

pública subasta luego que hubiesen pasado ocho días desde el segundo anuncio sin haberse presentado el dueño y se depositará su precio.

»Pasados dos años, a contar desde el día de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, se adjudicará la cosa encontrada o su valor al que la hubiese hallado.

»Tanto éste como el propietario estarán obligados, cada cual en su caso, a satisfacer los gastos».¹⁴

El siguiente art. 616 establece lo que procede en el caso de presentarse a tiempo el propietario: «estará obligado a abonar, a título de premio, al que hubiese hecho el hallazgo, la décima parte de la suma o del precio de la cosa encontrada. Cuando el valor del hallazgo excediese de dos mil pesetas, el premio se reducirá a la vigésima parte en cuanto al exceso».¹⁵

El hallazgo en el mar de cosas perdidas se rige por la Ley de 24 diciembre 1962 (Reglamento de 20 abril 1967).

3. La tradición o entrega

A. Concepto

A la tradición se refiere el art. 609 C.c. como una de las maneras de transmitir la propiedad y los demás derechos reales, cuando se produce «por consecuencia de ciertos contratos». Por tanto, se trata de la entrega de una cosa con la intención de transmitir su propiedad a quien la recibe, y ello en cumplimiento de lo convenido entre las partes.¹⁶

14. Acerca de si el hallazgo de cosas perdidas y el cumplimiento por parte del hallador de las obligaciones que le incumben, puede ser considerado como una gestión de negocios sin mandato, ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, I, pp. 467 y ss.

15. Con razón O'CALLAGHAN, *ob. cit.*, p. 122, llama la atención sobre el hecho de que este valor de dos mil pesetas es el que se fijó al promulgarse el Código en 1889, ¡y nunca ha sido variado!

16. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones* (bajo la dirección de ALBADALEJO), tomo XIX, comentario a los artículos 1.462 a 1.464, pp. 1.781 y ss.; LALAGUNA, *Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español*, Revista de Derecho Privado, 1973, pp. 381 y ss.; DíEZ-PICAZO, *La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español*, Anuario de Derecho Civil, 1966, pp. 555 y ss.; Pablo BELTRÁN DE HEREDIA, *La tradición como modo de adquirir la propiedad*, Revista de Derecho Privado, 1967, pp. 103 y ss.; LACRUZ BERDEJO, *Inscripción y tradición*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1957.

Para comprender el alcance y sentido de este requisito de la entrega conviene referirse a los sistemas posibles de regular la adquisición derivativa de la propiedad y demás derechos reales.

a) *La teoría del título y el modo*

En el Derecho intermedio europeo dominó la llamada teoría del título y el modo, basada en precedentes de Derecho romano, y que según la exposición tradicional de Heineccio afirma que todo dominio tiene dos causas, una remota que explica por qué uno se hace dueño, y otra próxima, por la cual se consigue efectivamente el dominio. La primera es el *título* y la segunda es el *modo*. Así, en la transmisión por compraventa, la compra es la causa remota y la entrega es el efectivo modo de adquirir el derecho.¹⁷

El hecho de la entrega, por sí solo, únicamente podría significar que el receptor pasa a ser poseedor de lo recibido, sin poner de manifiesto la significación jurídica del cambio. Por ello, para que fuese un acto que consumara una enajenación, debería estar necesariamente combinado con un contrato de finalidad traslativa. Sólo una estrecha relación entre ambos elementos, el contrato traslativo y la entrega posterior, podían producir el efecto jurídico de la transmisión del derecho. Por esta íntima conexión, la inexistencia o nulidad del contrato debía producir la necesaria ineficacia del posterior acto de entrega. En este sentido se afirma que se trata de un sistema causal de transmisión.

A pesar de ello, estaban reconocidas ciertas excepciones, pues en algunos negocios jurídicos, como la hipoteca y la constitución de servidumbres negativas, el modo era impracticable por no producirse ningún cambio de posesión. Lo mismo cabe decir en los supuestos de división de la cosa común y en las transmisiones resultantes de actos de última voluntad.

b) *Sistema de transmisión por la sola eficacia del consentimiento*

En la práctica medieval y posterior el principio de la tradición se mantuvo aunque la efectiva entrega quedaba muchas veces sustituida por cláusulas de estilo en las que los efectos de la entrega eran meramente convenidos, como al pactarse que el vendedor pasaba a tener

17. Jerónimo GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Madrid, 1948, tomo I, pp. 297 y ss.; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, séptima edición, Barcelona, 1979, tomo II, pp. 98 y ss.

