

Inscripción y tradición

(COMENTARIOS A UN ARTICULO)

1.—He asistido con mucho gusto a la lección dada por el Cate-drático Lacruz Berdejo en el primer número de esta Revista del año 1957. Es de alabar la posición que adopta; su tesis de «que la tradición instrumental del art. 1.462, previa forzosamente a la ins-cripción en el Registro, perfecciona el acto transmisivo sin nece-sidad de posesión en el *tradens*», hay que considerarla acertada, en cuanto significa un paso adelante, casi podríamos decir que definiti-vo, en el camino de la desmaterialización de la tradición (requisi-to transmisivo exigido por el art. 609 del Código Civil, conforme a los precedentes romanos), a la cual desconecta radicalmente de toda concomitancia física y posesoria, quedando entendido tal re-quisito como un puro acto volitivo de transferencia. Aunque hay que admitir que la posición del Profesor no es tan personal como a primera vista podría colegirse de la lectura de su trabajo. Pues si bien es cierto que en teoría ha sido hasta ahora acostumbrada y dominante la doctrina de la tradición material, no es menos cierto que tal parecer está en oposición con el sentir práctico de la in-mensa mayoría, incluidos los vendedores y compradores (que po-drán no ser intérpretes de la Ley, pero siempre son actores de la vida real), y hasta me atrevería a afirmar que en contra de la convicción íntima de sus mismos propugnadores, que no pueden de-

jar de advertir los extraños resultados a que tal doctrina corporalista puede conducir, resultados que hace notar Lacruz Berdejo hacia el final de su trabajo.

Yo no sé si en la época romana, o en alguna otra, habrá podido pensarse que el dueño que no tuviese la posesión o no pudiese realizar la entrega material de la cosa estuviese imposibilitado para transmitir su dominio, puede que haya podido pensarse esto (puesto que por lo visto también nos enseña la historia que se ha tenido el concepto de que el fin de la compraventa era proporcionar al comprador solamente la quieta y pacífica posesión, y no el dominio de la cosa vendida; concepción que ahora resulta un tanto extraña); pero a mi entender lo que está fuera de toda duda es que actualmente se piensa que el hecho de que la cosa se encuentre física y materialmente en poder y posesión de un tercero (sea por el concepto que fuere: usufructo, arrendamiento, precario, detentación, usurpación o robo) no puede ser obstáculo para que el dueño, a quien a pesar de tales situaciones sigue perteneciendo el dominio, pueda transmitir tal dominio. Y si el modo de la tradición real y material no puede tener lugar, ello no puede ser inconveniente que nos haga llegar a resultados absurdos; lo lógico es llegar a resultados razonables, aunque para ello sea preciso arbitrar o encontrar otros modos transmisivos. Pues se tratará de la transmisión efectiva del dominio, no solamente de la acción reivindicatoria, posición esta última de la doctrina dominante, tachada acertadamente de arbitraria por Lacruz Berdejo. Y si hay que descartar la tradición material cuando no pueda tener lugar, no puede parecer dudoso que ésta sea también descartada por los interesados cuando no la consideren conveniente (aunque no haya imposibilidad física de entrega), pues si se admite que hay modos aptos para la transmisión dominical en ciertas circunstancias, parece ilógico no concederles esta aptitud en todos los casos en que sea posible y conveniente. Este es el verdadero pensamiento actual, que el Tribunal Supremo ha recogido en algunas sentencias, admitiendo la validez de la transmisión aunque falte la tradición real de la cosa vendida, de la cual puede estar en posesión un tercero.

2.—Verdaderamente es cierto que el sentir jurídico de una época engendra convicciones generales e incluso costumbres que, si no

pueden llegar a derogar Leyes anteriores, al menos dan lugar a nuevas interpretaciones de las mismas. Mas también es cierto que en muchas ocasiones el anterior fenómeno es sólo aparente, como el caminar de los árboles a través de la ventanilla del tren, siendo la realidad precisamente lo contrario: que el legislador, buscando el bien común, cuya guarda le está encomendada, promulga Leyes que derogan o rompen otras Leyes o costumbres anteriores, que considera ya inútiles y anacrónicas, y respecto de las cuales la nueva Ley supone un paso hacia adelante en la natural vía evolutiva de las instituciones humanas; paso hacia adelante que muchas veces la inercia o pereza jurídica no acierta a distinguir sino al cabo de cierto tiempo, creyéndose entonces que una nueva interpretación rompe con el tradicional espíritu de la Ley, cuando verdaderamente no hace más que hallar su auténtico sentido.

