

La tradición contemplada a través del Código civil

El tema enunciado hemos de desarrollarlo referido al contrato de compraventa, efecto de que en su regulación se muestra más explícito el Código civil en la materia propuesta.

Visto que aquel Cuerpo legal dispone en su artículo 609 que la propiedad se adquiere por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición; los autores tradicionalistas sientan la conclusión de que el que adquiere según el Registro e inscribe una finca que otro posee, no es dueño de ella, porque le falta el requisito de la tradición. Siendo indudable que de la escritura nunca resultará probado que el comprador ocupó la finca comprada, y para armonizar esta poderosa realidad con su doctrina alegan aquellos autores que el comprador tiene a su favor la presunción *juris tantum* de haber aprehendido la finca. ¿Es posible que una presunción de tanta trascendencia el legislador la haya omitido?

Admitida de momento tal presunción, veamos sus efectos con relación a la venta de finca no inscrita primero, y con relación a la inscrita después.

Tomando en consideración el primer supuesto resulta, según la doctrina combatida, que si el poseedor de la finca y el comprador discuten el dominio, toca al primero destruir la presunción: si lo logra y aunque su derecho no derive del dueño real, la sentencia inclinará la balanza a su favor. Embargada la finca en procedimiento contra el comprador, el poseedor, al interponer la tercera de do-

minio, también triunfa si destruye la presunción. ¿Qué puede ocurrir si el tercerista es persona distinta del poseedor? Esta interrogante no es inoportuna, puesto que si el comprador no adquirió el dominio por falta de tradición, no puede ser tenido por dueño entre partes, ni *erga omnes*. De manera que este nuevo tercerista está asistido del derecho de destruir la presunción, principio que no deja de ser extraño.

Inscrita la compraventa, si el comprador ejercita la acción de retracto de colindantes, al no ser dueño por ausencia de la tradición, la acción no puede prosperar, pero ¿cómo podrá el retraído destruir la presunción? El reconocimiento hipotecario del dominio a favor del retrayente desenvuelve, conforme al artículo 38 de la Ley Hipotecaria, mientras la inscripción esté vigente, toda su fuerza; contra la inscripción sólo cabe la acción rectificadora, acción que, por imperio del artículo 40 de aquélla, sólo asiste a quien ostente fuera del Registro el dominio de la finca inscrita a favor del comprador.

Algunos autores no tradicionistas, situados fuera del ámbito del Código civil, hacen suyas las palabras de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley al decir que la inscripción suple a la tradición en cuanto a tercero. ¿Y por qué no entre partes? Por la sencilla razón de que, con la proclamación de tal principio, los autores de dicha Ley se enfrentaron con la doctrina romanista de que no basta la sola intención del vendedor de transmitir y del comprador de adquirir el dominio, sino que es indispensable que la intención se manifieste exteriormente por medio de la ocupación efectiva de la finca en nombre propio. Es decir, que el efecto publicitario que los romanistas dieron a la ocupación, lo atribuye la Exposición de Motivos a la inscripción. Sólo así se puede tomar en firme tal manifestación de los autores de dicha Ley; si la tradición fuese, a su juicio, requisito *sine qua non* para adquirir, no admitirían ese efecto supletorio de la inscripción, ya que en el Registro no tiene acceso una adquisición evidentemente inexistente. Llegados a este punto, no suscribimos la postura de los no tradicionistas, que afirman que la propiedad inscrita se rige por la Ley, y supletoriamente por el Código, para llegar a la conclusión de que la tradición no priva más que en la venta de finca no inscrita.

Desde la publicación del Código, la misión de la Ley no es otra que la de amparar los derechos nacidos al amparo de aquél inscritos,

contra todo tercero civil y contra el hipotecario de inferior rango. Ahora bien, la de 1861, en méritos al logro del más perfeccionado funcionamiento del mecanismo por ella creado, se vió ante la imperiosa necesidad de modificar, con adiciones o contradicciones, el ordenamiento civil a la sazón vigente. Estas medidas, impuestas por las necesidades del momento, hubieran caído por tierra si el Código no se hubiese hecho eco de ellas; por vía de ejemplo cito la más radical: el principio de prioridad reiterado por el artículo 606:

Interpretando el alcance de la frase de la Exposición de Motivos, vamos a demostrar que para el Código la tradición no es la ocupación de la finca no inscrita, y consecuentemente tampoco la de la registrada.

