

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXVI

Octubre 1950

Núm. 269

Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario *

SUMARIO: 1. *Traditio y Registro de la propiedad.*—2. Dualismo de la legislación sobre inmuebles.—3. Génesis y finalidad de nuestra legislación inmobiliaria.—4. Desintegración de la Ley Hipotecaria y el Código Civil.—5. Orden de prelación de los textos legales.—6. La doctrina del título y el modo y la propiedad inscrita.—7. Registro de títulos, pero no de modos.—8. Opiniones doctrinales y orientaciones jurisprudenciales.—9. Conclusiones.

1. *La traditio y el Registro de la Propiedad.*—En los últimos años vengo comprobando con amargura —¿por qué no decirlo?— que bastantes de nuestros juristas se complacen en restar importancia a la legislación hipotecaria, que tantos frutos ha producido hasta la fecha y tantos puede aún producir en lo futuro, y se obstinan en lo que he denominado «interpretación civilista» de aquella gloriosa legislación, pretendiendo dar primacía, aun tratándose de inmuebles inscritos, a las normas del Código Civil sobre las de la Ley Hipotecaria, como si ésta no integrase también el Derecho civil y como si no tuviese la misma fuerza legal obligatoria que el Código, y quizás superior por ser la vigente posterior a éste.

Pretendo persuadir, y a ser posible convencer, de que existe una

(*) En la IV Semana Notarial de Santander, que este año ha revestido singular relieve, nuestro colaborador don Ramón de la Rica y Arenal, Vicecatedrático del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, disertó sobre el tema «Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario», con la claridad y precisión a que nos tiene acostumbrados.

Por la importancia teórica y práctica del tema y para satisfacer la petición de numerosos suscriptores que desean conocer tan interesante trabajo, les ofrecemos una recensión o síntesis del mismo, que el propio autor ha tenido la amabilidad de facilitarnos. (N. de la R.)

evidente y necesaria dualidad normativa legal en el régimen jurídico de nuestra propiedad inmueble y que sólo reconociéndolo así y obteniendo de ello las últimas consecuencias, podremos despejar muchas incógnitas, resolver no pocos problemas y, en definitiva, caminar en una dirección progresiva hacia el mejoramiento de nuestro ordenamiento inmobiliario.

Récientemente, dos trabajos casi simultáneos de dos estudiosos (1) Notarios han vuelto a poner sobre el tapete el problema, en apariencia insoluble, de la coexistencia de la doctrina del título y el modo (contrato y tradición) con el sistema de nuestro Registro inmobiliario.

Cuando oponemos esa supervivencia romanística —la *traditio*—, aun reducida a la mínima expresión que permiten sus formas simbólicas y ficticias, a los preceptos que rigen nuestro Derecho inmobiliario de Registro, por fuerza hemos de olvidar, o aparentar que olvidamos, el ciclo histórico de formación durante el siglo XIX de nuestro Derecho vigente: civil e hipotecario.

Porque el sistema de Registro público vino justamente a sustituir el defectuoso Derecho antiguo relativo al régimen de la propiedad inmueble. Si este Derecho antiguo, fundamentalmente el de las Partidas, de inspiración romana, hubiere quedado subsistente más allá de las relaciones *inter partes*, aquel sistema habría fracasado antes de nacer y no habría alcanzado su presente pujanza.

La teoría del título y el modo equivale a un *dogal*, según la gráfica frase de URIARTE BERASÁTEGUI, que estrangula y prácticamente aniquila todo el sistema registral ideado por las más preclaras mentes del siglo pasado. Y así es en verdad, pues vigente aquella vieja teoría para la propiedad registrada, si la tradición real es necesaria para la transmisión del dominio y si la tradición ficta, incluso la instrumental, sucumbe como toda presunción *juris tantum* ante la prueba contraria, se llega a la conclusión de que el Registro sólo podría dar certeza al dominio y demás derechos reales cuando se presentase a inscribir, junto con el título traslativo, un acta notarial de entrega o de toma de posesión. Sin este requisito, que el legislador no quiso exigir, el titular registral no podría am-

(1) JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI: «Revisión de ideas. La tradición en el sistema inmobiliario español». JULIÁN DÁVILA: «Aspectos hipotecarios en la compraventa de bienes inmuebles inscritos». Ambos trabajos en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1950, págs 239 y 298, respectivamente.

pararse en las inmunidades que la inscripción proporciona, pues según afirma FUENTES TORRE-INSUNZA (2), su adquisición, al no haber mediado la tradición real, sería no sólo nula sino inexistente. Para su eficacia, haría falta yuxtaponer al Registro de títulos un Registro de posesiones.

