir que es el núcleo de todo un régimen jurídico pues todas esas facultades, protecciones, privilegios, etc., existentes en relación al dominio, no pueden tener jamás vida o aplicación si no es hasta el momento en que le nace a una persona su derecho de propiedad. Y ese nacimiento es el que regula precisamente este artículo.

(Ahora bien, ¿pero cómo es que se origina propiamente entre nosotros el dominio entre vivos?. Cuando una persona vende a otra un inmueble y celebran una escritura pública en que la hacen constar simplemente, la propiedad no se ha transferido. Si por ejemplo el vende



dor solo dice que por el precio recibido vende la finca libre de todo gravamen o carga y el comprador manifiesta que está de acuerdo con la venta de tal inmueble, el contrato sería perfecto y válido, pero no otorgaría jamás la propiedad. El vendedor seguiría siendo dueño y el comprador solo tendría una acción personal. Es más, si aún así se presentase tal contrato al Registro y el Registrador, para el caso, lo inscribiese, el vendedor siempre seguiría siendo dueño pese a la inscripción porque la transferencia no se verificó jamás.

¿Qué se requiere entonces para que la tradición del dominio se realice? Pues bien, para que ello se verifique, se requieren dos requisitos: a) que se haga una escritura pública cuando el inmueble es de un valor mayor de \$200.00 , y b) lo fundamental y básico, que el tradente manifieste que por medio de esa escritura le hace transferencia de su propiedad al adquirente, y éste, que se da por recibido de ella. Y de esta manera la propiedad o dominio nace entonces en el segundo.

Por eso, en el caso hipotéticamente planteado, la propiedad jamás se traspasó al comprador porque sólo hicieron constar la venta, pero no expresaron que en virtud de ella se hacía la tradición.

En nuestra legislación entonces, el modo o la forma como se verifica la tradición o el traslado de propiedad de los inmuebles es por la manifestación expresa que hace el tradente de transferir el dominio sobre la cosa a la persona con quien se ha celebrado el contrato, con la misma expresión de ésta de que, a su vez, se da por recibido de la propiedad.

Este es el régimen de nuestro derecho; esto es lo que exige el Art. 667 para realizar la tradición, para darle el dominio al adquirente. Por este motivo es que en toda escritura pública en que se enajena un inmueble, los notarios sacramentalmente dicen: "que el vendedor, donatario, etc., por este acto le hace tradición o transferencia del dominio, posesión y demás derechos, dándose por recibido de ellos el adquirente". Y de esta manera la tradición motivada queda perfectamente hecha.

(Y a propósito de esta frase de nuestra práctica notarial, ¿qué pasaría si el Notario solo dijese que le hace transferencia de la posesión y demás derechos, sin mencionar el dominio?; o a la inversa, si solo dijera que le hace tradición del dominio sin aludir a nada más?.

Pues bien, en la primera situación lo que sucedería es que la propiedad no se podría trasladar; no habría tradición, el acto solo servi

rfa de justo título y el adquirente solo estaría obteniendo un derecho de posesión regular si es que iba de buena fe. En cambio en la segunda, como el dominio implica posesión -ya sea corpore proprio o corpore alieno- al decir que le hace tradición de este y nada más, queda sobreentendido que le hace también "transferencia" de la posesión. El que tiene lo más, tiene lo menos; si se tiene y se transfiere el dominio, se tiene y se transfiere la posesión. —

Pero, ¿cómo se resolvería el problema en que el tradente, sabedor de que carece de la posesión porque otro la ha tenido durante el tiempo necesario para la prescripción, hace una tradición basado en que el poseedor no ha obtenido declaratoria judicial? En este caso podría darse dos situaciones: a) que al pretender ocupar el inmueble el adquirente, resultara que el poseedor accede, lo que no produciría problema; y b) que al pretender ello el adquirente, el poseedor se oponga a la desocupación y tenga aquél que demandarlo.

En esta segunda situación, al presentar su demanda el pretendido dueño y oponerle el poseedor la excepción de prescripción adquisitiva, el Juez fallaría a favor de éste, dándole la propiedad porque, a pesar de que no tenía una declaración judicial sobre su derecho, obtendría esta en ese juicio. En este mismo sentido se pronunció la Honorable Corte Suprema cuando dijo en una sentencia: "el actor en juicio de dominio, aunque haya comprobado los elementos esenciales de la acción, fracasa si el demandado probó la excepción de prescripción extraordinaria". (3)

Aparte de esto, veamos también el valor de la tradición realizada. En el caso primero en que el poseedor se allanó; no hay problema. Al hacer eso pierde su derecho y el adquirente se hace dueño; pero en el segundo, en cambio, aunque el tradente hubiera demandado, siempre hubiera fracasado porque ya no era dueño, de tal suerte que la tradición que hizo careció de eficacia. No transfirió el dominio porque ya lo había perdido, y el Juez lo único que hizo fue declararlo a favor del poseedor. En este caso estaríamos entonces ante lo planteado en el 663: "la tradición hecha por quien no es dueño", etc.

Mas, volviendo a lo dicho en el 667, la regla es pues que la tradición es la que concede el dominio cuando se realiza en la forma allí prescrita.

## TRADICION Y REGISTRO

31) Pero, esta afirmación que hasta este momento es absoluta -y jurídicamente exacta, sufre sin embargo una fuerte colusión que la trastorna cuando el mismo artículo, regulando sobre la situación de la propiedad para los terceros, dice a continuación que para que la tradición "surta efectos entre terceros, deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad".

Este último detalle ha producido un conflicto de consecuencias tan serias y graves que ha desembocado en una inseguridad sobre la verdadera forma de adquisición del dominio en nuestro país.

En efecto, dos son las posiciones que como consecuencia de ello surgen en nuestro derecho: a) la de los que afirman que el derecho de dominio de los inmuebles se adquiere única y exclusivamente por virtud de la tradición, es decir por esas expresiones del tradente y adquirente de transmitir y recibir la propiedad, y b) la de los que dicen que la propiedad de los bienes raíces solo se obtiene en virtud de la inscripción en el competente Registro de la Propiedad.

¿Cuál de estas dos es la tesis correcta en nuestro derecho?

Antes de resolver esta cuestión hemos de manifestar que este problema es tan extenso en sus consideraciones que para tratarlo completamente habría que estudiar el origen de la propiedad, el establecimiento del registro, la historia del 667, las causas de sus variaciones, etc., todo lo cual, por no ser aquí este tema mas que un punto aislado, excede a este trabajo.

Pero bien, la cuestión a resolver es que cuál de las tesis es la correcta?

Al respecto, se refirieron al caso en cierta sentencia publicada en 1895 los magistrados de la Honorable Cámara de la 2a. Sección del Centro manifestando, dice el Índice de la Jurisprudencia: "que la tradición del dominio de bienes raíces produce efectos contra todos, con tratantes y terceros, desde que se otorga la escritura respectiva, si ha sido celebrada con todas las formalidades legales, porque en ese momento, se dice, se desapodera el vendedor del inmueble y el comprador adquiere de modo perfecto los derechos de posesión y de dominio que aquél tenía". (4)

Pero, en forma opuesta se manifestaron después otros jueces de igual categoría al afirmar que la propiedad solo nace del Registro.

