

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXXIII

Enero-Febrero 1957

Núms. 344-345

Inscripción y tradición *

SUMARIO : 1. La doctrina de la tradición antes de 1861.—2. Publicación de la Ley Hipotecaria.—3. El Código civil.—4. Doctrina actual : Roca SASTRE.—5. DE LA RICA Y ARENAL.—6. SANZ FERNÁNDEZ, NÚÑEZ LAGOS.—7. Crítica de ROCA. La presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.—8. Fundamentos de la doctrina hipotecaria.—9. Posibilidad de una solución distinta, sobre la base del artículo 1.462 del Código civil.—10. Progresiva espiritualización de la tradición. La transmisión consensual.—11. Punto a que alcanza el Código civil. Tradición ficticia y tradición instrumental.—12. Transmisión por un propietario no poseedor.—13. La tradición sin desplazamiento posesorio y el artículo 1.473 del Código civil.—14. Transmisión sin *traditio* en el Código civil

1. En el Derecho español de la Edad Moderna era principio indiscutido el que las transmisiones derivativas por acto *inter vivos* tenían lugar mediante un título (contrato) y un modo (tradición o cuasitradición). La tradición se empleaba para las cosas corporales y tenía, al parecer, el significado de un acto de entrega y no el de un negocio jurídico de transmisión. La cuasitradición de las cosas incorporales ocurría por el consentimiento (*patientia*) del concedente y el uso o ejercicio del derecho por parte del adquirente. Por último, según HEINECIO, el título, sin tradición o cuasitradición, confería un verdadero derecho real en la hipoteca, en las servidumbres negativas, en las adjudicaciones hechas en los juicios divisorios (comunidad, herencia y deslinde), y en las adquisiciones *mortis causa*.

La obligación de transmitir creaba, no un derecho real, pero sí

(*) Este trabajo es, sencillamente, un fragmento de mis lecciones de Derecho Inmobiliario registral explicadas en la Facultad de Zaragoza durante el curso 1954-55.

una situación especial del acreedor con respecto a la cosa : el *ius ad rem*.

2. Es discutido si la primitiva Ley Hipotecaria introdujo alguna variación en este sistema. Los que lo niegan aducen la ausencia en ella de un precepto en el que se consigne tal modificación, que, versando sobre un extremo tan importante, hubiera debido ser explícitamente declarada en la ley. Los que lo afirman alegan el texto de la Exposición de Motivos, que, ciertamente, se presta a interpretaciones diversas.

«Nuestras leyes—dice—, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición o, lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando uno vende a dos la misma cosa, no es su dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella la posesión. Los romanos, a pesar de haber despojado al antiguo Derecho de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto externo, público y que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble... Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos, que mereció ser adoptado por el Código francés: el de que la propiedad se transmitiera tanto respecto a los contrayentes como respecto a un tercero, por el mero consentimiento. No corresponde a la Comisión apreciar este principio cuando se limita a los mismos contrayentes; lo que de lleno cae en su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se avienen bien con la lealtad y el orden de las transacciones; da lugar a que los acreedores sean defraudados y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que ni ha podido tener conocimiento.»

«Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscribe ni se consuma por la tra-

dición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso ; si se inscribe, ya lo traspasa respecto a todos ; si no se inscribe, aunque tenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.»

Finalmente, refiriéndose a la doble venta de una cosa, dice la Exposición que «cuando se trata de derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión, y menos desde el convenio..., de suerte que cuando el propietario enajena unos mismos inmuebles a varias personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título».

3. La publicación del Código civil apenas introdujo cambio alguno en esta situación. El art. 609 mantenía la teoría del título y modo, y aunque el 608 remitía, en cuanto a los efectos de la inscripción, a la Ley Hipotecaria, como en ésta no había ningún precepto que hiciera jugar a la inscripción el papel de la tradición, la remisión carecía de eficacia. Acaso el texto más importante, en orden a los respectivos papeles de inscripción y tradición en los negocios transmisivos, sea el art. 1.473, que, conforme a los principios de la Ley Hipotecaria, confiere la propiedad, en el caso de doble venta de una cosa, al comprador que primero inscribe su derecho.