2. *Dualismo de la legislación sobre inmuebles.*—Mas estas afirmaciones, cuya extrema gravedad no puede ocultarse, se basan en la errónea creencia de que el Código Civil es la Ley fundamental de nuestro ordenamiento inmobiliario. Los civilistas que así lo creen y así lo pregonan han olvidado, por efecto de la lejanía, la génesis histórica de la legislación especial inmobiliaria que vino a sustituir en el siglo pasado al Derecho antiguo, condenado por la ciencia y por la opinión, y que creó, al ser promulgada, una *efectiva y necesaria* dualidad normativa en cuanto a la propiedad inmueble: diferenciando netamente la inscrita de la no inscrita y las relaciones *inter partes* de las relaciones jurídicas respecto de tercero.

Hoy esta dualidad legislativa nadie puede lícitamente desconocerla, del mismo modo que pocos juristas, conforme profetizaba JERÓNIMO GONZÁLEZ (3), se encontrarán dispuestos a sacrificar las ventajas de un sistema de Registro como el español ante los altares del Derecho romano.

MANRESA, en sus conocidos *Comentarios* (4), reconoce que el Código en algún caso estima a la inscripción en el Registro como forma de verdadera tradición respecto a inmuebles y derechos reales; pero como existe una gran masa de propiedad no inscrita ha de recurrir a otros medios o signos de transmisión; y *de aquí el dualismo en la legislación relativa a bienes inmuebles*. JERÓNIMO GONZÁLEZ, en sus luminosos *Estudios Hipotecarios*, también diversificó la propiedad inscrita de la no inscrita: ésta se sujetó al ordenamiento tradicional, contenido en el Código y las legislaciones forales, y aquélla se rige por el Derecho hipotecario puro (5).

(2) JUAN B. FUENTES TORRE-INSUNZA: «Usucapión contra *tábulas*». *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, marzo de 1950, pág. 350.

(3) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ: «La tradición de fincas en los instrumentos públicos». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo I, págs. 24 y sigs.

(4) JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO: «Comentarios al Código civil español», tomo V, pág. 14.

(5) JERÓNIMO GONZÁLEZ analizó cinco posiciones diferentes en que pue-

También el legislador ha reconocido esta dualidad. En el notable preámbulo de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 afirmó ser cierto que el vigente ordenamiento inmobiliario implica la coexistencia de dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita, *sometidas a regímenes distintos*. Y el ministro de Justicia, señor Aunós, en su discurso a las Cortes, ratificó la misma idea y sostuvo que ello era un trasunto, a lo largo de los siglos, de la distinción romana entre el dominio quiratorio y el bonitario.

Sin partir de esta idea básica —duplicidad de especies de propiedad inmueble y dualidad legislativa de su régimen jurídico—, es imposible orientarse en el laberinto de nuestra propiedad inmobiliaria, singularmente en cuanto atañe a su transmisión eficaz, y el intérprete se pierde en los oscuros corredores de la antimonia sin vislumbrar la claridad indicadora de la salida.

3. *Génesis y finalidad de nuestra legislación hipotecaria.*—El archiconocido R. D. de 8 de agosto de 1855, que recogió los clamores de la opinión pública y de la doctrina docta al condenar severamente el sistema de la legislación anterior lo hizo, entre otros motivos, porque «no garantizaba suficientemente la propiedad», lo que justificaba la «necesidad apremiante de su reforma». ¿Sobre qué bases habría de establecerse la nueva legislación en este punto concreto de asegurar la propiedad? Las indicó la R. O. de 10 de agosto del mismo año al expresar que «debían establecerse formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y demás derechos reales».

Acatando esta orden, los legisladores de 1861 al redactar la Ley Hipotecaria, a pesar de su proclamado respeto al Derecho nacional, lo reformaron (son sus palabras) *esencial y radicalmente*. Con absoluta franqueza la Comisión expuso los grandes cambios que la nueva Ley introducía en los principios generales del Derecho a la sazón vigente. Y anunciaron solemnemente que «el Derecho civil

de hallarse la propiedad inmueble en España. De ellas, pueden eliminarse tres: la relativa a fincas inscritas solamente en posesión, pues hoy han sido abolidas las inscripciones posesorias; la referente a fincas inmatriculadas, por tratarse de un estado provisional; y la atinente a fincas que, aun estando inscritas, viven fuera del Registro, por reducirse a un supuesto de discrepancia entre el Registro y la realidad jurídica, para cuyo tratamiento ofrece adecuados remedios la legislación vigente. Véanse sus «Estudios de Derecho Hipotecario», pág. 37.

experimenta alteraciones trascendentales ; apenas hay una de sus instituciones a que no afecte la innovación ; en el orden de la propiedad y de los demás derechos reales en la cosa, a su adquisición, a su conservación, su transmisión y sus modificaciones... Todo está íntimamente ligado con la Ley Hipotecaria ; a todo afecta gravemente el nuevo sistema ; todo ha sido sujeto a revisión ; *todo ha sufrido grandes modificaciones.*

La nueva legislación, por tanto, dictó nuevas normas, totalmente apartadas del Derecho anterior, sobre el régimen de la propiedad inmueble, para la cual estableció, en vez de un sistema basado en la posesión, como elemento de publicidad, un sistema basado en el Registro público. Y por fortuna para la corriente unificadora de nuestro Derecho privado, la nueva legislación, denominada con evidente metonimia «hipotecaria», iba a ser de aplicación general en todas las regiones españolas.

