

### 1.3. Derechos reales

#### *LA TRADICIÓN INSTRUMENTAL COMO PECULIAR FORMA DE TRADICIÓN*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Doctor en Derecho*

*Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija*

#### I. LA TRADICIÓN COMO ELEMENTO CLAVE EN LA TRANSMISIÓN DE DERECHOS REALES

De todos es conocido que el sistema de transmisión de los derechos reales en España es el del título y el modo. En nuestro peculiar sistema, para la transmisión de la propiedad es necesario que confluyan tanto el título (negocio jurídico que produce la modificación jurídico-real) como el modo, la *traditio* o entrega de la cosa. Así se deduce de los artículos 609 del Código Civil y 1.095 del Código Civil, en virtud de los cuales queda claro que para la transmisión de la propiedad y otros derechos reales se necesita un contrato y la tradición; a diferencia de la transmisión de los derechos personales o de crédito, donde basta el acuerdo entre las partes. Dos son, entonces, los elementos claves en la transmisión de la propiedad (el título y el modo), y ambos elementos van unidos de tal forma que uno sin el otro no produce dichos efectos traslativos del derecho real. En este sentido, las STS de 14 de diciembre de 1988, dice que «el dominio solamente puede adquirirse mediante un contrato con virtualidad traslativa de dominio (título), como es la compraventa, acompañado o seguido de la entrega o tradición (modo) en cualquiera de sus modalidades».

Si sólo existe título, se generarán obligaciones, sobre todo surgirá la obligación de entrega de la cosa, pero no habrá derecho real sobre la misma; y si sólo existe entrega de la cosa, sólo habrá un desplazamiento posesorio, que no implica transmisión de la propiedad. La STS de 8 de febrero de 1988 confirma este extremo al señalar que «del mero título o contrato surgen derechos personales, pero el paso de la propiedad requiere además la entrega».

El título es algo distinto de la mera voluntad transmisiva, es, precisamente, el negocio jurídico que origina dicha transmisión, por eso se dice que es la *iusta causa traditionis*, y por eso nuestro sistema es eminentemente causal; de forma que cualquier defecto o vicio del título (negocio jurídico) influye en la transmisión de la propiedad, pues si no hay causa, no se produce aquélla.

El modo o *traditio*, en un primer momento, se ha configurado como la entrega de la cosa, el desplazamiento posesorio. No obstante, esta primera aproximación se ha ido matizando, y, hoy, debemos entender que la *traditio* o tradición es, propiamente, la transmisión de la posesión jurídica con finalidad traslativa de dominio, y no cualquier desplazamiento posesorio sin más.

En este sentido, DE DIEGO afirma que la *traditio* es «un modo de adquirir el dominio, derivativo y singular que consiste en la transmisión de la posesión de la cosa de una persona a otra, ambas, capaces con el intento de que la última se haga propietaria».

La STS de 8 de mayo de 1982 afirma que «la tradición no ha de entenderse siempre como traslado material físico de la cosa que se transmite mediante un contrato y ni siquiera una entrega en absoluto limpia de todo defecto».

Entendida la tradición como la transmisión de la posesión jurídica con finalidad traslativa, y no sólo como entrega física o material de la cosa, se comprende la existencia de distintos tipos o clases de tradiciones, apartados de la que se denomina tradición real, que es la entrega material de la cosa. De este modo, junto a la tradición real, encontramos otros modos de tradición que denominamos tradición ficticia o simbólica, que son formas espiritualizadas de tradición, pues no implican un efectivo desplazamiento de la cosa.

La tradición ficticia supone la realización de un hecho que represente o que demuestre que se ha producido dicha entrega traslativa; esto puede ser a través de la entrega, no de la cosa cuya propiedad se quiere transmitir, sino de un símbolo que la representa, v.gr., llaves del piso o del coche (tradición simbólica); igualmente, mediante la entrega de un documento que acredite la transmisión de la propiedad (instrumental); o incluso la forma más espiritualizada que es la tradición consensual, en la que el simple consentimiento de las partes produce la tradición, cuando el adquirente ya tenía la posesión (*brevi manum*), cuando es el transmitente el que se reserva esa posesión en concepto distinto de dueño (pacto de constituto), o cuando no pueda trasladarse la cosa por imposibilidad (solo consenso). Todas estas tradiciones son posibles, tal y como ha confirmado la jurisprudencia en multitud de sentencias, agrupándolas bajo la denominación de tipos de tradición ficticia (SSTS de 20 de octubre de 1989), si bien, sigue considerando la tradición real como la modalidad de entrega preferente (SSTS de 6 de noviembre de 1995, 12 de noviembre de 1995, 26 de octubre de 1967 y 16 de noviembre de 1970).

