

La Tradición y el Modo

Conferencia pronunciada el 19 de febrero en el Centro de Estudios Hipotecarios por el Registrador de la Propiedad don Rafael Ramos Folqués.

En su disertación puso Ramos de manifiesto una amplia y cuidada cultura en las disciplinas de Historia, Filosofía y Derecho, y, lo que aun es menos corriente: excepcionales dotes de conferenciante.

Yo no puedo olvidar el encendido entusiasmo con que se le aplaudió, ni puedo silenciar que el auditorio estuvo como extasiado y pendiente de los labios del conferenciante los ochenta minutos que duró la conferencia. Y es que, si desde el punto de vista jurídico registral estuvo llena de contenido, desde el punto de vista literario se la puede calificar de impecable, plagada de elegantes figuras y rebosante de ágil amenidad.

Allí quedaron, como muestras definitivas del ingenio del conferenciante, aquellas magníficas disquisiciones sobre la originalidad objetiva y subjetiva, y, sobre todo, aquel luminoso símil en relación con la figura del tercero, encarnado en la gigantesca estatua de la Libertad, emplazada a la entrada del puerto de Nueva York.

Yo tal vez no debería de hablar de estos aspectos de la conferencia, por no poner de manifiesto la diferente altura en que se produce este modesto cronista con relación a las elevadas cimas literarias por las que el conferenciante se movió sin esfuerzo alguno.

Sin embargo, no resistimos la tentación de traer a estas cuartillas esa visión tan gráfica, original y grandiosa que el disertante expuso del más interesante de los personajes hipotecarios... Ya habréis comprendido que me refiero al *tercero*.

Sobre esta verdadera espina dorsal del Derecho Hipotecario, nos decía Ramos: «*Yo he llegado a concebir la figura del tercero hipotecario como una estatua gigante de la Libertad, eternamente joven, que preside el puerto de entrada al recinto hipotecario.*» Digo estatua, porque toda estatua, al ser de piedra, es insensible, y el tercero hipotecario es insensible a las tragedias de la vida extrarregistral o netamente civil; gigante, porque aunque es figura que si se la mira no se la ve, cuando se la concibe, se la admira y enaltece; de la libertad, porque sólo está constreñida por los límites de su propio asiento, que es su base; eternamente joven, porque siempre tiene actualidad, como la tienen las esculturas de Fidias, o la música de Beethoven, o los versos de Rubén Darío, o la prosa de Cervantes. Y digo que esa estatua gigante de la Libertad, eternamente joven, preside el puerto de entrada al recinto hipotecario, porque en el campo hipotecario existen dos estadios bien definidos: uno de iniciación, de dirección, de legalidad hipotecaria, a cargo de los Notarios, y otro de consagración del auténtico y eficaz propietario, en los libros del Registro, a cargo de los Registradores; y ese campo de la legalidad viene a ser un verdadero puerto, un refugio, un remanso contra las mareas de la incertidumbre y de los riesgos, del mismo modo que el recinto hipotecario viene a ser el lugar destinado a fijar y ceñir el *cintus* de los romanos, esto es, la faja o fajín de propietario.»

Y nada más sobre estos aspectos tan personales y brillantes de la conferencia. Por ello, dejando un poco atrás esos primores literarios, nos vamos adentrar en el examen de su tesis jurídica.

Diremos, en primer término, que sobre el problema se sostienen, por la doctrina, las posturas más variadas. Así, el insigne Roca Sastre, seguido por el no menos insigne Núñez Lagos, sostienen que, para que la transferencia de los derechos reales se produzca, se necesita, además del título, el complemento del modo (tradición). Y como para que sea posible la inscripción se necesita un acto de transferencia, y para que haya transferencia ha de haber tradición, resulta inconscuso que nunca la inscripción puede sustituir a la tradición.

Por ello —añaden— no es posible inscribir ninguna compraventa o acto análogo sin que de la titulación presentada a registro aparezca cumplido el requisito de la tradición.