4. Desintegración de la Ley Hipotecaria y el Código Civil.— Conviene subrayar este carácter general de Ley para todo el Reino que tuvo al ser promulgada la Hipotecaria, para poder explicarse el fenómeno patrio de la desintegración de éste y el Código Civil. Tal desintegración es anormal, como debida a circunstancias políticas y a la subsistencia de diversas legislaciones civiles en España. Lo normal hubiera sido que los preceptos de la Ley Hipotecaria, en cuanto eran Derecho civil y en cuanto modificaban profundamente el anterior, estuviesen incluidos en un Código civil.

El detalle fidedigno de lo sucedido, y que explica la desintegración, nos lo ha dejado don BIENVENIDO OLIVER (6), cuya autoridad en esta materia es irrecusable. El que la Ley Hipotecaria precediese al Código y se promulgase fuera de éste, obedeció al sistema iniciado por BRAVO MURILLO de llegar a la codificación del Derecho civil de una manera gradual y paulatina, o sea publicando sucesivamente, en forma de leyes especiales, las disposiciones comprendidas en los diferentes títulos del Proyecto de Código civil de 1851. Tal sistema, aceptado como una transacción por todos los partidos políticos, respondía al criterio unificador de la Constitución de

(6) BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER : «Derecho Inmobiliario Español», página 773 y sigs.

1845 (7). Posteriormente, es decir, después de promulgada y puesta en vigor la Ley Hipotecaria, la Constitución de 1869 (8) cambió de criterio. Y entonces el Gobierno pudo abandonar aquel sistema y proceder desde luego a la publicación de un Código Civil que iba a dejar vigentes, *por ahora*, las legislaciones forales.

Así y todo, el Código pudo incorporar a su articulado los sustantivos de la legislación Hipotecaria. Y de ello se trató, como lo prueba el encargo hecho al propio don BIENVENIDO OLIVER en 11 de noviembre de 1886 para que redactase los títulos correspondientes al Registro de la Propiedad y al contrato de hipoteca en el Proyecto de Código que se estaba elaborando, «en el supuesto y con el criterio de continuar vigente la actual legislación hipotecaria». El señor OLIVER formó su ponencia, distribuyendo en tres títulos las materias de la Ley Hipotecaria que debían ser incorporadas al Código y fué aprobada por la Comisión de Códigos. Mas, no obstante, la ponencia fué excluida del Proyecto por la Comisión parlamentaria; y la razón de tal exclusión, dada por el señor Gamazo, presidente de la Comisión del Congreso, a requerimiento del diputado señor Azcárate, fué que aquel trabajo envolvía la reforma de preceptos importantes de la Ley Hipotecaria y, por tanto, iba a crear entre el Derecho hipotecario de las provincias sujetas a la legislación común, en las que regiría el Código, y el de las provincias aforadas, en las que regiría la anterior Ley Hipotecaria, antagonismos inadmisibles.

En suma: que la Ley Hipotecaria era de aplicación general en toda España, en tanto que el Código civil sólo iba a ser aplicable en las regiones de legislación común, no en las aforadas; y se consideró preferible mantener incólume aquella legislación especial, que en su materia había ya realizado la deseada unidad legislativa nacional.

5. *Orden de prelación de los textos legales.*—Y en efecto: el Código Civil no significó ni pudo significar la derogación, en poco

(7) El art. 4 de la Constitución de 1845, vigente al promulgarse la Ley Hipotecaria, disponía: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía».

(8) El art. 75 de la Constitución de 1869, que casi literalmente pasó a la de 1876, vigente al promulgarse el Código civil, decía: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinuen las leyes.»

o en mucho, ni siquiera la modificación de la Ley Hipotecaria. Con relación a la propiedad inmueble inscrita, la acogida a sus preceptos, esta Ley, como especial, tiene aplicación y vigencia preferente, y el Código sólo la tiene defectiva. El mismo Código lo reconoce taxativamente.

Su artículo 16 dispone que en las materias que se rijan por leyes especiales la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones del Código (9). Y nadie puede dudar, dados los antecedentes de la Comisión de Códigos y de la discusión parlamentaria, que para los redactores del Código civil la Ley Hipotecaria era una ley especial que, por su aplicación general, quedaba subsistente y vigente en su integridad.

Además, el Código remacha bien el clavo en este punto. Aparte del artículo 1.880, que declara de modo paladino que la Ley Hipotecaria «continúa vigente», se pueden citar numerosísimos artículos que evidencian hasta la saciedad el respeto escrupuloso que los redactores del Código guardaron a la legislación hipotecaria. Sirvan de ejemplo —y debe consultar el lector— los artículos 462, 608, 647, 975, 977, 1.124, 1.510 y 1.537.

¿Para qué más? Ante la dualidad legislativa, 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.