la posesión de la cosa vendida en interés del comprador. La entrega quedaba en realidad sustituida por un acuerdo entre las partes. Por ello, el Derecho natural racionalista llegó fácilmente a la conclusión de que los derechos podían transmitirse de manera efectiva por la fuerza del convenio adoptado por los contratantes.¹⁸

Este nuevo principio, resumido en la frase *vendre c'est aliéner*, fue adoptado por el Código francés, como resulta de su art. 711, que dice que la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite *par l'effet des obligations*; el art. 938, relativo a que la propiedad de los objetos donados se transmitirá al donatario *sans qu'il soit besoin d'acte tradition*; el art. 1.138, que dice que la obligación de entregar la cosa *est parfaite par le seul consentement des parties contractantes*; y por el art. 1.583, que declara que el comprador adquiere la cosa vendida *des qu'on est convenu de la chose et du prix*.

El mismo sistema fue adoptado en Italia por el Código de 1865 y por el vigente de 1942; por Portugal, Códigos de 1867 y 1966. La influencia llegó hasta el Proyecto español de 1851.

c) *El sistema del acuerdo abstracto traslativo del Derecho alemán*

Según el Código civil alemán la transmisión de la propiedad se produce cuando concurren dos elementos: el acuerdo traslativo abstracto y la entrega de la cosa cuando se trata de cosas muebles y la inscripción en el Registro de la Propiedad cuando se trata de bienes inmuebles.¹⁹

El rasgo peculiar del sistema es que el acuerdo traslativo es un negocio jurídico de carácter *abstracto*, en el sentido de que es eficaz con independencia de la validez del contrato causal de finalidad traslativa. La nulidad de este antecedente no repercute con carácter real sobre el negocio abstracto de transmisión, sino que el perjudicado por una transmisión indebida sólo dispone de una acción de carácter personal para lograr la rectificación de los efectos del acuerdo real de disposición.

Ha de reconocerse que en la actualidad este acto de disposición abstracto está en franco desprestigio. Su adopción por el Código civil

18. M. PEÑA, *ob. cit.*, p. 34; Theodor SÜSS, *El principio de la tradición - Un atavismo del Derecho de cosas* (en alemán), en el Libro Homenaje a Martin Wolff, Tubinga, 1952, pp. 141 a 165.

19. WOLFF y RAISER, *Derecho de cosas*, tercera edición de la traducción española. Barcelona, 1971, vol. I, p. 391 por lo que se refiere a la transmisión de inmuebles, y pág. 418 por lo que se refiere a los bienes muebles.

alemán podía justificarse, escribe Raiser, por el deseo de evitar que las posibles dudas sobre la validez del negocio causal, eficaz sólo *inter partes*, pudiera dañar la claridad de la situación jurídica real. Cabe dudar, de todos modos, de que esté completamente justificado este suplemento de protección que se concede al adquirente y a terceras personas, al disponer que la adquisición de los derechos reales tenga efecto en virtud de un contrato real y con independencia de la causa jurídica.²⁰

En la doctrina española el sistema alemán ejerció cierta influencia, seguramente por efecto de algunas traducciones de obras jurídicas alemanas, especialmente el Tratado de Enneccerus, Kipp y Wolff y las notas de adaptación de Pérez González y Alguer. Sin embargo, la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944, texto articulado de 1946, demostró que la doctrina del contrato real abstracto no ha triunfado, ni bajo la forma de inscripción constitutiva.

Como dice Peña Bernaldo de Quirós, conforme a la mejor doctrina, no caben en nuestro Derecho los negocios jurídicos abstractos por oponerse los arts. 1.261, 1.262 y 1.275, y por lo que se refiere concretamente a la tradición, el art. 609, que sólo admite la transmisión *por consecuencia* de ciertos contratos. La falta o la ilicitud de la causa producen la total ineficacia de la tradición o entrega, y no hay necesidad de recurrir a la acrobática solución de proporcionar un remedio de eficacia solamente personal a quien ha sufrido un perjuicio de carácter efectivo o real.²¹

B. Sistema del Código civil español

Los arts. 609 y 1.095 del Código responden claramente al sistema del título y el modo. Como ya se ha visto, el primero dispone que la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». El art. 1.095 confirma que el acreedor no adquiere la propiedad de una cosa que alguien ha de entregarle, sólo por efecto de esta obligación, sino «hasta que le haya sido entregada». Por medio del contrato o título adquiere un crédito frente al obligado, y sólo mediante la

20. RAISER, citado en la nota anterior, I, pp. 224 y 225. Véase en el volumen I de este *Compendio de Derecho civil*, pp. 344 y 345, lo que se expone acerca de la distinción entre negocios jurídicos causales y abstractos, especialmente con referencia a la crítica del negocio jurídico abstracto debida a LARENZ.