Sanz contradice esta tendencia diciendo que nuestra inscripción

hace relación sólo al título. Las leyes hipotecarias se inhiben completamente en el problema de la tradición, que abandonan a la esfera del Derecho civil. Nuestro Registro es un Registro de títulos, y siendo la tradición ajena al título, no puede ser tomada en cuenta por la inscripción. Según esta tesis de Sanz, el que inscribe su título, aunque no se haya cumplido el requisito de la tradición, puede ejercitarse la acción reivindicatoria para recabar precisamente esa posesión que la falta de tradición hizo que no se transfiriese por el título.

Una nueva tendencia es la manifestada por Roán en unos trabajos publicados en la *Revista de Derecho Privado* sobre el texto refundido de la Ley Hipotecaria. Sostiene que la inscripción sustituye a la tradición, en cuanto a la transmisión de la propiedad. Para llegar a esta conclusión distingue en la tradición dos caras: una, fáctica o de hecho, referente a la entrega de la posesión; y otra, jurídica, que hace relación a la transmisión de la propiedad. Pues bien; esta faceta de la transmisión de la propiedad, implícita en la tradición, es la que recoge y hace posible la inscripción.

En frente de estas tesis, todas ellas de grave peligro para la subsistencia del Registro, nuestro compañero La Rica, siguiendo la trayectoria trazada en la Exposición de Motivos de la nueva Ley Hipotecaria, distingue dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita. Para la transmisión de la primera sólo se necesita el título y la inscripción; para la transmisión de la segunda es necesario el título y la tradición.

Ante tal variedad de opiniones se nos ocurre preguntar: ¿Dónde se encuentra la verdad?

Si se acepta la opinión de Roca Sastre y Núñez Lagos, y la inscripción que no cobija un derecho de un tercero protegido, es sólo elemento de publicidad *erga omnes* de los derechos reales perfectamente adquiridos fuera del Registro por el título y la tradición, auguramos un azaroso porvenir a la propiedad, y el alborear de una tendencia regresiva para la institución registral. Como dice muy bien La Rica, «si el derecho real sobre fincas inscritas sólo es eficaz por la exteriorización posesoria, huelga el Registro, y si esa eficacia *erga omnes* la proporciona el asiento registral, sobra la tradición».

Por eso sin duda Roca, gran defensor de la institución registral, aunque en cuanto a este problema concreto de la necesidad

de la tradición en la transmisión de fincas inscritas sienta un poco el deslumbramiento del espejismo civilista, ha querido salvar, al tercero protegido, de la esclavitud de la tradición con un argumento ingenioso: «¿Puede tomarse en consideración —se pregunta— idéntico supuesto cuando el afectado por la tradición sea un tercero protegido por la fe pública registral?... A nuestro entender, no —se responde—. Y esto simplemente porque en fuerza de este principio de fe pública, el contenido del Registro se presume irrefutablemente exacto en beneficio de dicho tercero protegido, y conectando con dicha presunción de exactitud se halla la consecuencia de que el titular registral se presume que tiene la posesión a tenor de lo dispuesto en el artículo 38. Es decir, que el tradens está legitimado para el tráfico jurídico y se le presume poseedor. Y como en virtud del artículo 34 de la Ley la presunción de existencia y de titularidad del derecho deviene incombustible, resulta que por el juego de la presunción posesoria, a los efectos del tercero protegido ninguna importancia tiene el que el tradens carezca de la posesión material de la cosa.»

Nos parece muy acertada la tesis y muy ingenioso el argumento, pero se nos ocurre una pregunta: ¿Es que cuando no juegan los intereses del tercero no actúa la presunción posesoria del artículo 38?... Pues si de ello no puede dudarse, ¿por qué esta diferencia entre las adquisiciones del tercero y de los que no lo son?...

En lo que sentimos no poder estar con Roca es en las disquisiciones, un tanto malabaristas, a que se entrega para rechazar la trascendencia, que en relación al problema, tienen las palabras de la Exposición de Motivos tan conocidas: «Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se los traspasa respecto de todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño respecto al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.»