4. Ante estos datos, la doctrina ha adoptado posiciones divergentes.

ROCA SASTRE defiende la no alteración de la teoría del título y modo por la legislación hipotecaria. «Lo que se inscribe en el Derecho español no es el título o contrato de finalidad traslativa, sino la entera traslación, es decir, el conjunto integrado por el título y el modo : así se deduce del art. 2-1.^º, L. H., y así lo confirma el art. 9, R. H., al disponer que no es inscribible «la obligación de transmitir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble». Si la Ley Hipotecaria se hubiera propuesto eliminar la tradición como elemento constitutivo del acto traslativo inscribible en el Registro de la Propiedad, habría establecido algún precepto que así lo dispusiera ; sobre todo si hubiera querido sustituir la tradición por la inscripción. Pero este precepto no existe, ni en la Ley Hipotecaria de 1861, ni en la actual, ni tampoco en el Código civil.» En suma : «para que sea posible la inscripción es necesario un acto de transferencia y para

que haya transferencia es preciso que el contrato de finalidad traslativa esté complementado por la tradición»; por tanto, mientras ésta no ocurra, no se podrá inscribir.

«La tradición, como requisito, presupuesto o *conditio iuris* de la transferencia de bienes, ha de resultar existente de los documentos o titulación presentada al Registro para su inscripción. Lo que ocurre es que la *traditio* está altamente facilitada en su efectuación o cumplimiento, ya que el Código civil llega incluso a reputarla ínsita en el mero otorgamiento de la escritura en la que se otorgue un contrato de finalidad traslativa» (cfr. art. 1.462, C. c.). Ahora bien: este precepto, como ha declarado el Tribunal Supremo, «si bien implica la presunción *iuris tantum* de la transferencia de la posesión jurídica, que hace adquirir la propiedad de la cosa, presupone necesariamente para su eficacia que el tradiente se halle en la posesión de la misma, pues si esta posesión la tiene un tercero, no podrá el tradiente traspasarla. Es indiferente si la posesión era mediata o inmediata».

Entiende, con todo, ROCA SASTRE, que si por aparecer documentalmente cumplida la tradición logra inscribirse el título presentado, el hecho de que el *tradens* no tuviera la posesión de la cosa no perjudicará al adquirente. «Sería absurdo—dice—que las adquisiciones *a non domino* fuesen mantenidas por la fe pública registral, y que, en cambio, un tercero que reúna las circunstancias necesarias para la protección de la fe pública del Registro, no fuera mantenido en su adquisición, que precisamente verifica en condiciones superiores, ya que al menos el *tradens* es el verdadero dueño. ¿Acaso es más grave ser dueño pero no poseedor, que no ser ni una cosa ni otra?» El autor funda su tesis en la presunción del art. 38 de que el titular registral «tiene la posesión del derecho inscrito a su favor, es decir, es considerado como poseedor o está legitimado como tal para el tráfico jurídico, mientras no se demuestre que el Registro es inexacto, en cuanto lo proclama como titular del dominio o derecho real de cuya posesión se trata. Y como, en virtud del art. 34 de la ley, la presunción de existencia y de titularidad del derecho deviene incombustible en beneficio del tercero protegido por la fe pública registral, de modo que en provecho de éste el Registro inexacto vale como exacto, de aquí que por tener que considerarse que el titular registral, que actúa de transferente, es un propietario-poseedor, o sea, que está legitimado como tal precisamente para que los terceros puedan fun-

darse inatacablemente en la apariencia registral, todo ello trae como consecuencia lógica que la carencia de la posesión real o material en el *tradens* sea una circunstancia que, por afectar a la titularidad inscrita de éste, no puede repercutir en perjuicio del tercer adquirente, protegido por la *fides publica* del Registro».

5. Frente a esta manera de pensar, muy extendida en la doctrina española, estiman algunos autores que la inscripción, en una forma u otra, suple a la tradición. LA RICA habla de una dualidad normativa legal de la propiedad inmueble en España; según él, «la Ley Hipotecaria, ajena a la tradición, rige para la propiedad inscrita y para la eficacia *erga omnes*, en tanto que el Código civil, fiel al título y al modo, rige para la no inscrita y para la eficacia *inter partes*». «Ante la dualidad legislativa—dice en otro lugar—, según que se trate de inmuebles inscritos en el Registro o de inmuebles no inscritos, la prelación de los dos textos legales aplicables no admite duda: para los primeros rige con preferencia absoluta la legislación especial hipotecaria, y sólo en lo no previsto por ella, el Código civil; y para los segundos, el Código civil o las legislaciones forales. La ley fundamental de la propiedad inscrita no es, por tanto, el Código civil, como muchos se complacen en sostener, sino la Ley Hipotecaria».