El Diccionario de la Lengua española al definir la palabra forense *tradición* la equipara a entrega, añadiendo que se dice que por ella se adquiere el dominio de las cosas enajenadas. La primera de dichas palabras sólo se lee en el artículo 609, la segunda está contenida en el 1.095 y en los 1.461 al 1.469. Vista esa equivalencia, nos parece correcto ese generalizado distingo entre tradición real o material, de la que es consecuencia simultánea la ocupación, y tradición instrumental, en la que la ocupación es acto posterior y no requiere en esta fase de ocupación la intervención del *tradens*. Los tradicionistas, según se desprende de la conclusión al comienzo de este trabajo reproducida, y de su afirmación de que el vendedor no puede transmitir una posesión que no tiene, evidentemente entienden que la tradición consiste en la entrega de la posesión por parte de aquél, o tergiversan el alcance de la palabra entrega. Así enfocada la definición de la institución de que se trata, el antedicho distingo entre tradición material e instrumental es incorrecto, porque no siendo la posesión una cosa corporal no puede entregarse materialmente ni ser objeto de ocupación. Si la tradición consiste en la adquisición de la posesión, su ejercicio por el comprador no se requiere. Ya dijeron los romanistas que bastaba a tal efecto tradicional que el vendedor retuviese la posesión en nombre del comprador, de manera que en cuanto un tercero no ganase la posesión, la tradición desarrollaba normalmente su efecto publicitario. Ello así, derivamos la consecuencia de que para los tradicionistas no puede haber otra forma de tradición que la instrumental. Pero si en nuestro Derecho la tradición consiste en entregar la cosa, debe de des-

echarse toda hipótesis de adquisición de la posesión y admitirse, en cambio, la de ocupación; cierto que el artículo 1.473 tiene en cuenta a la persona que primero haya tomado posesión y a la que sea primero en la posesión, expresiones que no tienen el alcance de adquisición de la posesión; por lo que hace a inmuebles, hemos de demostrar que esa expresión legal sólo envuelve el concepto de ocupación, acto éste que no encuentra impedimento en que otro tenga la posesión de año y día y que hemos de presentar como excepción al punto de vista ahora apreciado.

Dispone el artículo 462 del Código que la posesión a los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero no se entiende perdida, sino con arreglo a la Ley Hipotecaria. Este artículo presupone los hechos siguientes: la inscripción del dominio a favor de A.; una prescripción iniciada contra A. en virtud de posesión en concepto de dueño inscrita y voluntaria o forzosamente reconocida por A. a favor de B.; y la venta otorgada y registrada, en curso la prescripción, por A. a favor de C. Si el poseedor puede ganar por prescripción el dominio al comprador, será porque éste, aunque aquél poseía desde antes de la venta y posteriormente, adquirió el dominio.

En cuanto a la venta de finca no inscrita, no teniendo para el Código, según queda dicho, la palabra tradición otro alcance que el de entrega, y suponiendo ésta el concurso simultáneo del vendedor que la realiza y del comprador que recibe la cosa, si humanamente el primero no la puede tomar en sus manos para ponerla en las del segundo, no puede hablarse con perfecta lógica de entrega material. Para tales casos el legislador arbitró la fórmula de la tradición instrumental y de la simbólica. Y así se observa que el artículo 1.461 dispone que el vendedor está obligado a la entrega de la cosa vendida; entrega que según el párrafo primero del 1.462 consiste en poner la cosa en poder y posesión del comprador, o bien según el párrafo segundo a través del otorgamiento de la escritura de venta, si de ella no se deduce lo contrario; tradición o entrega esta última que el 1.464 declara *regirá* respecto de bienes incorpóreos; sin perjuicio de que cuando el artículo 1.462—sigue el 1.464—no tenga aplicación se empleen las formulas tradicionales que indica.