Y bien, interpretando estas palabras con sencillez, sin retorcimiento alguno, necesariamente se ha de llegar a la conclusión de que con relación a la propiedad inscrita, basta y sobra el título y la inscripción para que la transmisión sea perfecta y produzca efectos para todos.

Pues si de la Ley Hipotecaria pasamos al Código civil, allí nos

encontramos con el artículo 1.473, que nos dice: «Si una misma cosa inmueble se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito.» También ahora invitamos a los juristas que interpreten esas palabras lisamente, sin rebuscamientos, y también por este camino del Código civil, llegarán a la conclusión de que para la transmisión de la propiedad inscrita sólo se necesita el título y la inscripción.

Expuesta ya la situación del problema al pronunciarse la conferencia que comentamos, vamos ya a reseñar brevemente el pensamiento del disertante.

La conferencia, que lleva por título «La tradición y el modo», por subtítulo debiera llevar el de «Los modos imperfecto y perfecto en la adquisición de la propiedad»; justifica la elección del lema por entender que así como la piedra no se horada porque sobre ella caigan dos o más gotas, sino porque caen muchas, del mismo modo el hombre aprende o sabe no porque estudie una materia dos o más veces, sino porque la estudie constantemente; por eso afirma que su tesis es una gota de agua más que cae sobre la misma materia.

Parte del hecho de la doble institución del Notariado y de los Registros de la Propiedad para plantear el problema del fundamento racional de la institución de los Registros, y formula para tal efecto la siguiente interrogante: ¿Por ser el Registro de la Propiedad una institución posterior a la Notarial, dentro de la historia jurídica española, su aparición se debió a la necesidad de proteger y asegurar los derechos reales ya nacidos, o a la necesidad de mantener vivo el concepto clásico de propiedad? La contestación la busca tanto en los antecedentes históricojurídicolegislativos y en la doctrina de la mayoría de los tratadistas por un lado, y por otro en la dialéctica. Halla dos soluciones diametralmente opuestas; pues si con arreglo a la investigación histórica la función registral inmobiliaria es de cautela y seguridad de los derechos creados extraregistralmente, con sujeción a la especulación filosófica la Ley Hipotecaria se manifiesta como una ley netamente civil y de contenido material o sustantivo, salvo en la parte orgánica de las oficinas y su funcionamiento.

Según la historia y los tratadistas —dice—, la legislación registral es un elemento extraño al nacimiento de los derechos reales, con la finalidad de su protección y salvaguardia; una especie de

vacuna contra los fraudes y estelionatos, y el medio de fomentar el crédito territorial. Así, las peticiones de Cortes del siglo XVI, los trabajos encaminados a la transformación de las antiguas Contadurías y Oficios de Hipotecas en Registros de la Propiedad, la elaboración legislativa del moderno sistema de Registros, las sucesivas reformas hipotecarias, la culminación del período codificador, las jurisprudencias del Supremo y de la Dirección General de los Registros, y la generalidad de los escritores, todos a consumo, como movidos por un mismo sentimiento, desarrollaron sus doctrinas sobre la base de una propiedad nacida según las normas del Derecho romano, y protegida a tenor de unas normas adjetivas de inspiración germánica.

Pero según la especulación filosófica, alcanza una solución absolutamente opuesta a la histórica, con un valor sustantivo y civil para la Ley Hipotecaria. Hace la distinción entre el derecho *ex novo* y las transformaciones del derecho, para afirmar que la legislación registral no es derecho nuevo, como ocurre con el laboral, sino una transformación o un resultado biológico del derecho de propiedad. Dice, que en ocasiones, las exigencias nuevas de la vida, lo que reclaman no es un derecho nuevo, sino la modificación de las antiguas normas, a fin de mantener vivos los conceptos tradicionales e históricos del Derecho. Trae, a este efecto, el símil de la flauta y del arco iris, de la bonanza que sigue a toda tormenta, diciendo que en la flauta el aire que entra es uno que luego sale con diversas tonalidades, del mismo modo que la luz del arco iris es una que se transforma en múltiple. Hace un recuento demográfico del mundo por continentes, y de nuestra Patria por épocas, haciendo resaltar su población antes de la Reconquista, en los tiempos de los Reyes don Carlos y doña Juana, en la de los jurisconsultos, que con buena o humorística intención, han sido llamados venerables del siglo XIX, y que se llamaron García Goyena, Luzuriaga, Cárdenas y Gómez de la Serna; y la de los tiempos actuales, para sacar la enseñanza de que en todas estas épocas el concepto de propiedad fué siempre uno y el mismo, pero que en cambio variaron las circunstancias de población, y con ellas el aumento de tráfico inmobiliario y el aumento de la mala fe contractual; hizo ver cómo existe una inmutabilidad del concepto y una variación de ambiente, por cuya razón, entiende, que la aparición de los sistemas registrales no es un derecho nuevo,