El mismo autor concluye que:

a) «La legislación hipotecaria está pensada y redactada totalmente de espaldas a la doctrina de la tradición, considerada como elemento indispensable para la constitución eficaz del derecho real *erga omnes*. «El mismo Código civil, respetuoso con la legislación especial hipotecaria, ratifica el pensamiento central de ésta y prescinde de la tradición cuando ésta se enfrenta con la inscripción en el Registro».

b) «La constitución eficaz plena de todo derecho real, incluso el dominio de inmuebles inscritos, se efectúa mediante la inscripción en el Registro. Mientras ésta no tiene lugar, esta constitución es menos plena, relativa, aunque haya mediado la tradición, pues no es eficaz respecto a terceros inscritos».

c) «La inscripción en nuestro sistema ni sustituye ni equivale a la tradición; simplemente la ignora. Se inscriben los títulos jurídicos (actos causales) configurados con arreglo a la legalidad objetiva, una vez justificada la preexistencia de titularidad en el trans-

ferente, sin exigir justificación de la tradición real». Nuestro Registro no es, así, para el autor, un Registro de derechos, pero tampoco un Registro de *títulos y modos*, sino precisamente un Registro de títulos. Esta idea del *Registro de títulos* ha encontrado luego aceptación en algún otro hipotecarista español, que interpreta en este sentido el art. 2.^º de la Ley Hipotecaria, concluyendo que lo que se inscribe en el Registro son los contratos sin tradición, y no las transferencias de derechos reales. (HÉRMIDA LINARES).

d) «*Inter partes*, aun tratándose de bienes inscritos, la tradición ha de estimarse necesaria para que el derecho real ingrese en el patrimonio de la parte adquirente, en el tiempo que media entre el otorgamiento del título transmisivo y su inscripción; pero una vez inscrito, la falta de tradición es irrelevante, según la jurisprudencia, entre las partes, pues el adquirente sucede en la titularidad al transferente, y puede reclamar de éste la efectividad de la tradición, lo mismo que puede ejercitarse su derecho dominial *erga omnes*».

Otros hipotecaristas, sin negar la vigencia de la teoría del título y modo, consideran que la inscripción puede coexistir con la tradición, sirviendo—como ella, pero con mayor eficacia—de modo transmisivo.

6. Para SANZ FERNÁNDEZ, «en principio la inscripción no produce ningún efecto sobre la tradición, de modo que ni la excluye, ni la suple, ni la priva de sus peculiares efectos; pero en su función estrictamente convalidante puede reaccionar y producir importantes efectos sobre la tradición». «La Ley Hipotecaria de 1861—añade—, al dar a la inscripción valor no constitutivo y al omitir toda regulación de la lucha entre posesión y Registro, siguió este criterio, que fué claramente explicado en la Exposición de Motivos y ratificado y confirmado por el Código civil». «En el momento del nacimiento del derecho real se mantiene íntegra la doctrina tradicional y la necesidad de la tradición; en el momento de la convalidación del derecho adquirido según la apariencia registral, es decir, en el momento de la seguridad del tráfico, se da a la inscripción un cierto valor para la existencia del derecho real, valor que juega con independencia de aquélla».

El autor considera, en definitiva, que «nuestras leyes hipotecarias se inhiben totalmente en el problema de la tradición, que abandonan íntegro al campo del Derecho civil», y que «nuestro Registro

se ha planteado siempre como un Registro de títulos referentes a los derechos reales (véanse los arts. 1.^º y 2.^º de la ley). Siendo la tradición ajena al título, no puede ser tomada en consideración como requisito de la inscripción en un Registro en que lo que se inscribe no es propiamente la constitución, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales, sino los actos y contratos que sirven de causa a las mismas».

En cuanto al valor del art. 38, el autor, considerándolo todavía como una presunción *iuris tantum*, pone de relieve que si el adquirente inscribió su título, el que impugna la transmisión por falta de tradición «deberá demostrar, además, que no obtuvo en ningún momento la posesión, ni existió ninguna otra forma posterior de tradición fingida eficaz. Al importantísimo papel de la tradición instrumental se añade el de la presunción de tradición, que si bien no llega a constituir con aquélla una forma de tradición igual en eficacia a la real, concede una protección tan energica que difícilmente podrá llegar a ser vencido el adquirente en virtud de escritura pública inscrita».

Por su parte, NÚÑEZ LAGOS opina que, prescindiendo del art. 38, en todo caso quien inscribe está a salvo de cualquier ataque por virtud del art. 34, el cual convalida, no sólo la falta de titularidad en el transferente, sino, sea la adquisición *a non domino* o *a domino*, la eficacia de la *traditio ficta*.