De tales artículos ya vemos que cuando la cosa no es manuable no hay otra forma que la tradición instrumental y que de ella no puede prescindirse cuando la venta ha de hacerse en escritura pú-

blica; de manera que la de inmuebles rústicos o urbanos no puede sustraerse al ámbito de acción del citado párrafo segundo. Esta conclusión la reafirma una visión conjunta de los artículos 1.278 al 80, en los que se dispone que los contratos son obligatorios cualquiera que sea su forma; que cuando está prevista en la Ley la solemnidad de escritura pública para hacer efectivas las obligaciones propias de ellos, los contratantes podrán compelerse al otorgamiento de aquélla; y que esa formalidad se requiere en la compraventa de inmuebles. Siendo la entrega de la finca la obligación cuyo cumplimiento incumbe al vendedor, de ello deriva el efecto tradicional que el artículo 1.462 concede a la escritura. El siguiente configura una tradición escrituraria explícita para la venta de muebles si no pueden trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta, o si éste ya los tenía en su poder; fuera de tal hipótesis, la tradición escrituraria implícita del artículo 1.462 en cuanto a inmuebles no es aplicable a los muebles. Ni puede ser de otro modo, ya que el artículo 1.280 no exige el otorgamiento de escritura pública para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de venta de bienes muebles. Por ello la atención que el párrafo tercero del artículo 1.473 presta a la fecha de la escritura de venta de inmuebles se silencia en el párrafo primero, lo que nos da a entender que por falta de tradición ninguno de los dos compradores ha adquirido.

De las precedentes consideraciones se desprende que si de la escritura de venta de la finca se deduce que el vendedor no hizo su tradición, el comprador, aunque ocupe la finca o llegue con el tiempo a ganar su posesión, no adquiere el dominio.

La interpretación que voy a articular del contenido del artículo 1.473 confirmará la doctrina hasta aquí defendida.

No muy exiguo número de autores entiende que el artículo 17 de la Ley tiene como único objeto resolver el problema de la doble venta, considerándolo, en consecuencia, innecesario después de la publicación del Código.

En la doble venta se plantea la aplicación de dos principios hipotecarios: el de tracto sucesivo y consentimiento formal, artículo 20 de la Ley, reservada al Registrador, y el de prioridad, artículo 32, reservado a los Tribunales; en forma tal, que éstos, si no aplican el principio de prioridad en contra del comprador que no

llega antes que su adversario al Registro, decretan la cancelación de la inscripción extendida a favor del comprador que inscribió su derecho. Por tanto una vez que se efectúa la inscripción a favor de uno de los compradores, el Registrador debe denegar la del título presentado posteriormente, sea su fecha anterior, igual o posterior a la del ya inscrito, sin perjuicio de lo que la sentencia acuerde al resolver la cuestión de prioridad.

El artículo 17 va de acuerdo con el 20 en cuanto el Registrador no aprecie en el título que se le presenta a inscripción el obstáculo tradicional, es decir, que la transmisión en este título tiene que estar articulada por la persona a cuyo nombre está inscrita la finca; pero en cuanto entre el título inscrito y el presentado con tal pretensión, haya incompatibilidad, procede denegar la inscripción. La medula del juego de esos dos preceptos está en hallar la incompatibilidad, obstáculo que voy a presentar en dos casos. Otorgada escritura de compraventa, el vendedor, con el fin de que el comprador logre allegar al Registro su adquisición, promueve expediente de reanudación de tracto sucesivo o de información de dominio para matricular la finca; en tal caso aquella manifestación de que se va buscando la inscripción de la venta ha de ser llevada a la inscripción; si no dijo el actor qué propósito abrigaba al instar el expediente, surge la incompatibilidad entre el título inscrito y la escritura de venta. Otro caso. El vendedor alega en la escritura que la finca inscrita a nombre de A., la adquirió por compra que hizo a B., si posteriormente compra a A. y registra su adquisición, los dos títulos, el ya inscrito y la antedicha venta, son incompatibles.

¿Es constitutiva la inscripción en el supuesto de doble venta? En el planteamiento de esta duda está el desacuerdo de los autores no tradicionalistas. Uno de ellos, Hermida, dice (Re. Dch. Inm. de 1953, página 30, segunda nota) que siempre que el derecho real surge *ex nihilo* por la sola fuerza creadora de la inscripción, ésta no se puede anular aunque el título constitutivo o traslativo se anule por no ser dueño el transmitente. Caso típico, a juicio del autor, es el de la doble venta cuando la segunda es la que se inscribe.