Algo de esto puede que ocurra con el Código Civil en la materia que nos ocupa y en otras varias (piénsese en la gran capacidad de adaptación y concordia de los diversos ordenamientos juridicociviles patrios en que el Código se encierra, sin que haya sido aprovechada tal posibilidad en todo su rendimiento), pues no es nuestro cuerpo legal civil tan anticuado y poco progresivo como con frecuencia se le moteja. En esta cuestión es lo cierto que ya desde la época romana, en la posesión y en la tradición se distinguían un *corpus* y un *animus* (en la tradición, *animus transferendi et acipiendi dominii*), y desde entonces se inicia la corriente espiritualizadora, en la cual parece indudable que nuestro Código marca una posición amplia, flexible y progresiva, que señala un avance sobre la doctrina del Derecho común, como hace notar Lacruz Berdejo.

3.—En primer lugar, conforme a un sentido histórico y, afirmémoslo también, lleno de lógica, el 609 señala el requisito de la tradición como necesario para la transmisión contractual de la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes. El artículo 1.095 viene a definir la tradición como la entrega de la cosa.

Esta es la doctrina general, sin distinción entre las diferentes clases de bienes, que luego se amplía y desarrolla en diferentes supuestos; pues está claro que aunque el fenómeno jurídico es idéntico en todos los casos, las matizaciones y formas de la tradición

es posible que sean iguales cuando se trata de la compraventa de un pequeño objeto en una tienda, que nos es antonomásicamente entregado de mano a mano, y guardamos en nuestro bolsillo, o de la compraventa de una importante finca rústica o urbana.

Tratan de esta ampliación y desarrollo los arts. 1.462 y ss., que aunque colocados dentro de la reglamentación de la compraventa, su aplicación a los demás contratos traslativos no presenta objeción. El primer párrafo del art. 1.462 sigue todavía en la línea puramente gramatical de las palabras tradición y entrega. Refiriéndose a los bienes muebles, el art. 1.463 señala otros medios de tradición que no consisten en la entrega material de la cosa, entre los que descuella el sólo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta, o si éste la tenía ya en su poder por algún otro motivo. Y me parece que no puede haber razón seria para impedir la aplicación de este precepto a los casos en que la entrega material no sea imposible, pero sí inconveniente, por cualquier motivo, para los intereses de las partes. Tampoco me parece que pueda haber inconveniente en admitir el acuerdo traslativo a los supuestos de bienes incorpóreos comprendidos en el segundo inciso del art. 1.464. Vemos, pues, que en el art. 1.463 llega nuestro Código a admitir como transmisivo el «acuerdo de transferencia», tan característico del Derecho alemán, a cuyo resultado se llega en ambos Derechos por la misma vía de la *traditio* romana.

Pero aún llega más allá nuestro Código. Conforme al segundo párrafo del art. 1.462, aplicable a toda clase de bienes (y a los incorpóreos, por expresa declaración del art. 1.464), «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 claramente lo contrario». Aquí ya la tradición se centra no en la entrega material de la cosa, y ni siquiera en un acuerdo de transferencia expreso, sino en un acuerdo de transferencia presunto, que se deduce del hecho del otorgamiento de la escritura pública. Si de ésta no resulta nada en contrario, la Ley viene a presumir que por el mero otorgamiento de la escritura de venta los otorgantes han querido acordar la transferencia del Derecho real. Parece que aquí nues-

tro Derecho, en su camino de desmaterialización, se acerca mucho al francés; pues si en éste el sólo contrato obra la transmisión de la propiedad, en el nuestro el modo queda reducido a un requisito de forma del contrato.