## II. LA TRADICIÓN INSTRUMENTAL

La tradición instrumental es un tipo de tradición ficticia en la que no hay verdadera entrega o traspaso efectivo de la cosa cuya propiedad se quiere transmitir, sino que esa «entrega material» viene sustituida por el otorgamiento de una escritura pública.

El artículo 1.462 del Código Civil la recoge expresamente al señalar que: «Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere lo contrario».

Como dice O'CALLAGHAN (1): «el derecho da la fuerza traslativa de la tradición al simple acuerdo que se ha plasmado en escritura pública», pero es un verdadero tipo de tradición fingida, no presume que hubo tradición o entrega, sino que la escritura misma es la tradición (SSTS de 1 de julio de 1995, 31 de mayo de 1996; 29 de mayo de 1997; 9 de octubre de 1997).

De esta forma, podemos decir que la tradición instrumental no es posesoria, y no tiene porqué implicar siempre que el vendedor entregue la posesión material o efectiva de la cosa, ni siquiera, como ahora veremos, que tenga previamente la posesión de la misma antes de la venta.

---

(1) Véase O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*, tomo 3 (Derechos Reales e Hipotecario), EDERSA, 2002.

Lo que se transmite es la propiedad directamente a través de la escritura; es un «modo», un «modo» distinto de la propia entrega posesoria (tradición real); y así hay que entender la tradición instrumental y el 1.462 del Código Civil. La escritura pública es una presunción de *traditio*, como transmisión de la posesión jurídica con voluntad traslativa de dominio, no como presunción de mera entrega física de la cosa. Por eso, cuando el propio artículo establece que se presumirá ese efecto «si de la misma no se dedujere lo contrario», se está refiriendo a la posibilidad de que las partes excluyan en la escritura, no la entrega de la posesión material, sino el propio efecto traslativo del dominio. Si eso se dedujera de la escritura, entonces, no habría transmisión dominical alguna; es decir, no habría modo (aunque existiera escritura); pero, si se excluye únicamente la entrega de la posesión del bien (porque se lo reserva el vendedor, o porque no lo tiene en ese momento), hay *traditio*, modo, y por tanto se transmite el dominio.

Analicemos, entonces, las relaciones entre la *traditio* instrumental y la posesión de la cosa por el vendedor, a la luz de estas afirmaciones, y basándonos en lo que ha dicho la jurisprudencia.

### III. TRADICIÓN INSTRUMENTAL Y POSESIÓN

#### 1. EL VENDEDOR SE RESERVA LA POSESIÓN

Vamos a analizar si es posible la transmisión de la propiedad cuando se produce una venta que se instrumenta en escritura pública, pero en la que no se transmite la posesión de la cosa porque se la reserva el vendedor. ¿Hay transmisión de la propiedad?, es decir, ¿hay modo o *traditio* aunque no haya entrega posesoria?

Tanto la doctrina del TS, como la de la DGRN sostienen que es posible transmitir la propiedad en este caso, porque hay tradición instrumental, que no necesita la entrega física de la cosa.

En este sentido las RRDGRN de 25 de enero, 30 y 31 de marzo de 2001, y más recientemente la de 8 de septiembre de 2005 contemplan un supuesto, parecido al planteado, de compraventa de un inmueble en escritura pública, en la que se establece una cláusula en virtud de la cual el vendedor se reserva la posesión material de la finca hasta una fecha determinada, especificándose que la compradora queda «posesionada en concepto de dueño en virtud de este otorgamiento de la finca comprada».

El Registrador rechaza la inscripción de la escritura por entender que no ha habido entrega de la cosa, sin que pueda entenderse que la escritura equivalga a la misma, pues de aquélla se deduce claramente lo contrario.

La DGRN dice que no puede mantenerse la decisión del Registrador, porque «cuando el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil exceptúa de la tradición instrumental el pacto en contrario, no se refiere al pacto excluyente del traspaso posesorio material de la cosa, sino al acuerdo impeditivo del hecho traditorio; ...la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la tradición dominical, aún cuando no porque igualmente el traspaso posesorio, de modo que, a pesar de la transmisión del dominio, puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega».