"Nadie es dueño de un inmueble respecto de terceros -dijeron Hermógenes Alvarado y Belisario Suárez- si no a contar de la fecha de su inscripción; ésta es la que pone en manifiesto y evidencia, por así decirlo, el poder de la persona sobre la cosa". Y el Magistrado doctor David Castro: "entender de otro modo las disposiciones que se refieren a los efectos de la inscripción sería atribuir al Legislador una idea injusta y retrógrada inutilizar la Ley del Registro, puesto que en tal hipótesis no habría ventaja en exhibir la propiedad ni seguridad en las constancias del Registro". (5)

Lo que sucede, dijo finalmente el Dr. Antonio Rafael Méndez al pronunciar un voto en discordia en el Supremo Tribunal, "es el criterio de los Honorables Magistrados del noventa y cinco tuvo algún fundamento, aunque deleznable (!;?) porque en aquella época el hoy Art. 667 C.C. sólo decía así: "La tradición del dominio de bienes raíces... se efectuará por medio de una escritura en que el tradente exprese entregarlos y el adquirente recibirlos; esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato". Fue en 1902 en que se adicionó de esta misma manera: "y para que surta efectos contra terceros deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad, a fin de que -dice la comisión- que formuló la reforma- "se logre por este medio la publicidad de la tradición y pueda verificarse en un momento dado con toda seguridad, la situación jurídica de los inmuebles". Además, sigue, los Arts. 680 (los títulos sujetos a inscripción no perjudican a terceros sino mediante la inscripción) 683 (la tradición del dominio...no producirá efectos contra terceros sino por la inscripción) y 686 (los títulos que se deberán inscribir son los que cancelen, modifiquen, etc.); estos artículos, dice, no estaban como ahora incluidos en el Código Civil, formaban parte de la Ley del Registro. De allí que era deleznable la opinión de aquellos magistrados, porque tácitamente la Ley especial de Registro modificaba al Código Civil y la reforma no tuvo más objeto que disipar dudas".

Por eso, concluye, "todo esto pone en claro de manera indiscutible, que nuestra legislación mantiene el principio de que para terceros es dueño de un inmueble aquel que lo tiene inscrito en el Registro". (6)

Y de acuerdo siempre con esta teoría, la Honorable Corte Suprema de Justicia emitió en 1937 la siguiente sentencia: "La tradición de bienes raíces respecto de terceros se verifica por la inscripción en el Registro respectivo; por consiguiente, si una persona en fe-

chas distintas vende un inmueble a dos personas será preferido el comprador que inscribió primero su título."

Por interesante es oportuno repetir el razonamiento de esta resolución en la que se sostuvo lo siguiente: "La redacción del art. 1621 -si alguien vende separadamente una cosa a dos personas, el comprador a quien se haya hecho la tradición será preferido al otro, si ha hecho la tradición a los dos aquel a quien se haya hecho primero...etc. tiene su origen en la ley del 4 de agosto de 1902, que señaló como verdadera causa de preferencia en la venta la tradición, en vez de la posesión dada al comprador, como decía el primitivo art. 1752. Al mismo tiempo que se verificó dicha modificación, se reformó también por la misma ley el art. 667, donde se redactó así el primer inciso: la tradición del dominio... y para que surta efectos... etc. La parte final es simplemente confirmación del art. 683. Se tiene pues, como indudable que, según esta última disposición y la reforma indicada, se introdujo en la legislación una modificación sustancial de la tradición de bienes raíces respecto de terceros; y cesó desde entonces la aplicación práctica de la regla legal que antes regía, de que la tradición era primera, segunda, etc., según las fechas sucesivas de los instrumentos en que constaba haberse hecho la tradición, resultando ahora que la tradición respecto de terceros, en el Registro, no sigue el orden cronológico de los documentos que la declaran; en consecuencia debe interpretarse el citado artículo 1621 en relación con las expresadas leyes del Registro. Aplicado esto al caso cuestionado resulta que los títulos de los señores XXX por no estar inscritos en el Registro de la Propiedad demuestran la falta de tradición del derecho, y por consiguiente no han adquirido el dominio; todo lo contrario sucede con los documentos de los demandados, los cuales, aunque otorgados con posterioridad a los del actor, están inscritos en el respectivo Registro, acreditan haberse verificado la tradición del dominio" (7)

Estas son pues las opiniones judiciales con que contamos en este punto sobre una u otra posición, prevaleciendo como se advierte, la idea segunda, esto es, de que la tradición se verifica por el Registro, de que el dominio nace solo de la inscripción.

Pero es realmente esta tesis correcta? ¿Es ésta la verdadera expresión de nuestra ley? Si nos atenemos solo a las anteriores expresiones tendríamos que concluir por manifestar que sí, a pesar de su antigüedad. Sin embargo, no es ese el contenido real de nuestra ley;

no es cierto que el Registro sea el medio por el cual se realiza la tradición, ni el medio por el cual se adquiere el dominio.

Pese a la crítica hecha por el Dr. Méndez a sus colegas, la tesis verdadera y exacta, es la emitida por los magistrados que sostuvieron de que en "el momento en que se celebra la tradición por escritura es que se adquiere de modo perfecto los derechos de posesión y de dominio que el vendedor tenfa".

En efecto, nuestro Código no dice, como el chileno, "se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por inscripción del título en el Registro del conservador". Por el contrario, el nuestro dice que "la tradición se efectuará por instrumento en que el tradente exprese verificarla y el adquirente recibirla". Y si la tradición es un modo de adquirir el dominio y se verifica por instrumento, tenemos que en nuestro derecho el dominio se adquiere simplemente por la expresa manifestación de transferir y adquirir hechas por los negociantes en el instrumento público.

Por otra parte, el modo de adquirir el dominio es la tradición; como tal está regulada por las numerosas disposiciones que ya examinamos. Ahora bien, si el dominio se adquiriera por el registro, no por la tradición, ¿qué sería ésta? una figura jurídica innecesaria; los modos de adquirir serían entonces: ocupación accesión y registro, lo que es absurdo. El registro no es una causa inmediata de adquisición, un acto por el cual se adquiere en concreto el dominio. A lo mas, puede llegar a ser un medio, como en Chile, de realizar la tradición, pero nunca un modo.

En nuestro derecho, pues, la adquisición de la propiedad se hace por medio de la tradición, no por el registro; y la tradición se verifica por instrumento, no por inscripción. Y esta regla, que es absoluta, solo tiene una excepción: la tradición del dominio de los bienes que valen menos de \$200.00 pues en estos la transferencia no se realiza por instrumento, sino por la inscripción del documento privado firmado por testigos en la Alcaldía Municipal.

esta reforma al art. 15 de la Ley de 1881.

Ahora bien, pero un derecho de dominio de inmuebles no puede conformarse con el solo conocimiento privado de los negociantes; es necesario darle publicidad a la transacción para que aquellos que no han intervenido en el otorgamiento conozcan al propietario y pueda el derecho surtir efecto frente a todos ¿cómo se logra esto? pues por la

inscripción del título en que se hizo la tradición en el Registro de la Propiedad. Solo cuando tal anotación se haya practicado, el derecho del propietario podrá ser conocido y opuesto por lo tanto a los terceros.

De aquí resulta entonces que en nuestro derecho se le concede plena y total eficacia al negocio entre las partes, pero no se le concede tal valor ni efecto para los terceros sino es mediante la inscripción en el Registro.. ¿A qué obedece esta incongruencia?

Cuando en 1857 llegó a nuestro país el Código Civil de Chile publicado en ese año (casi de casualidad pues fue un regalo del Embajador de Costa Rica a nuestro Ministro de Relaciones), causó gran sensación por lo sistemático y adelantado. Ello motivó, ante la variedad de leyes españolas que regían, el nombramiento de una comisión que se encargara de revisar la legislación y promulgar, como se hizo efectivamente en 1860 nuestro Código Civil.

Pero el Código sureño, en el punto que nos interesa, se había apartado de los principios del derecho romano y no le concedía a la tradición la adquisición del dominio sino mediante la inscripción en el registro del conservador.

Este detalle no fue aceptado por la comisión revisora que decidió, fiel a la teoría romana, dejarle a la tradición su auténtico valor de modo autónomo de adquisición. "En cuanto a la adquisición de cosas se hacen importantes novedades -dijeron-. La tradición del dominio de los bienes raíces y demás derechos reales debe hacerse por instrumento público, con el doble objeto de restringir la prueba testimonial de que tan escandaloso abuso se hace, y asegurar las fortunas que consisten en posesiones territoriales" (8)

De esta manera, no aceptaron ni incluyeron el registro, causando así una desarticulación y desarmonía con muchas disposiciones.