Esta teoría de que la inscripción es constitutiva en el supuesto de la doble venta, la fundan sus propugnadores en el párrafo segundo del artículo 1.473, párrafo que no tenemos el menor reparo en eliminar, sin que con ello se altere el contenido de dicho artícu-

lo, por cuanto es lógica consecuencia, y lo hemos de demostrar, de lo declarado en el 606. Ahora bien, si el título inscrito es nulo, la inscripción no ampara al adquirente; combinando los artículos 33, 34 y 37 de la Ley, resulta que el primero es aplicable a quien adquiere en el título al que directamente afecta la causa de nulidad, y los otros dos al tercero, confirmando o contradiciendo, según los casos, la doctrina del 33, condensada en la declaración de que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. Si el título fuese nulo, el párrafo segundo del artículo 1.473 contendría una herejía de mucho bulto. Veamos cómo se llega a la conclusión de que el título inscrito contiene una adquisición legítima.

Comparando la expresión «la propiedad se transferirá» contenida en el párrafo primero del artículo 1.473, con la que en el segundo dice «la propiedad pertenecerá al adquirente», y en el tercero «pertenecerá la propiedad», no puede ponerse en duda que en el primero no hay más que un adquirente, y en los que le siguen tantos adquirentes como compradores, estableciéndose entre ellos un orden de preferencia cuyo primer grado corresponde a la ocupación, y el segundo a la antigüedad de la escritura, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 606; orden de preferencia que se establece entre varios títulos constitutivos del derecho de propiedad, carácter que les deviene de la tradición instrumental, en tales términos, que el que adolezca de ella está fuera de la órbita de acción del artículo 1.473, con el bien entendido de que si después de vendida la finca a tres compradores se plantea la cuestión de preferencia entre dos de ellos, el vencedor o vencido es posible que quede vencido o vencedor en la entablada con el tercero de dichos compradores. Ello así porque el Código reconoce en los varios compradores una legítima adquisición de dominio y resuelve una contención de mejor derecho.

No en vano el Tribunal Supremo tiene declarado que cuando el *mejor derecho* a una finca se discute entre quien tiene inscrito en el Registro su título, aun cuando el título inscrito sea de posesión, y entre quien no ha conseguido tal inscripción, debe de resolverse el derecho en favor del primero, si el segundo no presenta título de dominio que tenga carácter *preferente* (Sentencia de 3 de junio de 1899); y que la *preferencia* establecida en el párrafo segundo del artículo 1.473 a favor del título *traslativo* primeramente inscrito ha de en-

tenderse sobre la base de la buena fe (Sentencia de 13 de mayo de 1908).

La citada jurisprudencia está en consonancia con el artículo 609, en el que no priva la preexistencia de la cosa en el dominio del transferente para la adquisición de la propiedad por contrato. Declarado en ese artículo y en el 1.930 que el dominio se adquiere por prescripción, y definiendo el 1.950 la buena fe del poseedor en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, de los dos primeros artículos y la consideración de que el recibir o el adquirir la cosa usucapida son el consecuente efecto de la acción de entregar o de transmitir, respectivamente, se llega a la conclusión de que el justo título no determina adquisición a favor del usucapiente precisamente porque la cosa no existía en el dominio del transferente. Interpretando el contenido de tales declaraciones conforme a su espíritu, resulta incontrastable que la prescripción extraordinaria produce la adquisición del dominio, y que la ordinaria, en cambio, sólo hace más fuerte el justo título frente al del dueño real. El artículo 1.950 maneja la recelosa palabra «recibió» en lugar de la que dice «adquirió», para situarse a tono con la declaración contenida en el 1.930 y porque de valerse de esta última le parecía al legislador dejar fuera de combate, antes de la consumación de la prescripción, al dueño real.

El primer grado de preferencia que el artículo 1.473 otorga a la ocupación de la finca no es aplicación del 609, sino efecto de la situación a que en el primero se provee. Al requerirse en el ocupante buena fe, y consistiendo ésta en que aquél desconoce que la finca se vendió al otro comprador, el presupuesto de hecho fundamental, pero no excluyente de otro, es el de que la ocupación es posterior a la segunda venta; hasta ese momento dicho artículo considera a la finca en situación de cosa abandonada, cuyo derecho de ocupación sólo asiste a los compradores; si la ocupación se efectúa antes del otorgamiento de la segunda escritura de compraventa, la situación de abandono ya no puede producirse. De ello se deriva el que la preferencia de primer grado se otorgue al título del comprador ocupante. Pero en cuanto a éste o al comprador de título más antiguo en fecha de otorgamiento se anticipe en la inscripción su adversario, dado que sólo la escritura con tradición implícita determina la adquisición del dominio, que la ocupación y la fecha del título no pró-

ducen otro efecto que el de atribuir preferencia, y que el artículo 606 no permite al comprador no inscrito invocar su título de adquisición frente al que anticipadamente registró la suya, la preferencia no puede reconocerse a favor del documento carente de inscripción.

