

Revisión de ideas⁽¹⁾

III

LA TRADICIÓN EN EL SISTEMA INMOBILIARIO ESPAÑOL.

Actualmente constituye el más absorbente motivo de preocupación para los hipotecaristas.

Se dice, con razón, que todo pecado lleva consigo su penitencia.

Fué un pecado centrar en la tradición, posesión o apariencia material, sea llamada auflasum—guewere—investidura, o sea el modo de la teoría del título y el modo, la realidad de la transmisión querida en el negocio transmisible, materializándola estérilmente en la busca última de un derecho firme y seguro.

El Registro moderno pretende lograr la seguridad anhelada, directa e inmediatamente, por sí mismo.

Lograda, sobrará la tradición como tal, sustituida por la aplicación y juego directo del sistema inmobiliario, que la hace innecesaria.

Si este sistema es de tipo germánico, en el que los elementos civiles y registrales forman un solo cuerpo, la eliminación de un signo material que simbolizaba la realidad, revestida de todo poder—guewere—por el signo igualmente material de la inscripción en el Registro, armada del mismo poder, no ofrece contradicción alguna. y ambos signos se identifican al encarnar el “dar y recibir el cuerpo de la cosa” en el signo material, devenido requisito ahora.

Mas advirtamos que la fuerza dada a la inscripción nace en el sistema germánico de las formalidades, previsiones y cautelas exigidas para lograrla. Su anhelo de derecho fuerte lo resuelve con su propia concepción jurídica: derecho rígido.

(1) Véanse los números 261 y 262 de esta REVISTA.

En la misma forma, el Derecho inmobiliario español ha de enfrentarse con su problema de la tradición: en su propia realidad y con su propia concepción jurídica.

En el estado actual la posición es clara: el sistema registral, adjetivo, garantiza la preexistencia de titularidad en el transmitente, pero deja al titular protegido sujeto a las contingencias de su propio negocio adquisitivo por vicios internos y externos.

Por lo tanto, vigente la teoría del título y del modo sujeta a la posible nulidad de la adquisición por falta de tradición si el transmitente no pudo efectuar materialmente la entrega por carecer de su posesión anterior. No se negará al titular protegido su carácter de tal, sino el valor jurídico de su adquisición por falta de tradición.

He aquí, prácticamente, el derrumbamiento de todo el sistema registral imaginado, que satisface a los civilistas a ultranza y conmota profundamente a los hipotecaristas.

Argumentan éstos, desesperadamente, en las siguientes direcciones:

a) La tradición, como elemento arcaíco, inútil y artificioso, debe desaparecer del Derecho civil sustituida por la inscripción.

Rechazamos el argumento; si la tradición es inútil debe de ser eliminada como elemento, civilmente; Esto es todo.

b) La inscripción es la moderna tradición. Y al igual que aquélla era necesaria por su virtualidad esencial, ha de ser necesaria la inscripción. Entra en el campo civil sin temor y en el mismo argumenta por la conversión de la tradición en inscripción, devenida así obligatoria, y con ella impone como único régimen inmobiliario el sistema de Registro forzoso.

Argumentación inadmisible. El problema ha de ser resuelto ajustándose a la concepción jurídica española. Y ésta exige, imperiosamente, que el sistema registral obre adjetivamente respecto del sustantivo civil íntegramente subsistente, con el enlace exacto y preciso que hemos dejado expuesto.

Denunciamos aquí el fraude de ideas que envuelve aquella conclusión. Fraude que a nadie se oculta.

Aquel símbolo material ha de subsistir, a menos que se hallen fundamentos para su eliminación. Estos fundamentos nunca serán los del logro, por medio del Registro, de la garantía de la realidad a que aspiraba la tradición porque: a) El Registro español sólo garantiza la preexistencia, pero no la realidad del mismo negocio en sus restantes

elementos; y b) Porque fuera del sistema subsiste íntegramente la vida civil inmobiliaria extrarregional.

La única razón de eliminación habrá de ser la de su inutilidad, no sólo respecto a la vida acogida al Registro, sino a la extrarregional.