Pero ante la necesidad de un control sobre la propiedad inmobiliaria, en 1881 se decretó una Ley de Registro llamada Ley Hipotecaria, la que fué tomada en su totalidad del régimen del Registro de la Propiedad existente en España, sin que tal ley modificara el estatuto de la tradición de 1880 que continuaba siendo el de la sola escritura.

Sin embargo, en 1904 se incorporó al Código Civil definitivamente la mencionada ley sobre inscripción de inmuebles, constituyendo el capítulo del Registro de la Propiedad, lo que motivó que los reformadores



de esa época adicionaran al Art. 667 la frase "y para que surta efectos contra terceros deberá inscribirse en el registro de la propiedad".

De esta forma se llegó entonces a la situación actual: la tradición hecha en instrumento concede el dominio, pero este, si no se inscribe, no produce efectos para nadie mas que los mismos negociantes. Y este principio es rígido y absoluto; es la garantía "para los terceros, los niños mimados del registro", como dice un autor español, de que mientras no esté inscrito o presentado el título al registro no puede perjudicar a los que fueron ajenos al negocio, aunque exista ya un nuevo dueño.

Así, por ejemplo "A" vende una finca a "B" y éste no inscribe atendido a que es el propietario por la tradición que le hizo "A" en la escritura. En este estado "C", que tiene interés sobre la finca, se presenta al Registro a indagar quién es el dueño y la encuentra anotada a favor de "A". Para "C" como para todo el mundo, el propietario sigue siendo "A", por lo tanto "C" busca a éste y se realiza una segunda venta y tradición sobre la misma finca, que, en rigor, ya no era de "A" pero que, según el Registro, si era suya. De éste modo "C" lleva su título al registro y lo inscriben a su favor.

¿Cómo queda esta situación? pues bien, en este caso "B" efectivamente es propietario pero solo frente a "A", en tanto que "C" es propietario para todos, incluso para "B" porque anotó su título en el Registro.

Qué derechos tiene "B" entonces? francamente, ninguno. Solo en el caso de que les probara la mala fe a ambos, -lo que es difícil- podría intentar una acción penal contra "A" y la cancelación del asiento de inscripción contra "C"; pero ello, repetimos, si probara la mala fe, lo que no es fácil. Por lo tanto el derecho de "B", sobre todo hoy que vale la venta de cosa ajena, es totalmente ilusorio a pesar de que según el 667 el es el dueño. Ahora, si por otras circunstancias ajenas, "B" lograra probar una nulidad en el título que inscribió "C", entonces sí, precisamente por que es el dueño, tendría derecho a que se le anotara el suyo para hacerlo valer frente a todos.

Es correcta esta situación a que da lugar nuestra ley?. Naturalmente que ni correcta ni justa. El tercero podría incluso ir de mala fe pero si no se logra probar ésta, siempre imperaría su derecho; sí, por el contrario, yendo de buena fe se le lograra cancelar su anota-

ción y darle preferencia al primer comprador, sería un atentado al principio fundamental de seguridad que rige para el registro. Y ya ni decir de las injusticias en contra de un comprador de buena fe que tuvo atraso en su inscripción y sufrió las consecuencias de un aprovechado tradente que hizo dos ventas, etc.

Por todas estas situaciones considero que este régimen debe ser modificado totalmente. O bien se suprime la tradición de nuestra legislación y se adopta un sistema como el alemán (lo que tal vez sería muy difícil por lo costoso) o bien se hace lo que debieron los revisadores de 1860, esto es, seguir el mismo criterio que tenía y tiene aún el Código Chileno de verificar la tradición solamente por la inscripción en el Registro.

Pero la teoría pura del derecho romano, tal como aún sigue entre nosotros, de conceder el dominio por la tradición independientemente del registro, ya no puede tener cabida y debe ser revisada.

C I T A S

- 1) Petit, obra citada, pág. 249
- 2) Angel Góchez, Índice de Jurisprudencia, pág. 146. sentencia 419
- 3) Ibidem, pág. 148, sentencia 428
- 4) Ibidem, pág. 157. Esta tesis aparece reproducida en el voto razonado del Dr. Antonio R. Méndez. Sentencia 442.
- 5 y 6) Ibidem, pág. 158
- 7) Ibidem, pág. 255, sentencia 495
- 8) Napoleón Rodríguez Rufz, Instituciones Jurídicas Salvadoreñas pág. 277.

## CAPITULO V

### FORMAS DE TRADICION DE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES

#### Tradición de los derechos de usufructo, uso o habitación.

32) La forma de realización de la tradición de estos derechos no aparece detallada expresamente en el Código, Sin embargo, es en el mismo Art. 667 en donde aparecen comprendidos cuando dice este: "la tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos, salvo las excepciones legales, se efectuará ..."

¿Y porqué decimos que es a estos derechos de usufructo, uso y habitación a que se refiere este artículo?

La primera razón es la historia legislativa. Originalmente, en el Código de 1860, el Art. 700 (hoy 667) decía: "la tradición del derecho de dominio de los bienes raíces, la del derecho de usufructo o de uso constituidos en ellas, y la del derecho de habitación se efectuará por una escritura...", etc., es decir que a los únicos que aludía en forma expresa era precisamente a los de usufructo y uso, y no daba margen para incluir ninguno más.

Posteriormente, en 1902, el artículo sufrió una reforma que no alteró la situación pues lo único que se hizo fue suprimir la enumeración existente y sustituirla por una frase, quedando así la disposición: "la tradición del dominio... y de los derechos reales constituidos en ellos ..." y aunque la comisión no dió una razón alusiva al cambio, es lógico que no lo hizo para abarcar otros derechos que los originalmente enunciados.

Sin embargo, es posible que esta duda haya quedado en aquellos legisladores porque tres años después, en 1907, reformaron nuevamente el Artículo adicionándole la frase: "salvas las excepciones legales", con lo que se dejó claro el punto pues tales excepciones no solo aluden a los incisos segundo y tercero actuales, que en esa misma oportunidad agregaron, sino que también a todos los demás derechos reales.

En efecto, y esta es la segunda razón, el Art. 567 Inc. 3o. taxativamente nos dice que "son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas (dice activas porque las pasivas son obligaciones, no derechos), el de prenda y el de hipoteca".

Ahora bien, al analizar el régimen de adquisición de las cosas

incorporales que aparece en el actual Código en el capítulo "de las otras especies de tradición", observamos que se encuentran individualmente regulados cada uno de aquellos derechos, excepto los de usufructo, uso y habitación, lo que indica entonces, por exclusión, que los aludidos en el 667 no pueden ser otros que los no regulados, esto es, el usufructo, el uso y la habitación.

Establecido esto, veamos ahora como es que se adquieren estos derechos.

Si nos atenemos a este Art. 667 es claro que la adquisición, es decir la tradición, se realiza por medio de una escritura pública en que el tradente manifiesta constituirlo y el que será usufructuario o usuario recibirlo.

Pero si reparamos bien en las reglas particulares del usufructo y del uso, encontramos que en los Arts. 771 y 814 se dice que estos derechos se constituyen por una serie de formas distintas a la del 667, lo que podría dar lugar a creer entonces que la adquisición de estos derechos obedece a dos reglas: la del 667 para la tradición y la 771 y 814 para la constitución.

¿Es exactamente eso lo que dice nuestra ley? o si no lo es, ¿Cómo se realiza entonces la adquisición de estos derechos?

Y es que el problema se plantea porque a primera vista ambas disposiciones son totalmente diversas; en el uno dice que la tradición se realiza por instrumento y en el otro que la constitución se verifica por la ley, el testamento, la venta, etc. es decir que da a entender que no es lo mismo- y por eso le establece diversas formas- la tradición que la constitución.