4.—A primera vista llama la atención que el Código no señale una norma especial para la tradición o transferencia de los bienes inmuebles. La única explicación de esto creo que estriba en que para el Código todo caso referente a bienes inmuebles estará comprendido en el párrafo segundo del art. 1.462, por ordenarlo así el art. 1.280, luego tan minimizado por ciertas intepretaciones. Y es-timo también que en los casos de inmuebles en que la tradición instrumental no haya tenido lugar al tiempo de la venta (por haberlo querido así los contratantes o por otras causas), cabrá luego efectuar la necesaria tradición mediante un acuerdo de transferencia expreso, pues si éste es admitido para los bienes muebles, con mayor razón ha de serlo para los inmuebles, bienes cuya entrega material es más dificultosa. Ahora bien, este acuerdo expreso de transferencia de inmuebles deberá necesariamente consignarse en documento público; pues tal acuerdo referente a la transmisión de un Derecho real sobre un bien inmueble está comprendido en el núm. 1.º del art. 1.280, que si ha sido desvirtuado en cuanto a los contratos, al ser puesto por la jurisprudencia en relación con los arts. 1.278 y 1.279, tal desvirtualización no puede alcanzar a la forma de la tradición posterior, verdadero acto que, aunque derivado de un contrato, no se confunde con éste. El mismo precepto se refiere, distinguiéndolos, a los actos y contratos. E incluso puede sostenerse que cuando se efectúe la tradición material de un bien inmueble, poniéndolo en poder y posesión del comprador, dicho acto de entrega material deberá hacerse constar también en documento público, por imperativo del mencionado art. 1.280.

5.—Por otro lado, a la tradición instrumental (y también a las demás formas de tradición no posesorias admitidas expresa o tácitamente por el Código), es impropio llamarla tradición ficta o simbólica, como si fuera tan sólo un sustitutivo o figura representativa de otro personaje principal: la entrega material de la posesión. El segundo párrafo del art. 1.462 dice literalmente que el

otorgamiento de la escritura pública *equivaldrá* a la entrega de la cosa, no que la sustituya o presuma. Equivaldrá, es decir, surtirá los mismos efectos que la entrega de la cosa en orden a la transmisión de su propiedad; lo que viene a decir que la forma instrumental es una verdadera forma de tradición, a los efectos del artículo 609. El otorgamiento de la escritura es tradición *per se*, no presume la tradición o entrega, y, por consiguiente, estaría por completo fuera de lugar el pretender destruir su virtualidad transmisiva a base de probar la imposibilidad o inexistencia de la entrega o posesión material. Tiene toda la razón en su posición el Profesor Lacruz Berdejo al aceptar que la tradición instrumental del art. 1.462 es independiente de la situación posesoria.

Lo que no obsta para que, como reconoce también Lacruz Berdejo, no desaparezca la obligación del *tradens* de entregar materialmente la cosa. Pero nótese que si la transmisión dominical ha tenido lugar antes de la entrega de la cosa por otra forma de tradición admitida en derecho, el nuevo propietario podrá exigir del transferente, si todavía continúa la cosa en su poder, la entrega material; ejercitando para ello, no una acción personal de cumplimiento de contrato (puesto que ya está cumplido, si estimamos como fin del mismo la transmisión del Derecho real), sino la acción reivindicatoria u otra de fondo reivindicatorio, como las acciones de desahucio ordinario o por precario, según los casos; acciones que el *accipiens* podrá ejercitar también, por regla general, como verdadero propietario que ya es, contra cualquier tercero que tuviese la cosa bajo su posesión. Pero todo esto hay que entenderlo sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1.473 (y en especial en su párrafo tercero), lo que luego se examinará.

En términos de Derecho constituyente, pide Roca Sastre que nuestra legislación debería «exigir, para que la transmisión se operase, que el actual contrato de finalidad traslativa fuese seguido y conectado causalmente con un acuerdo expreso de transferencia entre las partes, privando a la entrega de posesión de su actual carácter de factor constitutivo de la transferencia, relegándola a una mera toma de posesión de la cosa ya adquirida». Pero la verdad es que nuestro Derecho constituido, según se ha examinado, se produce en materia del modo transmisivo, en unos términos tan amplios, flexibles, cómodos y adecuados a todas las distintas si-

tuaciones que la naturaleza diversa de las cosas y el interés de las partes puede presentar, que, en realidad, no urge en absoluto la reforma de nuestro Derecho en este punto.