21. M. PEÑA, *ob. cit.*, p. 36.

tradición, entrega o *modo* subsiguiente, adquiere la propiedad o el derecho real.

La única atenuación que admite nuestro Derecho respecto al carácter causal de la tradición deriva de la posibilidad de realizar algunas adquisiciones de buena fe y a título oneroso por negociación con un no titular, pues la apariencia de derecho del transmitente puede subsanar, no precisamente la falta de causa, sino la falta de poder de disposición del transferente. Así resulta en el supuesto del art. 34 de la Ley hipotecaria y puede resultar en algún supuesto del art. 464 del Código civil y más claramente del art. 85 del Código de comercio.

Del propio art. 609 se desprende, dice O'Callaghan, que la teoría del título y el modo se aplica a la adquisición derivativa de los derechos reales y no sólo a la propiedad, y que la tradición es el acto que completa los efectos traslativos del contrato, pero no el de los demás medios, como la sucesión o la usucapión. Por su ámbito alcanza al derecho de propiedad y a los demás derechos reales, pero, como se ha visto, siempre que la entrega sea posible por tratarse de derechos que impliquen posesión.²²

C. Clases de tradición

Proclamado el principio de la tradición en los arts. 609 y 1.095 C.c., principalmente, el desarrollo de sus formas se halla en los arts. 1.462, 1.463 y 1.464, relativos a la manera de cumplir el vendedor la obligación de entregar la cosa vendida. Por ser la compraventa el más característico de los contratos dirigidos a la transmisión de la propiedad, el Código regula la entrega en los citados artículos, que han de ser generalizados a todos los casos de transmisión de la propiedad en virtud de negocio jurídico.²³

a) Tradición real o propiamente tal

Es la que tiene efecto por actos posesorios materiales, que consistirán en la entrega manual cuando se trate de bienes muebles, y la puesta en posesión cuando se trate de inmuebles. El art. 460, núm. 2.º, se refiere a la entrega material cuando dice que el poseedor pue-

22. O'CALLAGHAN, *ob. cit.*, p. 129.

23. Véase en el volumen II de este *Compendio*, las pp. 368 y siguientes sobre las modalidades de la tradición o entrega en la compraventa. El mismo tema en *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, volumen 2.º, ed. de 1982, pp. 154 y ss.

de perder la posesión «por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito». Más concretamente se refiere a esta clase de entrega el primer párrafo del art. 1.462, cuando dice que «se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador». El art. 632 dispone que la donación de cosa mueble hecha verbalmente «requiere la entrega simultánea de la cosa donada».

b) Tradición fingida

Bajo esta denominación pueden agruparse diferentes clases de actos en los que la entrega queda sustituida por determinadas declaraciones que, en relación con las circunstancias de cada caso, producen los efectos atribuidos a la entrega propiamente tal. En este concepto se habla de las siguientes clases de tradición.²⁴

Tradición simbólica. Es la realizada por medio de la entrega de algo que no es la misma cosa que es objeto de la transmisión, pero que la representa, como sucede si se entregan las llaves o los correspondientes títulos de propiedad.

El art. 1.463 alude a esta entrega simbólica cuando admite que la entrega de los bienes muebles puede efectuarse «por la entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallan almacenados o guardados».

Tradición instrumental. Es la que hace mediante la redacción de una escritura que manifieste la causa de la transmisión y la voluntad de tener la cosa por entregada.²⁵

La describe el segundo párrafo del art. 1.462 de la siguiente manera: «Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa que fuere objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.» La misma eficacia tiene reconocido por la jurisprudencia el auto judicial de adjudicación de bienes.

Esta tradición instrumental implica también la transmisión de la posesión en concepto de dueño, salvo que de la misma escritura se deduzca lo contrario (SS. 16 febrero 1965 y 9 noviembre 1971). Pero, como resulta del artículo transcrito, se trata de una presunción que

24. DÍEZ-PICAZO habla de «tradición y comportamiento traslativo», en su obra citada, II, pp. 654 y ss.; PEÑA, *ob. cit.*, pp. 39 y ss.; O'CALLAGHAN, *ob. cit.*, pp. 130 y ss.