6. *La doctrina del título y el modo y la propiedad inscrita.*— El problema capital de todo régimen inmobiliario estriba en la transmisión del dominio, es decir, en los requisitos necesarios para que éste se entienda constituido a favor del adquirente. ¿Cuándo se opera la transmisión? ¿Cuándo se otorga el título? ¿Cuándo se efectúa la entrega del inmueble, o sea, se transmite la posesión material al adquirente? ¿Cuándo se inscribe el título en el Registro?

(9) Es de notar lo contradictorio que resulta este criterio del art. 16 con el establecido en el 425 respecto a la ley de Aguas.

Si no tuviéramos más texto legal, en relación con el régimen inmobiliario, que el Código civil, la solución se impondría; en el artículo 609 estaría la clave. Aparte de las adquisiciones por ministerio de la Ley, por donación y por sucesión *mortis causa*, la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición».

Tenemos aquí rediviva la teoría del título y el modo que, desde el Derecho romano, nos llega a través de las Partidas. Hemos vuelto, de golpe, al sistema anterior a la implantación de la Ley Hipotecaria, al «condenado por la ciencia y la opinión» y cuya «reforma era urgente e inexcusable».

Es innegable que en cuanto a bienes muebles no mercantiles y a inmuebles no inscritos, exentos de la legislación hipotecaria, la aplicación del artículo 609 del Código es inexcusable. Sin un título (contrato) y sin la tradición como secuela, el dominio de aquéllos ni se adquiere ni se transmite. Con sólo el título, nacerá una relación jurídica obligacional, pero no el derecho real de dominio; con sólo la tradición, habrá una transmisión de posesión, pero tampoco dominical.

Y en cuanto a los inmuebles registrados, sujetos en primer lugar a las disposiciones de la legislación hipotecaria, ¿cabe mantener a rajatabla la aplicación incondicional del artículo 609 del Código?

El problema es capital, y de vida o muerte para la institución registral. URIARTE BERASÁTEGUI (10) lo enuncia certeramente. «Vigente la teoría del título y el modo —dice— sujeta a la posible nulidad de la adquisición por falta de tradición, si el transmitente no pudo efectuar materialmente la entrega por carecer de posesión anterior. No se negará al titular (inscrito) protegido su carácter de tal, sino el valor jurídico de su adquisición por falta de tradición.» TORRE-INSUNZA (11) concreta más: la adquisición del titular inscrito será inexistente. Esto equivale prácticamente, concluye el primero, al derrumbamiento de todo el sistema registral imaginado, que satisface a los civilistas a ultranza y conturba profundamente a los hipotecaristas.

Y es que no valen habilidades dialécticas. La tradición o entrega material como modo de adquirir el dominio de los inmuebles y

(10) JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI, en el trabajo anteriormente citado.

(11) JUAN B. FUENTES TORRE-INSUNZA, en el trabajo antes citado.

derechos reales, es incompatible con todo buen sistema de Registro. O se prescinde de la posesión, como «visibilidad de la propiedad», según la frase de Ihering, o se prescinde del Registro, o establecemos la publicidad posesoria; o establecemos la publicidad registral. Aquella, propia de sociedades primitivas, fué desechada por la técnica jurídica moderna y a través del tiempo se desvirtuó y minimizó con simbolismos y ficciones. Esta, más adecuada a las necesidades del tráfico moderno, se extiende por el mundo civilizado y llega a aplicarse incluso a los bienes muebles.

Por fortuna para España, a mediados del siglo XIX, ilustres juristas vieron claro el problema. Los redactores de la primitiva Ley Hipotecaria lo expusieron diáfanaamente. Ellos conocían bien el sistema anterior, que ahora algunos tratan de resucitar. «Nuestras leyes —dijeron—, 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.» Conocían bien el sistema legislativo anterior y anunciaron con franqueza en la Exposición de motivos el gran cambio que iban a introducir acerca de este punto en los principios generales del Derecho, a la sazón vigente.

No les incumbía entrar en el examen del principio romano del título y el modo, cuando se limitare a los mismos contrayentes; pero de lleno caía bajo su dominio el *desecharlo* cuando se tratara del interés de terceros que no fueron parte en el contrato. En efecto: con arreglo al sistema anterior, cuando alguno vendía a dos la misma cosa, no era su dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella posesión. «En cambio, según el sistema de la Ley Hipotecaria, 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 contratantes *cuando no se haga la inscripción*, subsistente el Derecho antiguo.» Y aclaran el sistema nuevo con un ejemplo: «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 lo traspasa *respecto a todos*; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño

con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.»