Es más, algunos tienen también la creencia que la constitución de los derechos reales tiene lugar cuando por primera vez el propietario otorga alguno de ellos, porque entonces -se dice- está naciendo, se está constituyendo el derecho. Una vez constituido, las transferencias que se hagan ya son solo tradición, no constitución.

Por ejemplo, cuando el dueño de una cosa la da en prenda al acreedor para garantizar una deuda, no es que le haga tradición, pues "según el inadecuado desarrollo de la teoría de la tradición que tiene nuestro código es menester que los derechos y las cosas existan de antemano en favor de una persona y que sean transferidos a otra que acepte la transferencia", dice el Dr. Urquiza (1). De modo que siguiendo

este argumento, en este caso no podría haber con precisión tradición, sino constitución. Y solo cuando, continuando con el ejemplo, el acreedor cediera el crédito y entregara la prenda a otro, habría tradición, no constitución porque ésta ya se hizo.

Sin embargo, tanto esto como el creer que siempre son dos actos diversos la tradición y la constitución, es una falsa idea. La tradición es el modo de adquirir; por virtud de ella nacen, se adquieren, o se constituyen los derechos, bien sobre muebles, bien sobre inmuebles; o bien de dominio, de hipoteca, de herencia, de usufructo, etc. La constitución -en consencuencia- no es mas que la eficacia de la tradición, el resultado de esta, pero nunca otro acto jurídico diverso.

Lo que sucede es que con los derechos<sup>f</sup> reales -vamos a exponerlo brevemente- hay dos teorías: la clásica y la moderna. La primera sostiene que "los derechos reales son fraccionamiento de las propiedad: se separan de ella y la dejan con uno o mas miembros de menos; son sus tracciones -del derecho de dominio que viven fuera de él. En este caso la persona a quien se le otorgue, adquiriría por tradición el respectivo derecho". (2) La segunda tesis, en cambio, dice: "que tales derechos no son facultades desgajadas del dominio; las facultades que conforman el dominio no tienen dentro de este autonomía alguna; solo forman el derecho único de propiedad y solo existen cuando están fuera de él, siendo de notar que no nacen desprendiéndose de éste; surgen originariamente, ex-novo. Son derechos nuevos. Por lo tanto el titular del derecho real no adquiere su titularidad por tradición o transmisión, sino por constitución" (3)

De tal manera, si nuestro código siguiera la teoría moderna si podríamos distinguirle otro efecto o significado a las disposiciones en que dijo constitución. Pero nuestro derecho no sigue tal teoría. Es evidente que se impregnó de la teoría clásica pues en todas las disposiciones relativas a cada uno de los derechos reales se dijo tradición, con lo que da a entender que parte de la base de que la facultad que se traspasa ya existía en el derecho de dominio. Para el caso, el 667 dice: "la tradición del dominio y demás derechos reales..."; el 668: "la tradición de la hipoteca..."; el 669: "la tradición de la herencia..." el 671; "la tradición de una servidumbre..." etc.

Si, según la teoría clásica, se adquiere por tradición porque se trata de una separación de un derecho implícito en el dominio, es evidente entonces que es ésta, con todas sus imperfecciones, la tesis que

sigue nuestro código. Máxime que cuando empleó constitución -lo cual implica la concepción moderna- lo hizo siempre en función o en relación de la adquisición por tradición.

De aquí entonces que la dualidad de términos actualmente no puede interpretarse en diversos sentidos en nuestra ley, pues sólo seguimos la clásica corriente. De manera que la constitución a que alude en algunas ocasiones debe interpretarse como una conclusión, como la eficacia, como el producto de la tradición, nunca como acto de adquisición diverso.

Y en cuanto a la otra idea de decir constitución sólo para el primer adquirente, carece de sentido pues lo cierto es que cada vez que se otorgue un derecho real, el adquirente será siempre un nuevo titular, no lo será solo el primero.

Entonces pues, si no hay diversidad y no le podemos dar a la constitución más significado que el de resultado de la tradición, ¿cómo es que se llega a adquirir el derecho de usufructo, uso o habitación?

Según el art. 771 el usufructo se puede constituir de varios modos: 1) por ley, 2) por testamento, 3) por donación, venta, etc. y 4) por prescripción. Y de igual forma, según el art. 814, se constituye también el uso o habitación, con la única excepción de que éstos no pueden serlo por ley.

Con lo dicho en esta disposición y en la relación al art. 667, tenemos entonces que se pueden distinguir tres formas cómo se pueden constituir o adquirir estos derechos:

- 1) Por acto entre vivos: a) prescripción, b) tradición;
- 2) por causa de muerte: testamento; y
- 3) por ley.

Se adquiriría por prescripción cuando por ejemplo, una persona que no es realmente propietario le vende a otra el derecho de usufructo sobre un inmueble; como nadie puede ceder más derechos de los que tiene, al hacer la venta el usufructuario no podría adquirir el usufructo por que este derecho no le pertenecía al nudo propietario.

Pero como hubo justo título y buena fe, el comprador de ese derecho adquirió la posesión para ganarlo por prescripción ordinaria de diez años, dado que el usufructo -según el art. 561 inc.3o.- cuando recae sobre inmuebles, como en este caso, es inmueble.

En esta hipótesis no hubo tradición, la adquisición fue por modo diverso: la prescripción.



Para comprender el otro caso, veamos un ejemplo: "A" es usufructuario por un período de diez años; a los cinco años de estar gozando de su derecho, en base a la facultad que le concede el art. 795, cede a título gratuito (donación) su derecho a favor de "B", por el tiempo que le falta para la extinción de el derecho de usufructo. Una vez celebrado el contrato, en el mismo instrumento o en otro distinto, "A" le hace tradición del derecho a "B" constituyéndolo usufructuario, y éste acepta.

En esta hipótesis la constitución se realizó por tradición; el acto fue adecuado a la teoría clásica pues el usufructo es una facultad desprendida del dominio, y también fue adecuado a la teoría de los títulos y los modos porque la venta fue la causa, el título, y la tradición el modo.

Cual es la inmediata conclusión que surge de esto? lógicamente que el No.4 del 771 no está correcto, pues es por la tradición y no por virtud de la donación, venta, etc. como dice allí, que se constituye el derecho. Estos contratos -venta, donación- solo son el título y el título no otorga derecho alguno. Por eso en este No. 4 debe entenderse "por tradición".

*por tradición*

2) En el segundo caso la constitución, dice el código, se realiza en virtud del testamento. Pero, ¿es exactamente por medio de el que se constituye?

Al respecto distingamos dos situaciones posibles: 1) cuando el causante "A" nombra heredero a "B" pero, para el caso, sobre la finca de Izalco le deja solo el usufructo y a "C" la nuda propiedad, o, 2) a la inversa, cuando nombra propietario a "B" y le deja a "C" el legado de usufructo sobre dicha finca.

Cómo se constituye el usufructo en estos casos? pues bien, en ninguno de los dos, pese a la expresión legal, se constituye realmente por el testamento, sino por la tradición.

En efecto, en la primera situación "B" es el heredero; al aceptar la herencia se está constituyendo a su favor el derecho de usufructo ya que la propiedad será de C. Pero la adquisición de todos los bienes incluidos en la herencia no se verifica por virtud del solo testamento, sino por medio de la tradición, la que se realiza por ministerio de ley.

Por lo tanto "B" adquirirá su derecho pero en virtud de la tradición, no por el testamento.

*✓ por ministerio de ley*

De igual manera en el segundo caso "C" adquirirá el legado de usufructo hasta que "B" luego que haya sido declarado heredero, le haga la tradición por medio de escritura pues es así como se transfieren los legados según señala el 670.

Esto significa entonces que en estos casos el usufructo constituido por testamento tiene a este como causa y, según los casos, la tradición por ley o por escritura como modo.

3) Finalmente la constitución por ley no la tratamos pues ya vimos que ésta es otro modo diverso a la tradición que nada tiene que ver con ella.