sino el resultado de las transformaciones operadas a fuerza de las variaciones de tiempo y de ambiente.

En otra argumentación nos dice que el concepto de propiedad tiene un ciclo de formación ; si éste termina con la tradición, con ella surgirá la eficacia del derecho real ; pero si por encima de ella existe otro modo que conviviendo con ella la absorba en los casos de concurrencia de ambos, entonces la eficacia del derecho no puede surgir con la tradición, sino con el otro modo, que en materia inmobiliaria viene a serlo la inscripción.

En el concepto legal de la propiedad, ve el conferenciante dos ideas : una, espiritual, que la compara a un manojo o haz de facultades de finalidad económica, que se proyecta sobre algo valioso ; y otra, más o menos materializada físicamente, pero que siempre denota algo económico, que recibe la proyección de las facultades. Afirma que el aspecto económico o crematístico de la propiedad, aunque radica en la cosa, y que ella provocará siempre la concurrencia, sin embargo no es inherente a la cosa sino al derecho, y que por tanto, si lo económico pertenece al derecho, aquella norma que mantenga el goce y disposición de la cosa, que es lo económico, esa norma será la mantenedora del concepto clásico de propiedad, aunque esa norma se llame Ley Hipotecaria.

Hace una disertación sobre las teorías de Hobbes y Javier Conde, y sobre juicios literarios e históricos de la Arcadia de Saint Pierre, de las costumbres germánicas según Tácito, de la de los iberos según Oliveira Martins, de las enseñanzas de las luchas políticas de Maquiavelo y de las luchas religiosas según Bodino, para sacar la consecuencia de que los hombres tienen una natural inclinación al mal, lo que les hace ser recelosos y desconfiados entre sí. La evolución histórica de la protección jurídica de los derechos subjetivos, y el concepto y trascendencia, más allá de las partes, de los derechos reales, lleva al conferenciante a la conclusión de la necesidad de la intervención del Estado en la eficacia del derecho real, no sólo a los fines de su regulación jurídica, sino a los de determinar el momento a partir del cual surte efectos *erga omnes* la propiedad.

Sobre la base de que prevenir es una profilaxis, y de que curar es sanar o dejar las cosas en estado de normalidad y perfección, hace ver que la legislación hipotecaria, lejos de prevenir los males

del estelionato y de la doble venta, lo que hizo fué reponer en estado de verdadera salud o sanidad el decantado derecho de propiedad por causa de la impotencia de las normas netamente civiles. Despues de promulgada la primitiva Pragmática de los Registros de gravámenes —dice—, ya no podía darse el estelionato, porque quien actuase al margen de aquella disposición habría de correr los riesgos de su aventura sin el consuelo de acudir al socorrido sentimentalismo de la buena fe, porque ésta no podía ya consistir en la ignorancia de los vicios o defectos de las titulaciones o en la creencia de la rectitud de los contratantes, sino, como ha sentado el Código civil suizo, en la previsibilidad que las circunstancias permiten exigir. Y en cuanto a la doble venta, hace resaltar la exactitud lexicográfica de la expresión legal, ya que no se trata de dobles transmisiones de la cosa, sino de dobles negocios jurídicos respecto de una misma cosa.