Es decir, que el título y el modo de la doctrina civil no bastan para constituir con eficacia *erga omnes* el dominio si se trata de fincas inscritas: ese derecho real no será esgrimible frente a un tercero que inscriba su título en el Registro. Y, por el contrario, con título y con inscripción, medie o no medie la tradición, el derecho real es válido y eficaz frente a todos, incluso frente al otorgante. ¡Qué intuición tan genial de las necesidades modernas, y qué salto prodigioso sobre las antigüallas de la *traditio*, inútil a fuerza de simbolismos y ficciones, quebradas de puros sútiles! ¡Cómo descubrir, segúin afirma JERÓNIMO GONZÁLEZ, que la transmisión recibe al ser inscrita una publicidad y una energía que los otros medios no pueden nunca otorgarla!

La Ley Hipotecaria consagra estos principios en los artículos 2.º, 20, 23 y 34; pero dejemos esta legislación, que puede ser tachada de parcialidad, y vayamos al Código civil.

¿Es que desenvuelve éste la teoría del título y el modo, del contrato seguido de tradición, hasta sus últimas consecuencias cuando se enfrenta con la inscripción en el Registro? Nada de eso. El comentadísimo artículo 1.473, al resolver el supuesto de una misma cosa vendida a diferentes compradores, no lo resuelve cuando se trata de cosa inmueble, con arreglo a la teoría del título y el modo (esto es, reconociendo el dominio en favor del que tenga la posesión, de aquél a quien se haya hecho tradición del inmueble), sino que lo resuelve, con arreglo a la ortodoxia registral, en favor del adquirente que primero la haya inscrito en el Registro, aunque no haya entrado en posesión. Es decir, el Código distingue entre fincas inscritas y fincas no inscritas; para las primeras, como dijo MANRESA, rige la inscripción como modo de adquirir; para las segundas, la tradición.

Y el artículo 1.537, que al subordinar todo lo dispuesto en el Código sobre la compra-venta, cuando se trate de inmuebles, a lo que determina la Ley Hipotecaria, permite concluir que la simple tradición subsiguiente al contrato no cierra el ciclo de la eficaz constitución *erga omnes* del derecho real si no va seguida de la inscripción.

No exige el Código la tradición en las transmisiones heredita-

rias ni en las donaciones. Tampoco la exige, ni puede exigirla, para los derechos reales inmateriales, no susceptibles de contacto posesorio, como la nuda propiedad, la hipoteca, el censo consignativo, etc. Nadie duda que la inscripción actúa a modo de una quasi tradición para la constitución eficaz de estos derechos reales. ¿Y el derecho real de usufructo? El artículo 468 dice que se constituye por la Ley, por prescripción y por la voluntad manifestada en actos entre vivos o de última voluntad; pero tampoco el Código, salvo la norma general del 609, nos habla expresamente de la tradición, de la entrega de la cosa usufructuada.

Por otra parte, 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, transmitiéndolos con independencia. Primero, el dueño transmite la nuda propiedad, reservándose el usufructo. Aquí no juega para nada la tradición. Despues, renuncia el 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.

Pero esto ni es serio ni las leyes pueden ampararlo, porque las leyes no pueden descender a la eutrapedia o al humorismo. Lo que ocurre, sencillamente, es que la legislación hipotecaria —fundamental y preferente en la regulación de la propiedad inscrita, no lo olvidemos—, desconoce en absoluto a la tradición. La silencia totalmente.

No es que, como en Suiza o en Austria, en Chile o en Colombia, la inscripción sustituya en nuestro sistema a la tradición, lo que acaso únicamente ocurra respecto a los derechos de hipoteca y de opción. Es que la legislación hipotecaria, según dijeron sus autores, innovaba profundamente el Derecho civil en orden a la adquisición de la propiedad y prescindió deliberadamente de la *traditio*, que no encajaba en el engranaje de sus sistemas.

7. *Registro de títulos, pero no de modos.*—Nuestro Registro, como ha sostenido recientemente el admirado NÚÑEZ LAGOS (12),

(12) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS: «El Registro de la Propiedad español», pá-

no es un Registro de derechos, es un Registro de títulos (13). Es un Registro de títulos, sí; pero no un Registro de *títulos y modos*. Desde la primitiva Ley Hipotecaria hasta la vigente de 1946, o sea antes y después del Código, lo que se sujeta a inscripción son los títulos traslativos o declarativos del dominio o de los derechos reales, los títulos de constitución, reconocimientos, modificación o extinción de tales derechos, los actos y contratos de adjudicación de inmuebles... Pero ningún artículo de la Ley ordena que para su inscripción el título deba ser completado por la tradición.

Y, sin embargo, todos los privilegiados efectos de la inscripción —efectos que regula la legislación hipotecaria y que sumiso respeta el artículo 608 del Código Civil— se producen por la inscripción de esos títulos, sin más aditamento.

Lo cierto es que al Registro lo que llega y lo que produce el asiento es eso: el título, bien en su acepción instrumental de documento, bien en su más amplia de relación jurídica, y nunca el modo. La tradición, en la práctica, no juega en el ámbito del Registro, ni siquiera es objeto de la calificación.

gina 8, *infine*. En el mismo sentido, el no menos admirado JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, en su conferencia de la «Semana Notarial de Santander», de 1948, «Enajenación de bienes pseudo-usufructuados», pág. 121, nota 133.