En síntesis no hay choque entre el 667 y el 771 y 814; pero debe verse la constitución siempre en base al primero, y las formas señaladas en estos solo como la causa para la adquisición.

Y en cuanto al inciso segundo, al igual que para el dominio, si el valor del derecho vale menos de doscientos colones se realizará la tradición por la inscripción o registro en la Alcaldía del instrumento privado en que se otorgue, con la salvedad de que tal regla -considero- no puede aplicársele al usufructo pues el Art. 772 dice que "no valdrá el usufructo entre vivos sino se otorga por instrumento público". Y entre el 772 y el inc. 2o. del 667 priva el primero por ser regla especial.

#### TRADICION DEL DERECHO DE HIPOTECA \* -

33) Art. 668.- "La tradición del derecho de hipoteca se verifica por la anotación de la escritura que la constituye en el competente registro de hipotecas."

La tradición y anotación de hipotecas, en el caso de subrogación legal, se sujeta a lo dispuesto en el Art. 1483".

Con la hipoteca ha sucedido lo contrario que con el dominio. En este los legisladores se apartaron del Código chileno no aceptando la tradición por medio de registro. En la hipoteca en cambio no se alteró el régimen que trafa dicho Código y desde 1860 apareció la inscripción en el Art. 701 que decía:

"El derecho de hipoteca se transfiere por la anotación de la escritura en que se constituye en el competente registro de hipotecas".

En efecto, por tratarse de un derecho sobre inmuebles, al igual que el dominio, la hipoteca no puede quedar solo en la esfera privada de los otorgantes. Si así fuera carecería de eficacia la tradición, se volvería al régimen romano de la clandestinidad. Al vender los deu

dores el inmueble hipotecado el nuevo dueño ignoraría los gravámenes produciendo por ello desconfianza en el registro, el derecho de persecución sería ilusorio o difícil; las preferencias, inútiles, etc.

Por eso la hipoteca no puede subsistir adecuadamente sin el registro. Como dice Manresa: "esta exigencia es obvia, porque si se trata de dar fijeza a la propiedad y a los derechos reales imperfectos sobre los inmuebles, es evidente que constituyendo la hipoteca una carga real que limita y grava el dominio, necesita ser autorizada de manera expresa en el registro para que no se infieran perjuicios con gravámenes ocultos".(3)

De aquí que la tradición de este derecho no ofrece problema. El acreedor es dueño del derecho en el momento en que se inscribe en el registro la escritura en que se otorgó. Sin embargo, debe distinguirse entre lo que es el derecho real y lo que es el contrato de hipoteca.

Cuando de conformidad al 2159 se otorga la escritura pública en que el deudor hipoteca su inmueble, el contrato ya está perfecto; su solemnidad ya está cumplida y han nacido en el acreedor, en consecuencia, las acciones personales contra su deudor. Pero el derecho real que se constituirá en favor de aquel no ha nacido todavía; la constitución -no podríamos decir la transferencia lógicamente - no se ha verificado aún. Para que se realice y nazcan en el acreedor los derechos de persecución hipotecaria, de pago preferente, etc. es necesario que se verifique la tradición mediante la inscripción en el competente registro de hipotecas.

Con la sola escritura está perfecto el contrato de hipoteca; pero el acreedor no puede si el deudor incurre en mora, perseguir el bien mientras no esté inscrito el inmueble (a menos que haga uso del derecho de prenda general-2212). Y no exactamente porque el 2160 diga que en tal caso no tiene valor alguno la hipoteca, sino porque no se ha efectuado la tradición que es la única que le constituirá su derecho real.

Por otra parte en este derecho es donde perfectamente cabe la crítica a la teoría clásica de la tradición que sobre los derechos reales sigue nuestro código. Aquí se debió decir concretamente: "la constitución de la hipoteca se realiza..." etc. y no la tradición, porque ésta implica, como dijimos, la teoría que dice que en el dominio se encuentran potencialmente estos derechos, lo que en la hipoteca es imposible. Como bien se dice "no puede aplicarse el concepto de tradición a la hipoteca al momento de ser constituida porque hasta entonces aquel dere-

cho no ha figurado en el patrimonio del constituyente".(4)

En cuanto al inc.2o. es decir el caso en que un tercero pague al acreedor y se subrogue en los derechos de éste en contra del deudor, hay que sujetarse a la regla del 1483.

En efecto, la regla en la subrogación es que por virtud del pago, de derecho, se traspasen al nuevo acreedor todos los privilegios que tenía el crédito, lo que significa que también la hipoteca debería traspasarse automáticamente. Sin embargo, por las mismas razones que citamos antes a propósito de la inscripción, en este caso la transferencia no se realiza de derecho; debe hacerse constar en el registro por inscripción del mandamiento que el acreedor solicitará al Juez cuando la subrogación fue por pago judicial, o bien cuando se hizo privadamente y no se realizó por separado el traspaso de la hipoteca.

De lo contrario, el nuevo acreedor podrá exigir al deudor todas las otras garantías, menos la hipoteca.

#### TRADICION DEL DERECHO DE HERENCIA A ✓

34) En nuestro Derecho, la sucesión por causa de muerte es una figura jurídica de caracteres particulares que la distinguen claramente de lo instituido en otras legislaciones.

Esta distinción, que no le da mérito, obedece a que lo universalmente establecido como modo de adquirir, gracias a una serie de reformas, se convirtió entre nosotros en un excepcional título de adquisición.

En efecto, en el Código de 1860, congruente con la doctrina y con el Código Chileno que la seguía, existía el Art. 602 señalando que los modos de adquirir eran: la ocupación, la accesión, la tradición, la prescripción y la sucesión por causa de muerte.

Y esta ubicación de la sucesión como modo encontraba su justificación, entre otros, en el Art. 702 que decía:

\*"En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por ministerio de ley al heredero; pero esta posesión legal no habilita al heredero para disponer en manera alguna mientras no proceda decreto judicial que le de la posesión efectiva".

Así, dice Somarriva (y traemos sus comentarios porque este 702 es el mismo que tiene aún el Código Chileno en el 688) "La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio. Produce el

traspaso de los bienes del difunto al heredero, por el solo ministerio de la ley, en el momento mismo de fallecer la persona de cuya sucesión se trata. Por lo tanto el heredero no necesita la tradición; adquiere las cosas por la sucesión mortis causa". (5)

Por este modo de adquirir que era un todo armónico con el resto de disposiciones, en 1902 sufrió una revolucionaria modificación cuando los legisladores, no alcanzando quizá a distinguir el fondo de la adquisición de la herencia por la ley, optaron por reformar el artículo argumentando desacertadamente "que nada se decía sobre la tradición de la herencia."

"El art. 758 (edición 1893) tal como está en el Código -dijeron- nada dice sobre el modo de verificarse la tradición de la herencia, no obstante que figura entre las disposiciones relativas a la tradición, y que en general la sucesión por causa de muerte se considera como un título traslativo de dominio que hace necesaria la subsiguiente tradición". (6)

Frente a este argumento estamos bien en afirmar que fue una razón desacertada pues es natural que si la herencia se adquiría por sucesión, si esta era el modo, ¿cómo y por qué se iba a aludir para ello a la tradición? Si es un elemental principio el que las cosas no pueden adquirirse por medio de dos modos, era lógico que a pesar de encontrarse en el capítulo de la tradición no se refiera a ella, porque ya tenía su modo de adquirir en la sucesión.

Pero es bien evidente que esto último no lo alcanzaron a distinguir los reformadores, lo que movió a que expresaran, más equivocadamente todavía, "que en general la sucesión se consideraba como un título", cuando lo cierto es que no solo la casi totalidad de legislaciones, sino también la totalidad de la doctrina, la estima como un modo de adquirir.

Sin embargo, esta fue la razón del cambio. De esta manera la sucesión dejó de ser en esa fecha -1902- un modo de adquirir y se convirtió en un título.