7. En último análisis, todos los autores intentan superar la misma dificultad, a saber: que quien inscribe su derecho resulte que no lo ha adquirido por faltar una *traditio* válida en el proceso transmitivo; y todos llegan, a través de razonamientos dispares, a un mismo resultado práctico: el mantenimiento del titular que inscribe en el Registro, aunque la *traditio ficta* no le haya transmitido la posesión, por faltar ésta en el *tradens*.

Pero acaso ninguno de tales razonamientos esté libre de reparos.

La opinión de ROCA SASTRE necesita, para no conducir al resultado antieconómico que se trata de evitar, apoyarse en una valoración difícilmente admisible de la presunción *iuris tantum*, y si la transmisión de los derechos reales exige—como afirma ROCA—la tradición por el poseedor de la cosa, no creo que la falta de posesión en el transmitente, y el consiguiente fallo del modo transmisor, puedan

—en los casos de ignorancia inculpable de la falta de posesión del *tradens*—ser amparados por el Registro. Y esto por dos razones:

a) Porque el art. 38 no arguye ninguna publicidad posesoria y sí sólo atribuye presuntivamente al titular inscrito la posesión del objeto de su derecho. El Registro entonces presume: no publica (1).

Es precisamente por esto por lo que el considerar *prima facie* al titular inscrito como poseedor no supone ninguna contradicción interna de los preceptos antes citados con el art. 5.^o de la Ley Hipotecaria, que declara no inscribibles «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer». Esta norma regula—y por cierto, en sentido opuesto a las que le precedieron sobre la materia—una cuestión de publicidad registral, cerrando el Registro a un derecho (inexactamente calificado en ella de *hecho*) que, por su inestabilidad, sus cambiantes matices y, sobre todo, su dependencia de situaciones de hecho, no era susceptible de una segura constatación tabular. En cambio, los arts. 35 y 38 versan sobre una cuestión de prueba (2), faci-

(1) La presunción posesoria se basa en la inscripción. Es, pues, una presunción derivada de la de exactitud. Por eso, para desvirtuarla definitivamente, es necesario impugnar la inscripción misma, y no el hecho posesorio. Mientras no se impugne la inscripción, la presunción sigue vigente, y el hecho de que el titular registral no sea poseedor, no hace inexacto el Registro, por cuanto el Registro no publica la posesión y se limita a presumirla. La inexactitud registral no puede referirse a las simples presunciones, y sólo afecta a lo que es materia de la publicidad registral.

El titular puede, pues, mientras siga siéndolo, alegar siempre su posesión, y en cada supuesto concreto será preciso desvirtuar este presunto estado posesorio, mediante la prueba en contrario. Dicha prueba, insisto, no elimina para los casos restantes la eficacia presuntiva del asiento ni demuestra una inexactitud del Registro, el cual puede seguir presuponiendo la posesión del titular inscrito sin incurrir en falta alguna de lógica, puesto que el haberse demostrado en un caso la tenencia de un tercero, no suprime toda posibilidad de que la recupere aquél.

La prueba de que el titular no es poseedor, resta, con todo, cierta eficacia a la presunción posesoria, en cuanto acredita la interrupción de la posesión.

(2) La presunción de posesión tiene, en los artículos 35 y 38, idéntica naturaleza; así, pues, en este último precepto es también *iuris tantum*, y no, como pretende Roca, una ficción. Esto lo demuestra, en primer lugar, el artículo 1.251 del Código civil, cuya aplicación no se halla excluida en parte alguna de la Ley Hipotecaria; asimismo, la redacción dada en el año 1927 al antiguo artículo 41; por último, la misma fórmula del artículo 38, que dice que se presumirá la posesión «en igual forma» que la exactitud, palabras que si dan a entender que la presunción posesoria tiene lugar a todos los efectos legales, también indican que tiene lugar con la misma eficacia, y no más, que la presunción de exactitud. Por lo demás, la teoría de la ficción conduciría a resultados extraños; un titular inscrito podría ser demandado en cuanto poseedor, sin que fuera suficiente argumento para rechazar la demanda el demostrar que no poseía.

litando la de su posesión al titular inscrito que necesita demostrarla, pero sin *publicar* propiamente posesión alguna y, por ende, sin efecto legitimador. Por eso el adquirente de buena fe no recibe otra posesión que la que realmente tuviera su causante: por cierto, el Registro presume que este causante es poseedor, pero ello no implica, cuando dicho titular inscrito no posee, la atribución ficticia, al adquirente, de una posesión incorporal semejante—en contenido y duración—a la del despojado, ni menos el que pueda valerse tal *accipiens* de todo el tiempo de posesión presunta de los titulares anteriores cuando se demuestre que éstos no tuvieron el inmueble. Esto sería un efecto de publicidad registral, que rechazan no sólo el art. 5.^º de la Ley Hipotecaria, sino asimismo la Exposición de Motivos de la misma ley, cuando afirma la subsistencia, con plena virtualidad, de la *possessio ad interdicta*, que no viene condicionada por las declaraciones del Registro.