(13) Me parece una discusión bizantina la que frecuentemente se sostiene en torno a si lo que se inscribe es el título, el derecho o la finca. Lo que llega al Registro es el documento, vehículo del acto jurídico causal productor del derecho real; y lo que refleja la inscripción, una vez practicada, no es el título, ni la finca, es... un derecho real inscrito, eficaz *erga omnes*. No debe pedir mil perdones González Palomino por hablar de «derechos inscritos», pues lo mismo hacen constantemente la Ley Hipotecaria, el Tribunal Supremo, los tratadistas, los Letrados y hasta el vulgo..., y no han tenido que ofrecer excusas de ninguna clase. El punto de vista de que el derecho real hace perfecto y eficaz fuera del Registro es difícilmente compatible con la opinión de que en el Registro sólo se inscribe el título; si el derecho real ya existe completo, así llegará al Registro y así lo inscribirá éste. Lo que sucede es que no se separan debidamente el acto de la inscripción de su resultado o efecto, el antecedente del consiguiente; la inscripción la produce el título, no sólo en su acepción de documento, sino en su acepción de acto jurídico causal también, y en este sentido es correcto decir que el Registro es de títulos; pero el asiento de inscripción, extendido en forma legal, produce el derecho real pleno y eficaz *erga omnes* respecto a las fincas inscritas, y en este sentido es también correcto hablar de derechos inscritos, como hacemos todos, aunque sea por mandato subconsciente. Al fin y al cabo, y digan lo que quieran las doctrinas y las modas, todos sabemos a qué atenernos y todos sabemos qué es lo que queremos cuando llevamos una sentencia, una escritura o una información de dominio al Registro. Queremos, nada más y nada menos, que nuestro derecho subjetivo sobre un inmueble sea eficaz plenamente y pueda perjudicar a tercero.

Ya sé que dos ilustres juristas, NÚÑEZ LAGOS y ROCA SASTRE (14), sostienen que para ser inscribible el título ha de resultar de él la *traditio*, por lo menos, la instrumental. Pero no creo que pudiera denegarse la inscripción de una escritura pública de venta de una finca rústica en que la entrega de ésta se aplace por cierto tiempo, por ejemplo hasta la recolección de la cosecha; o de venta de un piso en la que se pacte la entrega de éste o de su llave no se efectuará hasta un día determinado, más o menos lejano, a fin de que el vendedor pueda encontrar nueva vivienda en el intermedio. Nadie dirá que estas escrituras no se hallan extendidas con arreglo a las prescripciones legales; y ningún Registrador denegaría su inscripción a pretexto de que en el mismo título resultaba no haberse hecho la tradición, pues su negativa dejaría indefenso al adquirente frente a una segunda transmisión seguida de entrega posesoria y le impediría hacer uso del legítimo derecho de preferencia que reconoce el propio Código en su artículo 1.473.

Todo esto nos lleva a la conclusión de que el sistema de la tradición, tal como se quiere interpretar por los defensores de la doctrina del título y del modo, es incompatible con el sistema de registro público. 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.

El problema se resuelve aceptando, según los hechos lo demuestran, la dualidad normativa legal de nuestra propiedad inmueble; y reconociendo que 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*.

Y esa dualidad no es perjudicial ni anómala, porque responde a las exigencias de la realidad inmobiliaria española, que nos enseña que junto a grandes masas de propiedad inscrita existe, y siempre ha de existir —por razones económicas, agrícolas y sociales—, otro gran volumen de fincas sin inscribir. Si se prescindiese de aquella dualidad y se quisiera imponer la norma registral a toda la propiedad, sustituyendo la tradición por la inscripción, el pre-

(14) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS: «El Registro de la Propiedad español», páginas 14 y 75.—RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: «Instituciones de Derecho Hipotecario», pág. 146 del tomo I.

cepto sería letra muerta, lo mismo que sería utópico declarar la inscripción obligatoria. Por el contrario, si las puras normas civiles se quisieran aplicar preferentemente a la propiedad inscrita, el Registro se derrumbaría entre escombros con escarnio, según la frase de URIARTE.

8. *Opiniones doctrinales y orientaciones jurisprudenciales.*— No tiene muy buena literatura entre nosotros, salvo recientemente, la vieja teoría del título y el modo. Basta recordar, entre sus adversarios a FALCÓN, a AZCÁRATE, OLIVER, DE DIEGO y PÉREZ y ALGUER. SÁNCHEZ ROMÁN, aunque partidario de la teoría, explicó a su manera el modo, no como entrega material de posesión, sino como preexistencia del derecho del transmitente, lo que el sistema registral cumple con el principio de continuidad o de previa inscripción.