De aquí que nuestro actual régimen la adquisición del derecho de herencia es por tradición; la que, por tratarse de un caso de transferencia después de la muerte, se realiza por la ley en el momento en que es aceptada. Pero debe repararse bien que el modo es la tradición, no la ley, y que ésta es solo la forma de realizar aquella.

Y en cuanto al título, dijimos, lo constituye la figura jurídica

sucesión por causa de muerte, es decir que se trata de un título estrictamente legal.

Por eso están parcialmente equivocados los que consideran que el título es el testamento cuando la sucesión es testamentaria, o la ley por medio de la figura Sucesión por causa de muerte, cuando es abintestato. Y lo están parcialmente porque sea una sucesión testamentaria o una intestada, el título es siempre el acto legal. "sucesión por causa de muerte".

¿ Quién es el tradente en estos casos? Sencillamente en este caso de la herencia no hay tradente; este artículo es excepción al 651 que requiere siempre de tradente en la tradición puesto que esta es para adquirir entre vivos, y como aquí se adquiere por muerte, no hay tradente.

Ahora, como la transferencia se realiza hasta el momento en que ésta se acepte, los bienes pasarían en abandono durante todo el tiempo que tardan en aceptar, rompiéndose el principio de que la propiedad es perpetua y creando una serie de dificultades que surgirían al pretender hacerse valer derechos surgidos en el intermedio.

Para evitar esto precisamente es que la ley -por ficción- dice que los efectos de la tradición, o sea la adquisición, se retrotraen al momento de la delación, la que, como sabemos, se sucede en el momento mismo de fallecer el causante pues es entonces cuando en forma abstracta y general se llama a los herederos presuntos.

La tradición pues, se sucede al aceptar la herencia; pero se retrotrae o se otorga la propiedad desde el día en que faltó el causante.

Por lo demás, la otra regla del artículo de que no pueden enajenar los herederos ~~que~~ que precede la inscripción, es incongruente, pues da la impresión de que no son dueños; de que su propiedad va a nacer con el registro, lo cual no es cierto.

Los herederos pueden enajenar sin inscripción porque son dueños por la tradición desde el instante en que aceptaron; el adquirente corre el riesgo de la inseguridad por la falta de inscripción, naturalmente, pero eso no impide ni la adquisición ni la enajenación,-



TRADICION DE LOS LEGADOS

35) Art. 670. "La tradición de un legado de cosa inmueble se efectúa por medio de una escritura pública en que el tradente exprese entregarlo y el legatario recibirlo: en esta escritura se insertará la cabeza, cláusula y pie del testamento en que conste el legado."

Este artículo solamente ha sufrido una muy acertada modificación cuando le fue intercalada la frase "de cosa inmueble" en 1880, dejando en lo demás exactamente la misma redacción y contenido que tenía desde 1860. Y decimos que la reforma fue acertada pues sin ella no se distinguía, lo que obligaba a otorgar escritura pública incluso para los legados de cosas muebles, en contraposición a las reglas de estos que no exigen tal requisito.

Debemos entonces distinguir dos formas de tradición, así: cuando se trata de legados de cosa mueble la tradición se efectuará por la entrega del bien, hecha material o ficticiamente, por algunas de las formas señaladas en el art. 665. Y cuando se trate de legados de bienes raíces, la tradición se hará por escritura pública.

Y ¿quién es el tradente en estos casos? sencillamente el o los herederos, cuando los haya; o el curador de la herencia yacente cuando no se presentaron herederos a aceptar la herencia.

Hay que hacer notar, por otra parte, que no es necesario que para realizar la tradición del legado el heredero haya inscrito en el Registro de la Propiedad. El heredero puede hacer la tradición del legado, pese a no haber inscrito a su favor, porque él obtuvo su derecho desde el momento de la aceptación. Por consiguiente, como dueño que es, puede hacer las transferencias de los legados, haya o no inscrito.

Por el contrario, quien no puede disponer de los bienes solo porque para el caso, no se encuentran inscritos a favor del heredero, es el legatario. Para que éste pueda disponer libremente del legado es necesario que el heredero le haya hecho la entrega u otorgado la escritura de traspaso. De lo contrario el dueño de la cosa legada siempre es el heredero porque el bien está en el patrimonio que era de su causante. Así lo dijo una sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al manifestar: "mientras el heredero universal no ha otorgado la escritura de tradición del legado de inmueble, el legatario no puede disponer de la cosa legada. Si la vende, el heredero tiene acción reivindicatoria"(7).

Lo que confirma que el dueño es aún el heredero pues la reivindicatoria solo a éstos se concede.



Algo que hay que señalar respecto a los legados es lo relativo a los legados de especie, dado que como en éstos, por lo dicho en el inc. 2o. del Art. 1161, se adquiere el dominio de la cosa legada desde el evento de la muerte del testador, podría creerse que no requieren de tradición; y que por el contrario, la adquisición se verifica por ley -como en la herencia- en el momento de fallecer el causante.

Sin embargo, si bien los legatarios de especie son dueños del legado desde el instante de la muerte del testador, necesitan siempre que los herederos les hagan tradición por escritura. Y solo cuando tal ha sucedido, se verifica la ficción del art. 1161 inc. 2o. de tenerlos como dueños desde el momento de la muerte, no desde el momento de la tradición.

Debe quedar claro pues, que los legatarios de especie adquieren por tradición hecha por los herederos; pero que una vez verificada ésta, los efectos se retrotraen al momento de la muerte del testador.

Por eso, en síntesis hay que distinguir que la adquisición de los legados se verifica así:

1o.) La de los muebles, por la entrega hecha siguiendo cualquiera de las formalidades del Art. 665.

2o.) La de inmuebles, de género o de especie (de cualquier valor), por escritura pública en que el heredero o el curador de la herencia yacente manifiesten constituirlo y el legatario adquirirlo, con la salvedad de que en los de especie, la propiedad que da la tradición se retrotrae a la fecha del deceso del causante, es decir que se es dueño desde entonces.

Y en cuanto al título, para todos, lo será la figura legal; la sucesión por causa de muerte.

#### TRADICION DEL DERECHO DE SERVIDUMBRE \* ←

36) En el código de 1860 apareció la tradición de este derecho bajo el número 705 así:

"La tradición de un derecho de servidumbre se efectúa por escritura pública en que el tradente exprese constituirlo y al adquirente aceptarlo; esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato"

Pero la comisión reformadora de 1902 dijo que "debiendo constituirse el derecho de servidumbre por escritura pública en la cual naturalmente conste el mutuo consentimiento, es claro que esta es-

critura sirve siempre de tradición, quedando además la parte que suprime el artículo citado de lo cual puede deducirse que hay casos en que la escritura de tradición de la servidumbre sea distinta de la de su constitución"(8). Por eso el artículo actual, el 671, quedó exactamente igual a aquel, excepto la frase final que fue la suprimida.

Aparte de que el código chileno trafa comprendido en el art.698 en forma separada la tradición de un derecho de servidumbre, lo que pudo motivar el primitivo 705, no veo la razón por la que la tradición de este derecho real exista considerada individualmente cuando no añade ningún otro requisito o formalidad para su tradición.

Es más, si con este derecho, al igual que con el de usufructo y el de uso, la repetida teoría clásica encuentra plena justificación desde el momento en que no son más que facultades o fracciones del dominio que le desprenden, no hay razón para regularlo separadamente, si sus semejantes (uso y usufructo) lo están en el art. 667.

\*Por otra parte la forma que señala este 671 para realizar la tradición es exactamente la misma que la señalada para aquellos en el 667, o sea por escritura en que el tradente manifieste constituirlo y al adquirente recibirlo. La única diferencia entre ambos artículos sería que el 671 no exige la inscripción para que la servidumbre surta efectos, en tanto que el otro sí la exige para el uso y el usufructo. Sin embargo, esto no es ni puede ser punto suficiente para sostener la individualidad pues es positivo que tampoco puede surtir efectos si no se inscribe, desde luego que así lo dice expresamente el artículo 683 inc. 2o. en relación con el 686 No.2 que exige la inscripción de todo título que aluda a las servidumbres.