b) Pero aun cuando se rechazase esta tesis sobre la naturaleza y valor de la presunción posesoria del art. 38, la conclusión frente al problema que nos ocupa habría de ser la misma, porque la tradición es un requisito del acto de transferencia, en el cual interviene el propio adquirente (no simplemente un presupuesto de la legitimación para disponer del *tradens*), y la falta de uno de los elementos del acto nunca puede ser protegida por la publicidad registral. Por consiguiente, para que el acto transmisivo pueda producir sus efectos es indispensable (en tanto la tradición se haga consistir en un paso de posesión) que el *tradens* sea poseedor efectivo. La presunción del art. 38 servirá para eximirle de la prueba de que lo es, pero en nada le auxiliará cuando se demuestre lo contrario.

Por otra parte, el que la Ley Hipotecaria hable de *títulos traslativos*, no quiere decir que sean materia inscribible los negocios jurídicos obligacionales. Recuérdese que la manera de expresarse de la ley proviene de los Derechos frances y belga, en los cuales los contratos son, sin más, realmente traslativos, añadiré que la doctrina entiende que, dentro de tales sistemas y del italiano, sólo los contratos que cumplen una transmisión, y no los meramente obligacionales, tienen acceso al Registro: así, como dice COVIELLO, no produce efecto la transcripción de una liberalidad sino desde el día en que la aceptación se transcribe.

8. La tesis favorable al valor transmisivo de la inscripción,

aparte de llegar directa y totalmente al resultado que otros persiguen por medios indirectos, tiene un fundamento nada despreciable en el art. 1.473 del Código civil—del que me ocupo en seguida—, y en la ya citada Exposición de Motivos de la ley del 61, de los que cabe deducir que la inscripción legalmente practicada juega el mismo papel que la tradición, y aún que, en caso de conflicto, es aquélla quien vence. Ciento que falta en la Ley Hipotecaria un precepto expreso sobre la materia ; pero, de una parte, algo suple esta falta el 1.473 del Código civil, y de otra, no era tal precepto tan necesario en la Ley Hipotecaria como el art. 145 para las inscripciones de hipoteca : éste indica que no hay otro medio para constituirla, mientras la inscripción no elimina, en los restantes supuestos, valor transmisivo de la tradición sino en caso de conflicto.

9.—Si embargo, el más fuerte argumento para considerar a la inscripción como un nuevo modo transmitivo, junto a la tradición, no se halla en la ley del 61, sino, años después, en el Código civil. Ahora bien : el art. 1.473 de este cuerpo legal admite una interpretación diferente y más compatible con la teoría del título y modo, poniéndolo en relación con el art. 1.462 del propio Código. Una interpretación que resuelve todos los problemas planteados en torno a las relaciones entre tradición e inscripción—naturalmente, a partir del año 1889—, pero cuyo punto de partida es una tesis contradictoria con la doctrina dominante, a saber : *que la tradición instrumental del art. 1.462, previa forzosamente a la inscripción en el Registro, perfecciona el acto transmisible sin necesidad de posesión en el «tradens».* Si se acepta esto, queda ya claro que la inscripción declarativa no sustituye nunca a la tradición, y que ésta continúa siendo un requisito de los cambios realizados por negocio jurídico —salvo los casos expresamente exceptuados—y sin el cual no pueden inscribirse. En efecto, en los supuestos de transmisión por negocio jurídico, aquélla llega al Registro ya documentada, y precisamente en escritura pública, por lo cual forzosamente la inscripción presupone—y declara—siempre una tradición instrumental ya verificada : en los casos en que del texto se desprenda la intención de las partes de eliminar la tradición (no lo es el de una transmisión bajo condición suspensiva), no será posible inscribir ; como dice ROAN, «es seguro que se quería dejar el acto en la zona obligatoria, indicando su falta de efectos dispositivos».

Pero, ¿puede aceptarse que la tradición instrumental del artículo 1.462 es independiente de la situación posesoria?