De los hipotecaristas no hará falta hablar siquiera. Casi unánimemente defienden la doctrina de que la inscripción equivale a un modo de adquirir (OLIVER, DÍAZ MORENO, LÓPEZ DE HARO...). El mismo ROCA SASTRE, a pesar de defender la doctrina del título y el modo, presenta como una aspiración y un perfeccionamiento el que la inscripción fuese uno de los modos de adquirir sustitutivo de la tradición en la propiedad inscrita. Y ANGEL SANZ, también defensor de la tradición, admite que el titular inscrito pueda reaccionar contra la usucapión no consumada, a pesar de no haber mediado más tradición que la instrumental, desmentida por la realidad posesoria ajena (15).

Mas no es necesario descentrar las cosas, sacándolas de quicio, ni asimilar la inscripción a un modo de adquirir, ni hacerla constitutiva. Basta diferenciar la propiedad inscrita de la no inscrita; y, dentro de aquélla, las relaciones *inter partes* de las relaciones respecto a tercero.

Inter partes la inscripción no cuenta, según frase de NÚÑEZ LAGOS, o, lo que es más exacto, apenas cuenta. La transmisión del dominio de toda clase de inmuebles tendrá lugar, entre los contratantes, mediante el título y la tradición. Esto rige para ese período de vida, a que aludía JERÓNIMO GONZÁLEZ, que tienen las escrituras

(15) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», pág. 298.

entre su firma y su inscripción, período en el que funciona el régimen de la *traditio*.

Pero ese derecho real así constituido, es menos pleno, no es efectivo *erga omnes*, pues no es eficaz frente a los terceros hipotecarios que puedan inscribir títulos contradictorios sobre la misma finca. El ciclo de la eficacia absoluta del derecho real de los inmuebles inscritos se cierra en España con la inscripción. Y entonces, sólo entonces, con o sin tradición, el derecho real es eficaz frente a terceros, e incluso *inter partes*, puesto que el titular inscrito podrá reivindicar de quien detente, aunque sea el cootorgante, y podrá ejercitar la acción privilegiada del artículo 41 de la Ley. O sea, lo que dijeron los legisladores de 1861: «Si la transmisión se inscribe, el dominio se traspasa respecto a todos.»

Si existen título, tradición e inscripción, el ciclo es completo y normal, y el derecho real, pleno. Si hay título y tradición, pero no inscripción, el derecho real es menos pleno y su eficacia relativa. Si hay título e inscripción, el ciclo es también incompleto, pero el derecho real existe con eficacia; y únicamente decaerá si el poseedor efectivo puede alegar una usucapión consumada, salvo las normas especiales de la Ley Hipotecaria en su artículo 36.

El fino hipotecarista cubano DORTA DUQUE (16) lo dice sencillamente; el contrato de compra-venta, por si sólo, no da al comprador el derecho de propiedad sobre la cosa, sino que es necesario que se produzca la tradición o entrega de la misma entre las partes, o la inscripción en el Registro, para que la cosa se entienda entregada respecto a los terceros. Esta duplicidad posible de modos de adquirir —el título unido a la tradición como regla general, y el título y la inscripción como excepción—, ha hecho que RICARDO GARCÍA MENOCAL (17) denomine al régimen de nuestra legislación hipotecaria de «doble momento», refiriéndose a que hay dos instantes apreciables en la transmisión del inmueble: uno, el de la *traditio*, con eficacia entre las partes y en relación con todos los terceros (civiles) que no pueden ampararse en el régimen de publicidad; y

(16) MANUEL DORTA DUQUE: «Curso de Legislación Hipotecaria», página 248.

(17) RICARDO GARCÍA MENOCAL: «Bases para la reforma del Derecho Hipotecario formal», en *Trabajos del I Congreso Jurídico Nacional*.—La Habana. Tomo II, pág. 287.

otro, el de la *inscripción*, en cuanto a los terceros que puedan aco-gerse al Registro.

Hay que reconocer la sutileza de la doctrina del «doble momen-to» de GARCÍA MENOCAL; y lo elevo a triple, en la génesis del de-recho real sobre inmuebles inscritos. El *título*, que engendra el de-recho real; la *tradición*, que lo hace eficaz *inter partes* y respecto a terceros civiles; y la *inscripción*, que lo sanciona definitivamente, como eficaz *erga omnes*.

¿Y la jurisprudencia? La jurisprudencia vacila a efectos sin duda de la imprecisión de las fuentes legales y de la misma dupli-cidad legislativa, según haya dado preferencia a una o a otra legi-slación y según también, como es lógico, la circunstancia interna de cada caso contemplado.

Por un lado, el Tribunal Supremo, que declara que los preceptos de nuestro Código civil se inspiran en la doctrina romana respecto a la adquisición de la propiedad y los derechos reales, exigiendo para ella título y tradición (Sentencia 26-2-1942), se ve obligado a separar la tradición real de la ficta o instrumental, porque la pre-sunción que ésta supone tiene que ceder ante la prueba en contra-rio; y así ha declarado que la tradición ficta no implica necesaria-mente la tradición real de la cosa vendida, de la que puede estar en posesión un tercero (Sentencias 10-11-1903 y 29-5-1926).