La parte de la disertación encaminada a demostrar la sustantividad civil de la Ley Hipotecaria, la termina manifestando que la investigación histórica y la especulación filosófica han dado lugar a dos clases de propiedad, que encuadra bajo los adjetivos de propiedad natural y propiedad legítima, siendo ésta la que cuente con todos los pronunciamientos favorables de la legislación, y la natural aquella que, en concurrencia con la otra, quede reducida a una especie de cenicienta o a un cero a la izquierda.

Para Ramos Folques la tradición tiene, o tuvo mejor dicho, la doble cualidad de requisito de las transmisiones y como notificación o publicidad. Por su deriva espiritualista, que culminó con la *traditio perchartam* oriental, el legislador romano reaccionó en favor de la misma, dándose en el siglo III de nuestra Era la disposición de Diocleciano, declarativa de que la propiedad se transmitía por la tradición y la usucapión, y no por los simples pactos; pero con esta disposición imperial la tradición recuperaba su valor de requisito del traspaso, mas perdía para siempre su aspecto publicitario, ya que las formas de la tradición imperantes no fueron las corpóreas, sino las fictas y simbólicas.

En el aspecto de requisito del traspaso, la *traditio* es para el disertante una *solutio* a cargo del obligado. Divide la *traditio* en dos grandes grupos: normal y auorinal. El primero lo subdivide en otros tres grupos: real, simbólica y ficta; este último lo subdivide

también en dos grupos: uno de ellos aquel en que la tradición realmente no se puede dar, como ocurre con el *constitutum* y la *brevi manu*, pero que su existencia se mantiene como una reacción jurídica contra la transmisión consensual y contra la doctrina mantenedora de que la posesión se opera por el *animus* sin necesidad del *corpus*. La tradición auormal, reputa que es la llamada *ad in certam personam*, que también la clasifica en dos grupos: uno realmente de *in certae personae*, como el *iactus missilium*, y la *derelictio*, según la interpretación del Digesto; y otro en que virtualmente no existe la persona incierta, como ocurre con el abandono de las fincas hipotecadas, ya que en fin de cuentas el acreedor ha de pechar con la cosa.

Este aspecto publicitario de la tradición, que quedó perdido en el siglo tercero de nuestra Era, fué recogido por el espíritu germánico a virtud de la *gewere* y de la *auflassung*. La España de la Reconquista, que recogió las herencias de las culturas romana y germánica, que señorearon en tiempos anteriores, amalgamó lo bueno de una y otra e hizo una distinción entre el traspaso *inter partes* y el traspaso *erga omnes*, estableciendo para el primero el negocio seguido de la *traditio*, y para el segundo la publicidad por medio de la *roboratio* ante las curias civil o eclesiástica. Con esta experiencia, los Procuradores en Cortes del siglo XVI pudieron pedir con verdadero espíritu práctico que los censos y tributos no se tuvieran por eficaces respecto de terceros, hasta que de ellos no se tomase nota o razón en las oficinas que andando los siglos se llamarían Registros de la Propiedad.

Así surge, para Ramos Folques, la idea embrionaria del auténtico modo *erga omnes*. Para él, el modo de adquirir es aquel requisito al que la ley confiere virtud bastante para que se tenga por traspasada la propiedad respecto de todos, no sólo para las partes, ya consista tal requisito en un hecho jurídico, en un acto, en un negocio, una solemnidad o una formalidad.

Considera la inscripción registral como el único modo de eficacia jurídica más allá de las partes, y cree ver tal afirmación comprendida en los artículos 609 y 1.473 del Código civil nuestro. La palabra *Ley* del artículo 609, la interpreta en el sentido de *ley especial* relativa a las traslación de las cosas inmobiliarias, como excepción o aclaración de la *ley general* sobre la materia, o cómo un ca-