10. En su acepción genuina, la tradición no es un fenómeno de transmisión de derechos, sino un cambio posesorio, que puede llevar consigo un cambio real, y puede no llevarlo: piénsese en la distinta eficacia transmisiva, en el Derecho romano, de la tradición de cosas *mancipi* y *nec mancipi*. Empero, desde su más temprana historia, el hecho de que la transmisión de posesión se efectuase, no sólo mediante actos materiales, sino conjuntamente con una declaración de voluntad, operó sobre la propia tradición, espiritualizándola y desplazando su centro de gravedad desde el ámbito fáctico al psicológico, y su objetivo inmediato de la transmisión de posesión a la de dominio.

Esto tenía que ocurrir forzosamente en la llamada *traditio brevi manu*, en la que, adviniendo el poseedor a propietario (por ejemplo, arrendatario que compra el fundo arrendado), la *traditio* sólo podía consistir en un acto psicológico, en una interversión del *animus* del poseedor. Pero también cuando había una posibilidad física de entrega, sin embargo podía tener lugar la tradición sin cambio material alguno, mediante el constituto posesorio: el propietario transmitente permanecía en posesión de la cosa por otro título, como poseedor inmediato: arrendatario, precarista, etc. Quedan, por último, al lado de estas formas psicológicas, otras simbólicas, acaso derivadas de la *traditio longa manu*, y entre ellas la *traditio por chartam*, igualmente aceptada luego en el Derecho común—los glosadores decían que *traditio instrumenti habet vim traditionis rei*, y que *plus operatur traditio instrumentorum quam clavum*—como en los diversos Derechos particulares.

En estas formas espiritualizadas de tradición, perdida la verdadera esencia—paso más o menos material del poder de hecho sobre una cosa—del instituto romano, sólo queda, a partir de la época de Derecho común, un instrumento, una manera cómoda admitida por la ley, para transferir el dominio por efecto de la sola voluntad. *Consensus tradentis*—llega a decir BALDO—*habentis transferendi dominii potestatem, subsistente causa vera vel putativa, ad translationem dominii ordinata, inducit translationem dominii*. No es de extrañar así que la escuela racionalista del Derecho natural viera en la *traditio ficta* un requisito inútil: una reduplicación—y no algo

distinto—del acuerdo de voluntades necesario para la transmisión de la propiedad, y que los codificadores franceses abolieran el requisito de la tradición y colocaran la fuerza transmisiva pura y simplemente en el contrato, en el título apto para transferir el dominio.

11. El Código civil español, que admite plenamente la posesión solo *animo* (la del despojado, la del heredero), no llega a este punto y sigue requiriendo todavía, para la adquisición de la propiedad y de los derechos reales, la tradición (arts. 609 y 1.095). Pero sí llegó nuestro legislador, avanzando sobre la doctrina del Derecho común, a desvincular en alguna de sus formas la llamada *tradición* de toda relación posesoria, convirtiéndola en un acto destinado exclusivamente a atribuir el dominio. Tal ocurre, a mi modo de ver, en ciertos supuestos de la sección segunda, capítulo sexto, título cuarto, del libro IV del Código civil.

En verdad, las rúbricas del capítulo (*De las obligaciones del vendedor*) y sección (*De la entrega de la cosa vendida*) no dan una idea exacta del contenido, y los propios preceptos legales, en apariencia, se hallan exclusivamente ordenados a determinar cuándo y en qué condiciones debe cumplir o ha cumplido el vendedor con su obligación de entregar la cosa. Pero una lectura más atenta de los artículos 1.462 y siguientes, muestra cómo si algunos se refieren a la detención material, otros, abstracción hecha de toda relación posesoria, corporal o incorporal, ponen el modo transmisivo en la concorde voluntad de las partes en orden a la atribución de la cosa o derecho, y en el cumplimiento de determinada forma: modo que, si bien puede afectar al paso de la posesión, no tiene forzosamente trascendencia en este aspecto, y en cambio determina, con independencia de aquélla, el cambio real.

Así, en cuanto a los bienes muebles, la «entrega» puede tener lugar «por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador» (artículo 1.463), en cuyo concepto hay que incluir—aunque acaso no fuera ésta la orientación del proyecto del 51, donde la propiedad se transmitía por el contrato—aquellos supuestos en que el vendedor no tiene la posesión de la cosa que vende, no siendo posible, por tanto, ningún acto material de entrega. Para toda clase de bienes hay un precepto todavía más liberal: «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» (art. 1.462). Como se ve, el artículo no dispone que sea suficiente para la entrega el consentimiento del *tradens* y el *accipiens* consignado en la escritura, sino que la propia escritura—salvo manifestación en contrario—representa, sin más, consentimiento y tradición; *modo transmisivo* éste que, por cierto, no se identifica con la obligación fundamental del vendedor de facilitar el *habere licere* de la cosa, y que, a lo más, afecta a la posesión mediata de la finca vendida. Por consiguiente, el otorgamiento de la escritura no hace innecesaria la entrega que debe subseguirle, y que puede ser suspendida por el *tradens*, por ejemplo, en el supuesto del art. 1.467.