Frente a esto, otra tendencia muy reiterada del Supremo, sos-tiene que tiene la posesión real, a efectos del desahucio, quien ha adquirido la finca por escritura pública debidamente registrada, sin que sea óbice la existencia de un detentador que la posea material-mente en calidad de precaria (Sentencias 1-12-1902, 30-3-1903, 28-10-1907, 28-1-1916, 20-1-1920). Las de 12 de febrero y 2 de abril de 1927, proyectadas en igual dirección, declaran que, con-forme a la doctrina de que la inscripción del dominio produce la pre-sunción de posesión, es procedente la acción del desahucio ejercida por el adquirente de la finca en virtud de escritura pública inscrita en el Registro, contra quien la viene poseyendo sin título inscrito y sin pagar renta, es decir, en precario. Y la de 1 de julio de 1903 llegó a decir que hecha constar en el Registro la consumación de la venta con pacto de retro, adquirió el dominio el comprador, y con él la posesión civil y real de la finca, aunque su material tenencia continuase en el vendedor. Y la de 4 de marzo de 1941 atribuye la

posesión real al acreedor a quien se le adjudica la finca en escritura inscrita, reputando precarista al deudor que continúa ocupándola después de adjudicada.

Se ve que el Tribunal Supremo, captando bien la realidad y de acuerdo con la intuición popular, cuando se trata de fincas inscritas salta por encima de la tradición material y reconoce las acciones de dueño al titular inscrito. No podía ser de otro modo, pese a la errónea opinión de los civilistas acérrimos, según los cuales el titular inscrito carecería de todo derecho por inexistencia de su adquisición debida a la falta de tradición, pues como con razón afirma URIARTE, el más terco precarista depone sus armas ante el título del despojado, sin arguir la falta de tradición que pudiera invalidarlo; y el adquirente, en caso de posesión ajena, sabe que adquiere las acciones precisas para el logro del ejercicio de su titularidad, cuyo vigor alcanzará a eliminar al perturbador; y como dice JERÓNIMO GONZÁLEZ, ha de estimarse consumada la venta cuando la finca se halla inscrita, concediendo al comprador acción reivindicatoria frente al tercer poseedor.

Confiamos en que el Alto Tribunal de Justicia, de acuerdo con los avances de nuestra novísima legislación hipotecaria, sepa dar la primacía a ésta cuando se trate de la propiedad registrada, y, dando a Dios lo que es de Dios, y al César lo que es del César, valore debidamente en cada caso lo que a la tradición se debe y lo que se debe a la inscripción. Nuestra Magistratura, con su gran cultura, sabe que en la biología del Derecho, si el progresismo más perturbador es el que aspira a modificarlo todo, haciendo tabla rasa del pasado, también la reacción más peligrosa es la que pretende mantenerlo todo en su integridad, desconociendo las necesidades presentes y sin previsión alguna de las futuras. Y también sabe que los precedentes del Derecho romano no nos sirven para el tráfico de nuestra propiedad inscrita, porque el derecho registral moderno es una técnica totalmente extrarromana.

9. *Conclusiones.*—Los resultados que lógicamente se deducen de cuanto queda expuesto revisten indudable importancia y merecen ser compendiados con toda claridad, a fin de que sean fácilmente comprendidos; y quiera Dios, para bien de nuestro sistema—que tanto necesita de la afección y simpatía judicial—, que contribuyan

a restablecer, en la doctrina y en la jurisprudencia, los conceptos relativos al tráfico de inmuebles inscritos en sus propios y auténticos términos, esto es, en los que fueron concebidos por aquellos insignes legisladores que a mediados de la pasada centuria hicieron la más grande revolución legal de nuestro Derecho civil.

Son estos resultados :

1.º Es indudable que existe en nuestra legislación una efectiva dualidad de regulación de la propiedad inmueble, según ésta se halle o no inscrita en el Registro de la Propiedad.

2.º La Ley fundamental que rige la propiedad inmueble inscrita es la Hipotecaria. El Código Civil actúa, en cuanto a ella, sólo como subsidiario para suplir sus deficiencias y para normar las relaciones *inter partes*.

3.º La anticuada teoría del título y el modo, recogida con indiscutible insuficiencia normativa por el Código Civil, no rige ni puede regir para la propiedad y derechos reales inscritos, por ser inconciliables e incompatibles un sistema basado en un Registro público y un sistema basado en la tradición posesoria.

4.º 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*.

5.º 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.

6.º 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 tercero inscrito.

7.º La inscripción en nuestro sistema ni sustituye ni equivale a la tradición ; simplemente la ignora. Se inscriben los títulos jurí-

dicos (actos causales) configurados con arreglo a la legalidad objetiva, una vez justificada la preexistencia de titularidad en el transferente, sin exigir justificación de la tradición real. Nos basta y sobra con la ficción de la instrumental.

8.º Finalmente, *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 transmisor 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*.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL

Doctor en Derecho.

Registrador de la Propiedad