Pero hay otra razón para citar la independencia de este artículo y es lo relativo a la constitución cuando el negocio no excede de \$200.00

Como este artículo no está en la regla general del 667, la excepción señalada en el inciso 2o. de que se haga tradición por instrumento privado cuando valga menos de \$200.00, no le alcanza. Y así tenemos que de conformidad al inciso 4o. del art. 1605, la venta de este derecho cuando no excede de tal cantidad puede otorgarse en un documento privado; pero su tradición -según este artículo- deberá practicarse siempre en escritura pública, lo que hace que se vuelva inútil la concesión conferida en el art. 1605.

¿Tiene fundamento esta disparidad? Desde luego que no; si para el dominio, para el uso, para el usufructo lo permitió, ¿porqué habría de

negársele la prerrogativa del documento privado a la servidumbre?

Lo que sucede es que esta disposición se volvió inarmónica cuando en el año de 1902 se adicionaron los incisos segundo y tercero al artículo 667, constituyendo la excepción, pero no se reparó que lo mismo decía el artículo 671 y nada se le agregó.

Por todas estas razones, no se ve pues la necesidad aislada de este artículo. Si se reformara el código mucho se ganaría en incluirlo en el artículo 667, pues no existe para ello ninguna dificultad.

Por lo demás, queda por indicar que de las tres clases de servidumbres existentes: naturales, legales y voluntarias, solo a éstas últimas alude esta disposición pues son las únicas que surgen o se constituyen por intervención de un acto del hombre. En las primeras, hay un hecho de la naturaleza; las segundas surgen de la ley, no existe en ellas ninguna intervención de voluntades, de donde resulta imposible que el artículo pueda aludirles. Incluso en el caso de servidumbre legal en que hubiese disputa y tuviera el juez que declararla, no se podría hablar de tradición ni de escritura, lo único excepcional es que ésta tendría que inscribirse, pero ello ya es en obediencia a otras reglas.

#### TRADICION DEL DERECHO DE PRENDA

37) Para todos y cada uno de los derechos reales enumerados en el 567 existe, como hemos visto y analizado ya, disposiciones indicativas de la forma en que se deberá realizar su adquisición. Pero llama poderosamente la atención que solo para uno de todos los derechos reales comprendidos en aquel artículo, esto es la prenda, no se haya dicho o señalado nada de parte del legislador.

Si al parecer entonces estamos en presencia de un vacío, ¿cómo se realiza la tradición de este derecho real?

Pues bien, como sabemos, y el mismo 2134 lo recalca, la prenda -que como la hipoteca es también un contrato y un derecho real- es un convenio por el que se entrega una cosa mueble a un acreedor para garantizar una deuda; o sea que es un acto que incide sobre una cosa corporal mueble. En consecuencia, dado que no se señaló ninguna fórmula especial para la realización de la tradición de este derecho, como un bien mueble que es, su formalidad para la tradición tiene que ser entonces la misma que se ha señalado para los muebles en general, es de-

cir la del artículo 665.

Pero no podría ser por cualquiera de las formas que en este se señalan. Por la naturaleza de esta figura que nace con el fin de proteger una obligación, la entrega tendría que ser material; de lo contrario podría volver ineficaz la garantía, si, por ejemplo, en el interin entre la entrega simbólica y su recibimiento real, el deudor se desprendiera de la cosa. Por eso mismo el 2136 dice que no se perfecciona el contrato mientras no se haya realmente entregado la cosa.

Como se trata pues de un derecho real mueble, la tradición del mismo se realiza por la entrega que de la cosa haga el deudor; es decir que la tradición se rige por las reglas del 665 y se sucede en el instante mismo en que se perfecciona el contrato.

Por lo demás, la única ventaja que nos queda al no haberse establecido un artículo relativo a la tradición de este derecho, es que podemos ser más exactos o precisos y en lugar de usar el término tradición que implica la aquí infundada y fallida teoría clásica, podemos usar constitución, aludiendo así a la teoría moderna que es la única que sí tiene cabida en este derecho real de prenda.

#### TRADICION DE LOS DERECHOS PERSONALES

38) Art. 672. "La tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro, se verifica por la entrega del título hecha por el cedente al cesionario con una nota que contenga la fecha de ésta, el traspaso del derecho al cesionario, designándolo por su nombre y apellido, y la firma del cedente, o la de su mandatario o representante legal.

La nota de que se habla en el inciso precedente puede reemplazarse por un instrumento en que consigne el contrato de cesión".

Dijimos ya que en este derecho la tradición se realiza en forma simbólica, lo cual es conforme con lo expresado en el artículo arriba transcrito, pues lo que se está transfiriendo al momento de entregar el título en que aparece el crédito no es el título o documento mismo, sino el derecho que consta en él.

Algunos sostienen que aquí estamos en presencia de una tradición real, pues ésta se realiza -dice el artículo- "por la entrega del título que. . ."etc. Esto no es cierto, lo que se está transfiriendo realmente, en puridad de derecho podríamos decir, es la obligación que tiene un deudor con el acreedor que cede, es decir " el derecho

que no se toca ni se mira y que ~~existe~~ con independencia del título - dice Somarriva-. Una conclusión contraria, -sigue diciendo- significaría la imposibilidad de ceder créditos que no constaren por escrito"(9)

Y a propósito de esto ¿cómo se realizaría la tradición si no se dan los elementos del artículo, es decir, si no existe el documento que se entrega? Pues precisamente como ésta es una tradición simbólica el acreedor podrá otorgarla, dice el inciso final, haciéndola constar en un documento -privado o público- según el valor.

Pero fijémonos que este documento solo tendría el valor de identificar al nuevo acreedor; no podría jamás intentarse con él una acción ejecutiva pues no la ha otorgado el deudor. Para esto el cesionario tendría que seguir los trámites corrientes del juicio declarativo, comprobando los extremos de la obligación y basándose su intervención precisamente- y aquí estaría el valor del documento- en el instrumento de cesión.

Por lo demás este derecho personal está adquirido por el cesionario con solo los requisitos de este artículo. Pero, como el deudor generalmente está ignorante de esta situación, es necesario que este traspaso <sup>no</sup> surta efecto para éste si no se le notifica legalmente. Art.1692.

Y cómo se hace la notificación? De dos maneras: o bien por medio del funcionario judicial, siguiendo los trámites ordenados en el Art. 1693 y siguientes, o bien por un notario que la hará constar en acta notarial, de conformidad al art. 50 de la Ley de Notariado y el art. 952 del Código de Procedimientos Civiles.

C I T A S

- 1) Manuel Rafael Urquía. Copias mimeografiadas sobre el Registro de la Propiedad. pág. 38
- 2 y 3) Somarriva. Obra citada pág. 583 y 584
- 3) Manresa y Navarro. Obra citada Vol. XII. pág. 372
- 4) Urquía. Pág. 41
- 5) Somarriva. Obra citada pág. 402
- 6) Belarmino Suárez. Obra citada Pág. 44
- 7) Angel Góchez Castro. Pág. 227
- 8) Belarmino Suárez. Obra citada 46
- 9) Somarriva. Pág. 424

## CAPITULO VI

### JURISPRUDENCIA

I La tradición de los bienes raíces, respecto de terceros se verifica por la inscripción en el Registro respectivo.

Por consiguiente, si una persona en fechas distintas vende un inmueble a dos personas, será preferido el comprador que inscribió primero su título.

No hay venta de cosa ajena, cuando una persona vende a otra un inmueble que con anterioridad había vendido a otra, sin perjuicio de la acción criminal contra el vendedor.

El simple contrato de compraventa, sin hacerse la tradición por medio de su registro, no perjudica a terceros. La venta posterior no adolece de nulidad si se siguió inscripción y las enajenaciones y gravámenes constituidos posteriormente con base a esa inscripción son válidos.