Entiendo, pues, contra la doctrina dominante, que el art. 1.462 tiene igualmente aplicación cuando el *tradens* no es poseedor de la cosa vendida. Volviendo—a lo que creo, inconscientemente—a nuestros Derechos medievales, la fuerza transmisiva que antes tenía el desplazamiento (más o menos ficticio) de posesión, se ha colocado por el Código civil en el documento, cuyo otorgamiento viene a jugar en la transferencia de los derechos reales, todavía con el nombre de *traditio*, un papel mucho más próximo a la *mancipatio* y que sirve de *modo transmisivo* a los efectos del art. 609 y de *entrega* (es decir, sustitutivo de la entrega) a los del 1.095.

12. Esta tesis permite justificar—de acuerdo con evidentes imperativos económicos y sociales, y con varios textos legales—la transmisión realizada por un propietario no poseedor (ni siquiera mediato). Para la doctrina dominante, éste sólo puede ceder su acción reivindicatoria, hallándose entonces el adquirente en una posición semejante a la del cesionario de un crédito en el Derecho romano, que actuaba, para hacerlo efectivo, como *procurator in rem suam*. Esto es, a mi entender, arbitrario. Ni la acción reivindicatoria es disociable de la propiedad, de modo que quepa ceder la una y conservar la otra, ni la propiedad puede consistir sólo en una acción reivindicatoria, ni tampoco puede decirse que a un no poseedor le queda sólo la acción reivindicatoria: piénsese en el legatario de cosa cierta antes de entrar en posesión de la cosa legada. El *procurator* romano, precisamente por serlo, no era, jurídicamente hablando, un cesionario, y sólo devendía titular del crédito cedido al extinguirse éste y mediante un artificio procesal. Para defender su pervivencia

hoy, sería preciso demostrar que la propiedad—en la cual va insita la acción reivindicatoria—de un no poseedor es intransmisible por falta de medio hábil. Lo cual, si encuentra apoyo en la interpretación literal de algún texto del Código civil, va contra el sentido de los arts. 1.462, 1.463, 1.473 y, actualmente, contra el 36 de la Ley Hipotecaria, que entiende ser posible transmitir la propiedad de una cosa mientras persona distinta del vendedor tiene su posesión jurídica total (*ad interdicta* y *ad usucaptionem*).

13. Más aún: el punto de vista que aquí mantengo sobre la naturaleza de la tradición instrumental es el único que permite interpretar el art. 1.473-2.^º sin hacerlo inútil o convertir a la inscripción en un sustitutivo de la tradición. En efecto: según él, la propiedad del inmueble inmatriculado vendido dos veces pertenece «al adquirente que antes la haya inscrito (la transmisión de propiedad) en el Registro». Por consiguiente, si seguimos la teoría dominante de identificar la tradición con el desplazamiento posesorio, sólo podemos llegar a una de estas conclusiones:

a) Que la propiedad se transmite sin tradición, pues el precepto legal para nada la menciona y se atiene exclusivamente a la prioridad de inscripción. Esta tesis es difícilmente conciliable con los artículos 609, 1.095 y con el propio sentido literal del art. 1.473, que supone la transmisión ya efectuada cuando se va a inscribir.

b) O bien que la inscripción presupone una tradición ya efectuada: entonces el art. 1.473-2.^º contempla un problema que no puede plantearse nunca, porque, en todo caso, como la transmisión posesoria sólo habrá podido tener lugar frente a uno de los adquirentes, la inscripción del otro siempre será ineficaz y no hay por qué atender a la prioridad en acudir al Registro, sino a cuál de ambos compradores ha realmente adquirido y, en consecuencia, ha podido inscribir válidamente.

c) Mucho peor sería, para conciliar esta segunda tesis con la posibilidad (que tan claramente se deduce del Código civil) de que cualquier comprador, poseedor o no, inscriba válidamente, alegar que la posesión jurídica incorporal de una misma cosa puede transferirse individualmente a diversas personas. Esta posesión, comunicada instrumentalmente por el *tradens*, no sería una posesión corriente, sino un *quid* incorporal que podría coexistir con un número indefinido

de posesiones hermanas, mientras el *tradens* seguiría teniendo la posesión real: una posesión milagrosa, inagotable, que le permitiría efectuar cuantas transmisiones posesorias deseara, y, contra todos los principios, quedaría siempre íntegra en él.