pítulo de ella, infiriendo tal sentido axiológico de las Bases 10, 12, 25 y 26 de la ley de 11 de mayo de 1888, y de un artículo del proyecto de Código de 1882, muy parecido en su redacción y contenido con el 609 actual, pero con la diferencia de no incluir ni la tradición ni la ley. Encuentra la justificación de su tesis en el artículo 606 y en las constantes remisiones que, unas veces con carácter general, y otras en particular, hace el mismo Código a la Ley Hipotecaria. Pero el fundamento racial lo ve en el verdadero precedente del artículo 1.473, que no es otro, según el conferenciante, que aquel archisabido párrafo de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria en que se hacen las combinaciones de las diferentes maneras de transferirse la propiedad dentro de la práctica usual jurídica. Ese párrafo a que aludimos lo divide Ramos Folques en tres partes: la primera es aquella en que se afirma que el Derecho civil tradicional tenía aceptada la teoría romana del título y el modo; la segunda parte, es aquella en que se afirma que esa teoría no tiene utilidad, por insuficiente, en relación con los terceros, y la tercera es aquella en que se dice que la inscripción hace que el dominio se repute transmitido respecto de todos, y que para las partes queda subsistente el Derecho civil, con lo que virtualmente queda establecida la distinción entre modos de efectos *inter partes* y modos de efectos respecto de terceros. Pero todavía va más allá el conferenciante, pues en el último inciso de esta tercera parte ha encontrado la convicción de la exactitud de su teoría. Ese último inciso dice que una venta «si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, esto es, aunque medie la tradición, será dueño con relación al vendedor, pero no con respecto a otros que hayan cumplido el requisito de la inscripción». Este párrafo —dice— adolece de una imprecisión técnica, porque admite la coexistencia de dos propietarios, supuesto absurdo, dada la impenetrabilidad del concepto de propiedad, en el sentido de dos propietarios totales de la misma cosa; pero precisamente ese defecto es el que confirma que no se alude a dobles propietarios, sino a un doble modo de adquirir, en relación a sus efectos: uno, reducido a las partes, y el otro, extendido a la sociedad entera.

Hace alusión a la cultura jurídica en el orden de transmisiones inmobiliarias del Egipto de la época de los comienzos de la Era Cristiana, para hacer resaltar que gracias a los papiros reciente-

mente descubiertos en el Gebelén, y a la interpretación que de ellos hace Hans Julius Wolff en la Revista *Aegyptus*, correspondiente a la publicación aparecida en abril de 1949, existe un documento llamado *apedoto epriato*, que el conferenciente traduce como certificado de adquisición o de propietario, documento que era expedido por los bibliofilakes o registradores y que tenía como finalidad acreditar, no que se había adquirido una propiedad, sino que se era propietario actual.

Advierte que así como en el campo de la investigación histórica la inteligencia humana tiene un límite natural, en cambio en el campo de la especulación no se tiene límite alguno, y que precisamente esto justifica no sólo la tesis de su conferencia, sino también la contraria, mantenida por un gran sector de hombres cultos y laboriosos, que mantiene que la tradición es un modo de adquirir de efectos *erga omnes*. Y termina diciéndonos que cuando lee esa corriente doctrinal, tan agudizada en nuestros días, acude a su mente la leyenda suiza de los hermanos Tell, de aquellos hermanos que, amantes de la paz y de la justicia, se recluyeron en una caverna para no presenciar las angustias humanas; «todos los años, uno de los hermanos (copio de las cuartillas de la conferencia), emergiendo de la oscura caverna a la superficie, y avisando su diestra para proteger la vista de la viva luz del sol sobre la nieve, avizora en lontananza, y cuando sus hermanos le preguntan si existe ya la paz sobre la Tierra, contesta: ¡Todavía no!» Al igual que el suizo de la leyenda, cualquier jurista puede otear en los horizontes de la vida humana, y cuando se le pregunte si la humanidad ha dejado de ser recelosa y desconfiada, y si en consecuencia pudiera prescindirse de la intervención estatal para revestir la milenaria tradición con los atributos de la eficacia *erga omnes*, ese jurista, como el suizo de la leyenda, tendrá que contestar: ¡Todavía no!

¡Un día memorable para el Registro de la Propiedad!... Institución ésta a la que aún le quedan muchos días de gloria, si los Registradores nos aplicamos, con celo y con cariño, a publicar sus ventajas.

JOSÉ AZPIAZU
Registrador de la Propiedad.