De igual forma, la STS de 18 de mayo de 1994 afirma que ni siquiera evita la transmisión de la propiedad el hecho de que en la escritura se aluda a un

compromiso de entrega material en un momento posterior; las partes pueden perfectamente convenir la transmisión del dominio y estipular un plazo de entrega física a efectos no ya transmisivos sino de cumplimiento.

Queda, por tanto, claro, como afirma FAUS (2) que la escritura pública «cumple la función de *traditio* o entrega, aunque la cosa no esté físicamente entregada, salvo que de la misma escritura resulte o se deduzca que se ha excluido esa voluntad de entrega instrumental».

En el mismo sentido, DE LA IGLESIA (3) afirma que, en este caso, hay que distinguir la entrega de la posesión inmediata o material o detentación física de la finca, que puede quedar en manos del vendedor, sin que esto impida que se traslade al comprador, amén de la propiedad, la posesión jurídica espiritualizada a través de la escritura.

Podemos decir, entonces, que es posible la transmisión de la propiedad, aunque no haya entrega material de la cosa porque se la reserva el vendedor, ya que existe modo, hay *traditio*, que es precisamente la escritura pública. Ésta se configura, de esta forma, como un tipo especial de *traditio*, alejado de la posesión. El vendedor quedaría como precarista, sin poder hacer valer su posesión (mera detentación) ante nadie.

## 2. EL VENDEDOR NO TIENE LA POSESIÓN

En este caso, y a diferencia del anterior, el vendedor no transmite la posesión material, porque carece de ella en el momento del otorgamiento de la escritura. ¿Puede la escritura pública, en este caso, transmitir la propiedad, y actuar, por tanto, como modo?

El supuesto es un poco más discutido que el anterior, pues aquí, ni siquiera tiene el vendedor la posesión. Por eso la jurisprudencia ha sido vacilante y contradictoria a la hora de admitir esta posibilidad, encontrándose con distintas tesis.

La primera de las tesis mantenidas por el Tribunal Supremo es contraria a admitir la transmisión de la propiedad. Esta tesis más restrictiva aboga por la necesidad de que el vendedor posea la cosa vendida para que opere la transmisión dominical a través de la tradición instrumental, y niega la posibilidad de tradición instrumental sin posesión del vendedor, pues ve en la escritura una presunción *iuris tantum* de esa entrega (SSTS de 25 de abril de 1949, 17 de junio de 1961, 30 de junio de 1989, 17 de noviembre de 1992, 10 de diciembre de 1996 y 9 de octubre de 1997).

Junto a esta tesis, encontramos otra intermedia que no acepta pruebas de la falta de entrega posesoria extrínsecas a la propia escritura (SSTS de 22 de marzo de 1952, 28 de junio de 1961, 8 de junio de 1983, 9 de junio de 1988, 22 de julio de 1993 y 22 de diciembre de 2000).

Por último, encontramos la postura, más reciente, que es la que compartimos, que admite la posibilidad de transmisión dominical a través de la tra-

---

(2) Véase, FAUS, M., «Venta de finca sin entrega de la posesión», en *Brevario Derecho Civil*, 1: Contratos, 2006.

(3) Véase DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «Resoluciones de la DGRN de 30 y 31 de marzo de 2001», en *RCDI*, núm. 670, marzo-abril de 2002. En el mismo sentido, PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al artículo 1.462», en *Comentarios al Código Civil*, AA.VV. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.

dición instrumental, a pesar de que el vendedor carecía de la posesión material. En este sentido, son reveladoras las palabras de la STS de 29 de julio de 1997, que dice que «es criterio aceptado por la moderna doctrina y la más reciente jurisprudencia (STS de 8 de mayo de 1984, 8 de julio de 1983, 17 de diciembre de 1984 y 7 de febrero de 1985) el de que la tradición instrumental tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión material o de hecho de la finca vendida, por entender que, en tales casos, el efecto traslativo sólo puede quedar desvirtuado con lo dispuesto en el artículo 1462.2 del Código Civil». En el mismo sentido se manifiestan las SSTS de 18 de diciembre de 1990, 18 de mayo de 1994, 19 de mayo de 1997, 22 de diciembre de 2000, y las RRDGRN de 25 de enero de 1990 y 16 de mayo de 1996.