6.—Yo creo también que de la tradición, en alguna de sus formas, no se puede prescindir, ni siquiera en el régimen registral. Lo que no prejuzga la naturaleza declarativa o constitutiva de la inscripción. En cuyo problema se ofrecen dos puntos de vista, a mi parecer erróneos, que se muestran con claridad en el último párrafo de la lección comentada: para ciertos partidarios de la inscripción constitutiva, no se puede afirmar esto sin destruir previamente la necesidad de la tradición; para otros, contrarios a los primeros, el hecho de admitir que continúa vigente la necesidad de la tradición, les hace sostener que la inscripción no desempeña más que una función meramente declarativa. A mi entender, ambas posiciones se explican por una visión un poco recortada del proceso transmisivo, al que se le mira como compuesto de dos solos elementos: uno, el título, y otro la tradición o la inscripción, según las opiniones. Pero, claro, creo que no se podrá discutir la afirmación de que el proceso transmisivo bímembre no es de orden metafísico ni de Derecho natural. Y como no lo es, no se puede discutir tampoco la posibilidad de que el Derecho positivo altere tal proceso de transmisión, añadiendo o suprimiendo requisitos, según convenga a las circunstancias de tiempo o lugar. Y esto es lo que entiendo que ha pasado en el ordenamiento jurídico español, aunque en el mismo no se declare en un artículo determinado de una Ley de una manera simple, categórica e indubitada; a los dos clásicos momentos de la transmisión se ha añadido uno más: la inscripción; la cual no borra ni suple a la tradición, sino que la complementa; siendo, pues, actualmente tres (título, tradición e inscripción) los jalones del *iter juris in re*, que por ese orden hay que recorrer para la perfecta transmisión y adquisición de los Derechos reales sobre bienes sometidos al régimen jurídico registral.

7.—Esto ha ocurrido así no por capricho, sino por natural desdoblamiento (que ha sido paralelo al proceso de espiritualización señalado) de las dos finalidades a que antes servía el único mo-

mento de la tradición, especialmente la real o posesoria; desdoblamiento exigido por el carácter de la civilización de nuestro tiempo, cosmopolita, densa, agitada, ordenada, aunque esto último parezca paradójico.

La tradición o entrega de la posesión se ha orientado de siempre a dos vertientes: por un lado ha sido ápice y culminación de los intereses contractuales de las partes, con ella y en ella se cumplía el fin económico traslativo del contrato y se materializaba el acuerdo de transferencia dominical, en la cual sustancialmente se encierra el pago o cumplimiento de las obligaciones, que consisten en dar alguna cosa. Por otro lado, cumplía la tradición (y la posesión por ella entregada) una función de publicidad, imprescindible en la biología de los Derechos reales, pues éstos son figuras jurídicas con trascendencia en cuanto a terceros, a quienes afectan y perjudican, a pesar de que la iniciación y concepción de su vida tiene lugar en la matriz de un contrato; y como los contratos sólo pueden producir efectos entre las partes contratantes (así lo expresa la conocida regla *res inter alios acta, tertiis nec nocet nec prodest*), tiene que superarse esta limitación congénita del contrato, fuente primera del Derecho real, por un posterior requisito publicitario, que facilite un conocimiento universal de la existencia del derecho a cualquier tercero que pueda verse afectado por el mismo. Esta publicidad nos enseña la historia que ha ido sucesivamente encarnándose en diversos y a veces curiosos y pintorescos formalismos, para acabar siendo cumplida por la misma tradición y posesión subsiguiente, hasta un pasado casi presente, del que muchos, inexplicable y regresivamente, no quieren salir. Mas en nuestros tiempos es obvio que la posesión no llena con satisfacción su papel publicitario (que puede que cumpliese sin graves inconvenientes en otras épocas de tráfico más aldeano y patriarcal), y esta función imprescindible tiene que cumplirse hoy día a través de la inscripción en los Registros de la Propiedad, último hallazgo de la técnica jurídica para tal menester.

8.—Con anterioridad al establecimiento del Registro de la Propiedad la tradición era requisito constitutivo y necesario en el proceso traslativo, nadie lo discute. Pero, ¿por qué lo era? No por su nombre, ni por su simbolismo en sí, no por su hueco formalismo,

sino por una razón de mayor fondo y enjundia teleológica: porque ella servía de medio o instrumento para el cumplimiento de los dos fines o funciones que hemos dicho tenían su soporte en la tradición. Esas funciones eran y siguen siendo las verdaderamente constitutivas y necesarias en la transmisión de los Derechos reales, y cuando decimos que la tradición es constitutiva, no hay duda de que, en cierto modo, venimos a tomar al continente por el contenido. Si esa función de publicidad abandona hoy el primitivo instrumento de la posesión para encarnarse en el más eficiente de la inscripción en el Registro, no por ello ha perdido su esencia constitutiva y necesaria (al contrario, creo que hoy es, más que nunca, imprescindible la publicidad en el tráfico de los Derechos reales), y si antes podíamos calificar de constitutiva a la tradición posesoria, por ser la forma a cuyo través actuaba la publicidad, con la misma razón podemos dar tal calificativo a la inscripción, forma a través de la cual actúa ahora la publicidad.