25. J. GONZÁLEZ, *La tradición de finca en los instrumentos públicos*, en la obra citada en la nota 17, tomo I, pp. 334 y ss.

puede quedar desvirtuada por la prueba de que el enajenante no tenía la posesión de la cosa.²⁶

Tradición brevi manu. Es la que tiene efecto cuando el adquirente ya tiene la cosa en su poder, por algún otro título (v.g., como arrendatario o comodatario), pues en tal supuesto no hace falta la tradición real, sino que basta el acuerdo sobre la transferencia.

El art. 1.463 C.c. se refiere a esta clase de entrega cuando dice que se produce por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si el adquirente «la tenía ya en su poder por algún otro motivo».

Tradición longa manu. Consiste en que el enajenante pone de manifiesto al adquirente el lugar donde se encuentra la cosa, cuando por sus circunstancias de volumen o peso no puede ser trasladada, entendiéndose que la puesta a disposición del adquirente equivale a la entrega.

En este sentido, el mismo art. 1.463 habla de que bastará la conformidad de los contratantes «si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta».

Constitutum possessorium. Cuando el transmitente tiene la posesión inmediata de la cosa que se transmite y ha de seguir poseyéndola en otro concepto (v.g. como arrendatario, depositario), la entrega efectiva no es necesaria y queda sustituida por el acuerdo mediante el cual reconoce que el adquirente pasa a tener la posesión mediata. Es la forma de tradición que más se aproxima a la transmisión del derecho por efecto del consentimiento. En realidad se trata de un acuerdo o convenio entre transmitente y adquirente por el que se transmite la propiedad y se declara que la cosa transmitida quedará en poder del enajenante en otro concepto.

Aunque el Código no se refiere expresamente a esta forma de tradición, puede estimarse incluida en la forma instrumental del art. 1.462-2, e incluso en el art. 1.463, que declara ser suficiente el acuerdo si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta, por continuar en la posesión inmediata el transmitente en otro concepto.

Transmisión de bienes incorporales o cuasitradición. El artículo 1.464 del Código dispone: «Respecto de los bienes incorporales, regirá lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1.462. En cualquier otro caso en que éste no tenga aplicación, se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia,

26. PEÑA, *ob. cit.*, p. 42.

o el uso que haga de su derecho el mismo comprador, consintiéndolo el vendedor».

Nos hemos referido en la Parte General al concepto de bienes incorporales, que son los *quae tangi non possunt*. Son los derechos reales distintos del dominio, y advierte Peña que ha de incluirse el mismo dominio cuando el propietario no tiene la posesión y transmite la acción reivindicatoria.²⁷

En la llamada cuasitradicción no se entrega la posesión porque el derecho que se transmite no la implica, pero se entrega el poder de hecho en que el derecho consiste. Puede ser una entrega instrumental, cuando se aplica el párrafo segundo del art. 1.462, o por entrega de los títulos de pertenencia del derecho, o por el mismo uso de este derecho, consintiéndolo el enajenante (art. 1.464).²⁸

Las formas de tradición sustitutorias de la efectiva entrega sin duda son convenientes y hasta necesarias, pero permiten formular las dudas que expone Theodor Süß. La tradición real tenía originariamente la finalidad de convertir en visibles los cambios jurídicos. Cuando a Juventius Celsus se le ocurrió la idea del constituto posesorio (D. 41, 2, 18 pr.) no pensó que con ello desaparecía la función publicitaria de la posesión. Cuando se admite una posesión mediata, una posesión por otro con el *animus rem alteri habendi*, desaparece la función de la posesión de revelar a terceros la titularidad dominical. En las formas de tradición fingida, en lugar de un consentimiento y de un acto real y visible de cambio de posesión, se efectúan dos actos que no pueden percibirse externamente: el acuerdo sobre el cambio de propiedad y el acuerdo sobre el cambio de concepto en la relación posesoria. En realidad, apunta el autor citado, lo que se hace es abandonar el principio de la tradición y adoptar el principio del consentimiento.²⁹

27. PEÑA, *ob. cit.*, p. 42. Véase en el volumen I del presente *Compendio*, p. 300, lo que hemos expuesto acerca de la distinción entre cosas corporales e incorporales.

28. O'CALLAGHAN, citado, p. 134.

29. Th. SÜSS, citado en la anterior nota 18.