En definitiva, el vendedor seguirá obligado a la entrega de la cosa, y deberá cumplir dicha obligación y responder por ella, pero ya ha transmitido la propiedad, pues ha habido título y modo. Esta línea jurisprudencial es la confirmación del peculiar modo transmisivo en que consiste la escritura pública, independiente de la posesión o entrega material.

#### IV. TRADICIÓN INSTRUMENTAL Y REGISTRO

Por último, muy brevemente vamos a analizar la relación entre la inscripción en el Registro y la tradición instrumental.

Como ya hemos dicho, la tradición instrumental es un verdadero y peculiar «modo» hábil para transmitir el dominio. Se plantea por parte de la doctrina, si la inscripción puede sustituir a la tradición, convirtiéndose aquélla en constitutiva de derechos reales. Sin pretender entrar ahora en este complicado asunto, baste poner de relieve para contradecir tal postura doctrinal, que la inscripción presupone, o embebe, la propia escritura pública, como consecuencia del cumplimiento del principio de legalidad y la necesidad de titulación pública. De este modo, no será la inscripción la que actúa de modo o *traditio*, y termina el proceso traslativo del derecho real, sino que éste lo culminará previa la escritura (tradición instrumental) que recoge la situación jurídica inscribible.

De todas formas, si en la propia escritura que se presenta a inscripción, se excluye expresamente el efecto traslativo del dominio, esa escritura no podrá inscribirse en el Registro, porque, entonces, no ha habido transmisión ni adquisición de la propiedad.

Todo esto no es sino confirmación de la tesis, que desde aquí se sostiene, de que la tradición instrumental es una peculiar modalidad de *traditio*, que opera por sí misma la transmisión de los derechos reales.

#### RESUMEN

#### LA TRADICIÓN INSTRUMENTAL

*En este trabajo se pretende hacer un repaso sobre las peculiaridades de la tradición instrumental, puestas de relieve por la jurisprudencia, que ponen de manifiesto sus divergencias con la*

#### ABSTRACT

#### DELIVERY THROUGH DOCUMENT TRANSFER

*This paper endeavours to give a review of the special features of delivery of ownership through document transfer, as highlighted by case law,*

*tradición real, y configuran este especial modo de tradición ficticia en nuestro sistema de transmisión de los derechos reales.*

*which show clearly how delivery through document transfer differs from actual delivery, and how this special mode of fictitious delivery is configured in our system for the conveyancing of real rights.*

#### 1.4. Sucesiones

### *LA ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA. REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA. ACTOS INEQUÍVOCOS, CLAROS Y PRECISOS QUE REVELEN LA VOLUNTAD DE ACEPTAR*

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL  
*Profesora Titular de Derecho Civil. UNED*

#### 1. PLANTEAMIENTO

La aceptación de la herencia es una declaración de voluntad mediante la cual el llamado a la misma asume su calidad de heredero y adquiere la herencia. La aceptación puede hacerse de forma expresa o tácita.

Este análisis crítico de jurisprudencia se va a centrar en la aceptación tácita y, en especial, en los actos a los que la jurisprudencia ha reconocido la virtud de implicar la aceptación de la herencia por parte del heredero. En un número anterior de esta Revista tuvimos ocasión de tratar este tema, volvemos a abordarlo por el interés que reviste para poder incluir las más recientes sentencias del Tribunal Supremo sobre la aceptación tácita.

Según establece el artículo 988 del Código Civil, la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres (1).

#### 2. RETROACCIÓN DE LOS EFECTOS DE LA ACEPTACIÓN

Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen al momento de la muerte de la persona a quien se hereda (art. 999 del Código Civil). Según la sentencia del Supremo, de 21 de junio de 1986, deferida la herencia en el momento de la muerte del *de cuius*, según dispone el artículo 657 del Código Civil, los bienes y derechos son adquiridos por los correspondientes beneficiarios desde tal fecha, en virtud del efecto retroactivo de la aceptación, dato relevante del fallecimiento que también opera en los legados de manera que los resultados económicos hay que enlazarlos a ese día (2).

---

(1) SSTS de 20 de mayo de 1982, 21 de marzo de 1968, 9 de junio de 1964, 19 de octubre de 1963, 5 de julio de 1958, entre otras.

(2) En la misma línea se muestran las SSTS de 22 de diciembre de 1978 y 27 de mayo de 1982.