Y ello sin que la tradición haya dejado de ser a su vez constitutiva, pero limitada solamente al cumplimiento de su primera finalidad de transferencia *inter partes*, pre-publicitaria y pre-registral, para lo cual sirven perfectamente tipos de tradición in-materiales; puesto que (al menos desde el punto de vista del Derecho constituido) si esta tradición de efectos restringidos no ha tenido lugar, no puede practicarse la inscripción, pues a ello se opone el art. 9.º del Reglamento hipotecario. (Dejando aparte la cuestión de si el *jus ad rem* originado por la obligación aún no cumplida de entregar, puede configurarse como un verdadero Derecho real de adquisición.)

9.—Conforme a lo anteriormente expuesto, es fácil explicarse el párrafo segundo del art. 1.473, que está en la línea marcada por el art. 606 y demás concordantes, siendo ocioso discutir, desde el punto de vista práctico, si la adquisición del que inscribe se produce *a non domino* o si el llamado «primer adquirente» no ha llegado en realidad a ser tal, por faltar precisamente en su proceso transmitivo el requisito de la inscripción.

En el régimen extra-registral (o cuando no haya inscripción, según la terminología legal) se observa que, a los efectos publici-

tarios, la tradición instrumental goza de menores efectos que la posesión; pues si bien, según el último párrafo del art. 1.473, la instrumental surte todos sus efectos cuando ninguno de los varios compradores ha tomado posesión material de la cosa (pues cuando dicho artículo habla de títulos hay que entender de títulos otorgados en forma que suponga la tradición no material), y también en los casos normales de un solo comprador, vemos que, por el contrario, el derecho del *accipiens* instrumental quiebra ante el del poseedor material de buena fe, aunque el título del primero sea el más antiguo.

Está claro el pensamiento de la Ley, que no atribuye a la tradición llamada simbólica los mismos efectos de publicidad que históricamente se centraron en la tradición material. Se explica así fácilmente que en régimen registral nada importe que la tradición se haya efectuado materialmente o sólo *per chartam*, ya que se desplaza por completo la función publicitaria a la inscripción; pero en los casos extra-registrales la tradición instrumental no alcanza la plena virtualidad publicitaria de la posesión subsiguiente a la entrega material de la cosa; posesión que semeja cumplir un papel paralelo en sus efectos al del Registro de la Propiedad, como lo demuestra la posición inatacable que se dispensa al que podemos llamar tercero posesorio. El tratamiento legal de la posesión en el art. 1.473 es en cierta manera análogo al que se desprende del art. 448, y su mejor condición respecto a la mera tradición instrumental, tradición, al fin y al cabo, operada por el mismo contrato otorgado en determinada forma) se explica también por la naturaleza intrascendente, en cuanto a terceros, de los contratos reconocida por los arts. 1.091 y 1.257 del Código Civil. Tampoco dejaremos de hacer notar aquí lo que es de sobra conocido: que las escrituras públicas a través de las cuales se realiza la tradición instrumental, son llamadas así por la misma razón que los documentos públicos en general, por estar autorizados por un Notario o empleado público competente (mejor cuadraría llamarlos auténticos), pero este calificativo de públicos no quiere decir que por ellos pueda cumplirse y tener lugar la publicidad inmobiliaria con la misma fuerza y eficiencia que proporciona el Registro de la Propiedad (órgano de verdadera publicidad material y formal, cuyo carácter de público no lo es tan sólo por ser tales los funcionarios

que le sirven). A ello se opone la misma naturaleza de los documentos o escrituras públicas, la libertad territorial y de elección de funcionario que los particulares tienen en sus contratos, la organización interna de las oficinas públicas donde se otorgan y archivan, y hasta el natural y mandado secreto de los protocolos.

MANUEL GÓMEZ GÓMEZ

Registrador de la Propiedad.