R.J. Enero a Junio de 1937 pág. 154

II La escritura de compraventa aunque haya sido inscrita, no prueba el dominio si no se ha hecho la tradición. La compra constituye un título, la tradición es el modo de transferir el dominio. El comprador a quien no se hizo la tradición no puede alegar prescripción. Procede cancelar la inscripción de la escritura de compraventa.

R.J. Abril de 1908 pág. 182

III Mientras el heredero universal no ha otorgado la escritura de tradición del legado de un inmueble, el legatario no puede disponer de la cosa legada. Si no obstante la vende, el heredero tiene acción reivindicatoria contra el tercer poseedor, aunque éste tenga el mismo título supletorio inscrito. De dos inscripciones sobre el mismo inmueble se prefiere la mas antigua.

R. J. Noviembre de 1904 pág. 249

IV La tradición de los bienes muebles debe hacerse por alguno de los medios que enumera el Art. 665 C. no basta por lo general, la simple voluntad de las partes expresadas en el instrumento público. Si se señaló plazo para la entrega y no hay prueba de haberse cumplido tampoco la hay de la tradición, siendo legalmente dueño el vendedor respecto de terceros; y si un tercero compra a quien apa



recfa como dueño en la escritura, no adquiere el dominio, si no se le hizo la tradición, cosa imposible en el caso de autos por estar depositada la cosa por mandato judicial.

R.J. Enero a Junio de 1936 pág.153

V Si al hacerse la cesión de un crédito no se entregó el título al cesionario ni se advirtió que no existía, no hay tradición. Si al notificarse la cesión al deudor, solo le fue leído el escrito en que se pidió la notificación y el autor que la ordenaba, y no la escritura en que el crédito fue cedido, no produce efectos contra el deudor ni contra terceros.

R.J. de 1940 pág. 295

VI Es admisible en juicio un título de dominio no inscrito, si la finalidad que se persigue es cancelar un asiento que impide su inscripción. Pero si la cancelación se refiere a una anotación preventiva de un secuestro la acción no procede. La ley determina cuando en que circunstancia, cesan los efectos de la anotación preventiva del secuestro. Es perfectamente admisible la excepción opuesta por el demandado, alegando la nulidad del documento que sirve de base a la acción, no siendo necesario contrademandar ni seguir juicio por separado sobre tal nulidad. Es inadmisibles la tesis de que la hipoteca inscrita constituye por sí, enajenación respecto a terceros, para sostener la validez de la adjudicación si la hipoteca se inscribió antes de la anotación del embargo a afavor de tercero La inscripción de una hipoteca no se opone a la anotación de embargos posteriores.

R.J. 1941 pág. 383

VII Cuando una parte de un predio está comprendido en dos escrituras de venta otorgadas por distintos vendedores, debe atenderse a la inscripción mas antigua, para resolver a quien corresponde el dominio, aunque la escritura de aquel a cuyo favor se resuelve, adolezca de nulidad relativa, siempre que esa nulidad no sea reclamada por quien tiene derecho.

R.J. Octubre de 1901 pág. 558

VIII Procede el desembargo pedido por un tercero con título municipal inscrito éste haya sido obtenido e inscrito después de la

anotación del embargo, no constando que el solicitante derive su derecho del ejecutado.

El título no transfiere el dominio, puesto que quien pide tal, se funda para pedirlo, precisamente en su calidad de dueño. Procede también el desembargo con documento inscrito, aunque se presente un documento privado, no inscrito en el Registro de la Propiedad otorgado por el peticionario a favor de otra persona ajena al asunto.

R.J. Enero de 1910 pág. 19

X No procede la acción reivindicatoria si el actor no prueba plenamente su dominio, tanto mas si el demandado establece un derecho proindiviso en los inmuebles disputados.

La certificación del Registro en que consta que los bienes hereditarios fueron inscritos por traspaso a favor del heredero, no constituye título de propiedad si no se presenta el título a favor del causante; y aunque se considere tal, tendría validez el acta de remate inscrita a favor del demandado en virtud de juicio ejecutivo seguido contra el referido causante, puesto que el heredero representa los derechos y las obligaciones del difunto.

R.J. Enero a Junio de 1937 pág. 174.

BIBLIOGRAFIA

- Marcel Planiol y George Ripert  
Tratado Práctico de D. Civil Francés. Tomo III. Los Bienes y Tomo VI Las Obligaciones. Editorial Cultural, S.A. La Habana 1946.
- Henry, León y Jean Mazeaud  
Lecciones de Derecho Civil, Parte II Tomo IV Derechos Reales, Ediciones Jurídicas Europa América Buenos Aires.
- Ambrosio Colin y H. Capitant  
Curso Elemental de Derecho Civil Tomo II. Volúmen II De los Bienes y de los Derechos REales Principales. Instituto Editorial Reus, Madrid.
- Eugene Pétit  
Tratado Elemental de Derecho Romano Editora Nacional, S.A. México 1953
- José Arias Ramos  
Derecho Romano. Tomo II, Parte General Derechos Reales. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.
- Arturo Alessandri y Manuel Somarriva  
Curso de Derecho Civil, Tomo II De los Bienes. Editorial Nascimento, Santiado de Chile.
- Victorio Pescio  
Manual de Derecho Civil. De las personas.-De los Bienes - De la Propiedad. Vol.II Editorial Jurídica de Chile
- Otero Espizosa  
Concordancia y Jurisprudencia del Código Civil Chileno Tomo II. Cesa Zamorano y Caperán. Santiago.

- José Castán Tobeñas  
Derecho Civil Español Común y foral Tomo II, Derecho de Cosas (Propiedad y Derechos Reales.) Instituto Editorial Reus, Madrid.
- Felipe Sánchez Román  
Derecho Civil Español Común y Foral, Parte Especial. Libro I. Derechos Reales. Derecho de Propiedad Tomo III. Tipografía Sucesores de la Rivadeneyra. Madrid 1900
- Felipe Clemente De Diego  
Instituciones de Derecho Civil Español. Parte General. Derecho de Propiedad. Derechos Reales. Tomo I Artes Gráficas-Madrid.
- José María Manresa y Navarro  
Comentarios del Código Civil Español Volumen V. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid.
- Federico Puig Peña  
Tratado de Derecho Civil Español Tomo II Derechos Reales Vol. I Editorial Revista de Dcho. Privado. Madrid.
- Guillermo Cabanelas  
Diccionario de Dcho. Usual Tomo I Bibliográfica Omeba-Buenos Aires.
- Héctor Lafaille  
Derecho Civil Tratado de Derechos Reales. Tomo III Vol. I Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires.
- Raymundo M. Salvat  
Tratado de Derecho Civil Argentino Derechos Reales. Tomo I Tipográfica Editora Argentina. B.A. 1951
- Arturo Valencia Zea  
Derecho Civil. Tomo II. Derechos Reales. Editorial Tamis. Bogotá 1958
- Martin Wolff  
Derecho de Cosas. Posesión, Derecho Inmobiliario, Propiedad. Vol. I Editorial Barcelona, España.
- J.W. Hedemann  
Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales Vol. II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.
- Napoleón Rodríguez Rufz  
Instituciones Jurídicas Salvadoreñas. Tomo I. Editorial Universitaria. San Salvador
- Apuntes sobre el Registro de la Propiedad Salvadoreño. Versión de Angel Góchez Marín copias mimeografiadas.

Adolfo Oscar Miranda		Apuntes sobre la Teoría de las Obligaciones. Facultad de Derecho. Copias mimeografiadas.
Manuel Rafael Urquiza	-.-	El Registro Inmobiliario. Copias mimeografiadas. Facultad de Derecho.
Jorge Alberto Barriere	-.-	El Registro de la Propiedad. Tesis Doctoral.
Angel Góchez Castro	-.-	Índice de la Jurisprudencia Civil Salvadoreña.
Belarmino Suárez	-.-	El Código Civil Salvadoreño de 1860