Separando la posesión de la tradición, queda igualmente explicado el párrafo 3.^º del propio art. 1.473. Su comienzo se refiere entonces a la posesión real (adquirida por tradición o por otro medio) como el párrafo 1.^º, y como el art. 982 del Proyecto del 51 (en el cual, siendo el sistema de transmisión de los derechos reales de tipo napoleónico, la tradición tenía únicamente valor posesorio); no habiendo inscripción, el primero que llega a tener la posesión real y a título de dueño de la cosa deviene (o continúa siendo) su propietario. Pero si en el momento de plantearse el conflicto—que podrá existir desde mucho tiempo antes—ninguno de los adquirentes ha tomado posesión real de la cosa, seguirá siendo propietario el de título de fecha más antigua, es decir, el primer *accipiens* instrumental.

Naturalmente, cuando el segundo adquirente entra en la posesión real de la finca, sin que antes la haya tenido el primero, se produce una adquisición *a non domino* por virtud del propio artículo 1.473. La cuestión está clara en los antecedentes históricos.

14. Por lo demás, hay en el Código civil numerosos casos en que la propiedad se transmite derivativamente sin necesidad de un traspaso posesorio. Y ello no sólo en los supuestos de sucesión universal (incluso, al parecer, el del art. 1.674) o de sucesión particular *mortis causa* (legado, derecho de reversión), sino en negocios jurídicos *inter vivos*, como la donación o la dote, o en las adquisiciones provocadas por el funcionamiento de una condición (sobre todo resolutoria) o por el ejercicio de derechos de configuración jurídica. En éstos, muchas veces una manifestación de voluntad resuelve el dominio en una persona y lo hace nacer en otra, sin referencia alguna a la situación posesoria de los bienes: piénsese en el llamado retracto convencional, en la anulación de una transmisión impugnable o en determinados casos de rescisión.

Por otra parte—aduce a este propósito DE LA RICA—, «fácil sería eludir la necesidad de la tradición, aun cuando ésta se juzgara indispensable para la transmisión del dominio de las fincas inscritas. Bastaría descomponer el dominio en sus elementos integrantes, trans-

mitiéndolo con independencia. Primero, el dueño transmite la nuda propiedad, reservándose el usufructo; aquí no juega para nada la tradición. Después, renuncia al usufructo, que se consolida automáticamente con la nuda propiedad. El adquirente inscribe sus dos títulos adquisitivos y adquiere, por consecuencia, el pleno dominio del inmueble, sin que haya habido necesidad de que aparezca en escena el fantasma del título y el modo».

Con la teoría dominante, si un propietario vende una finca que no posee, no transmite la propiedad de la misma, por falta de tradición, propiedad que tampoco recibirá el comprador cuando el tercer poseedor le entregue la cosa, puesto que ese tercero posee *nomine proprio* y no verifica la entrega en nombre del vendedor. En cambio, el adquirente sí recibirá la propiedad si es un donatario: al parecer, el propietario no puede—por falta de medio hábil—vender, pero sí donar.

Extraño resultado de una doctrina que, además, hoy no tiene la misma razón de existir que en el ordenamiento donde se originó. La *traditio* romana podía exigirse para el paso de la propiedad de las *res nec mancipi* porque la transmisión por acto consensual solemne—*mancipatio*—sin desplazamiento posesorio, estaba limitada a las *res mancipi*. Hoy, desaparecidas esas clasificaciones, la mezcla de elementos posesorios en la transmisión de la propiedad no encuentra una adecuada justificación.

La tesis que defiendo aquí, y a la que se habían referido ya anteriormente algunos autores (SANZ FERNÁNDEZ, entre otros), llega al mismo resultado que la que podríamos llamar *hipotecarista*, si bien por caminos muy diferentes. Pues en las dos se llega a prescindir del desplazamiento posesorio en la transmisión de inmuebles, pero en ésta sustituyéndolo por la inscripción, que adquiere carácter constitutivo, y en aquélla, admitiendo que puede existir tradición sin traspaso posesorio, a efectos del art. 609; con ello sigue la inscripción reducida a su papel meramente declarativo, puesto que, como he dicho, al practicarse a virtud de la presentación de instrumentos públicos, no se llevará al Registro más instrumento sin tradición que aquel en que se exprese la voluntad en que ésta no tenga lugar, y entonces será *per se* ininscribible.