Véase si nos asistía razón al sostener que el párrafo segundo del artículo 1.473 es eliminable de su contenido, sin que en él se produzca la menor alteración y, en consecuencia, que el Código toma sólo en cuenta la venta de finca no inscrita. Pues bien, al disponer tal precepto que *faltando* la ocupación la preferencia se reconocerá al comprador que presente título de fecha más antigua, es evidente que la ocupación no se requiere para que se cause la adquisición; es decir, que la tradición no consiste en la ocupación de la finca, ni coadyuva esta ocupación con la tradición escrituraria para determinar la adquisición.

A cuanto queda expuesto formula una excepción, cuando menos, la Sentencia de 12 de abril de 1890 al haber declarado que la tradición simbólica y demás ficciones de esta índole deben de responder a la realidad del derecho que se atribuye el que la efectúa; y no estando el vendedor en posesión de la cosa vendida, no puede decirse que ha cumplido la obligación de entregarla al dar al comprador la escritura de venta.

Queda defendida la teoría de que la preexistencia de la cosa en el patrimonio del vendedor no se requiere para que la venta se reputé legítima, no obstante no responder a la realidad el dominio alegado por el vendedor. Aquella Sentencia nos plantea otra preexistencia: la de la posesión en la persona del vendedor. En consecuencia, el industrial que explota un almacén guardamuebles, si vende y entrega al comprador uno de los objetos que custodia, la tradición, la entrega de aquél no se efectúa, dado que el vendedor no tiene el concepto legal de poseedor. Pero éste, el único derecho que se atribuye es el de dueño, al hacer la entrega no alega que tiene la posesión, ni se le exige tal manifestación; la tradición es legítima cualquiera que sea la forma elegida de entre las reconocidas por la Ley para efectuarla. La entrega no tiene el menor punto de contacto con la posesión en el aspecto legal de esta palabra; entregar el objeto vendido no es entregar ni transmitir su posesión; si en este dilema nos inclinamos por el segundo de sus términos y a él, en consecuencia, se refiere el artículo 1.473, si el vendedor tiene la po-

sesión, ¿cómo se transmite al comprador? Al no contener el Código señalado vehículo especial, parece ser que la transmisión del dominio lleva implícita la de la posesión. En consecuencia, la propiedad no puede adquirirla otro comprador que el adquirente por escritura de fecha más antigua; siguiendo esta trayectoria, la controversia sobre el mejor derecho ya no es susceptible de planteamiento, ni cabe más que un solo adquirente: el primer comprador. En cambio si a la palabra posesión del artículo 1.473 se le concede el alcance de ocupación, ya es posible el efecto que le queda por nosotros señalado. La citada Sentencia se dictó a espaldas del artículo 462, según los supuestos de hecho que resuelve, más atrás expuestos.

Para los expositores de Derecho romano el *constitutum possessorium*, una de las formas de la tradición, consistía en la declaración del transmitente de que retenía la posesión en nombre del adquirente; la diferencia entre retener la cosa y retener su posesión, pone de relieve que la transmisión de ésta era la tradición. Nuestro Código civil no sólo no autoriza la retención de la cosa, sino que obliga al vendedor, salvo pacto en contrario, a su entrega, hasta el extremo de que si el pago del precio se aplaza no se puede recabar su entrega sin que le preceda la del objeto de la venta. Dicho Cuerpo legal, al estructurar la tradición, se aleja de toda idea de posesión; con ella se aplica el principio del *do ut des*, el vendedor se desapodera de la finca. En el artículo 1.473 parece destacarse una reminiscencia romana en la institución de que se trata, pero ya queda determinado que la posesión a que se refiere es la ocupación; a mayor abundamiento llamamos la atención del lector en la expresión «haya tomado posesión» del primero de sus párrafos, para manifestar que no es lo mismo tomar que adquirir, o recibir la posesión; para *tomarla* no queda otro camino que el de ocupar la cosa.

ALFREDO REZA

Registrador de la Propiedad