Y en tal caso la defensa del sistema registral se basará no en que absorbe a la tradición sustituyéndola, sino en que, eliminada ésta por su inutilidad, logra el Registro la finalidad en que se basó aquélla: certidumbre.

Mejor aún: que es preciso eliminarla para que el Registro logre la certidumbre. Para el propio juego del sistema registral.

Que ha de ser eliminada en el sistema civil.

Y que la eliminación ha de basarse en nuevas concepciones jurídicas que la justifiquen.

Este es el planteamiento preciso del problema, sin desviación de conceptos.

Concretando todavía más: la eliminación ha de conciliarse con la actual regulación jurídica civil y registral inmobiliaria. Ha de dejar a salvo ambos sistemas, que han de desenvolverse con absoluta normalidad. Precisamente como se desenvolverían sin el obstáculo de la tradición que amenaza derrumbar el sistema registral. Subsistiendo éste y el civil en la forma imaginada por los legisladores, a la que se oponen la subsistencia de la tradición.

Parcece que nos hallamos ante un imposible: ante las consecuencias de aquel pecado de materialización del Derecho, cometido en la tradición.

Nos atrevemos a concluir la penitencia que nos redimía del pecado será la espiritualización del Derecho. De ningún modo será la recaída en el mismo pecado de materialización bajo nuevas formas, inscripción obligatoria del sistema germánico, o la pretendida transmutación de aquéllo en la inscripción del sistema español.

El problema, así considerado, cobra para nosotros nueva dimensión.

Porque no nos proponemos ahora romper una lanza para que sea eliminada la teoría del título y el modo en futuros ordenamientos jurídicos patrios, sino a la más ambiciosa, tanto como 'necesaria' si no queremos perecer con escarnio entre los escombros del derrumbamiento anunciado, de darla por eliminada en el Derecho constituido.

Con argumentación que nos satisfaga mentalmente más que la

invocación al sistema registral germano o la repudiación del sistema civil español y justifique a la par la nueva interpretación del Derecho constituido que la dé por eliminada.

En este intento comenzaremos por hacer destacar que el Derecho vive en su infancia. A diferencia de otras ramas de la ciencia, que han progresado incesantemente, la jurídica se ha detenido en el pasado remoto, sin que sirva de excusa afirmar que había llegado a su perfección. Vivimos prisioneros de su prestigio y nos sentimos obligados a edificar las nuevas construcciones sobre aquellas viejas bases que reputamos gloriosas.

Decíamos antes que el descubrimiento de un más perfecto medicamento, como resultado de nuevos avances científicos, relega al olvido los anteriores.

Parece ser que en el Derecho esta regla se quiebra.

Nadie pretenderá, una vez superadas las concepciones de Hipócrates y Galeno de los humores del cuerpo humano en relación con el temperamento, en sus cualidades—calor, frío, sequedad, humedad, reflejo de los elementos primordiales, fuego, tierra, aire y agua—oponerse a una medicación endocrínica dando de lado a Brown, teorías protoplásmicas y demás avances, ante el prestigio indudable de aquellos primitivos maestros.

En Derecho hacemos esto. Mientras vemos construir los casi diabólicos cerebros calculadores, nosotros seguimos en la tradición romana.

Mas los Ticios y Plinios actuales son el ingeniero señor Martínez y el industrial señor Fontcuberta, que viven en una sociedad que se dice existencialista y que habla del radar entre sorbo y sorbo de combinados de licor.

Aun cuando ellos lo ignoren al comparecer ante nosotros para comprar o vender una masía o una plaza de toros, sabemos que el avance de la ciencia jurídica de que somos oficiantes les ha evitado, hasta ahora, el desplazamiento a la finca, el corte de retamas, el salto de la barrera o del seto, la entrega de la llave y hasta la genuflexión precisa para recoger del suelo el pliego timbrado en que extendemos la escritura de compraventa. No prestarán atención, seguramente, a la cláusula de constituto insertada que, si se autoriza en Cataluña, dirá poco más o menos lo siguiente: el vendedor extrae de su poder la finca vendida y la transfiere al poder del comprador, a quien promete entregar posesión real de la misma, dándole facultad para que de su

propia autoridad se la pueda tomar y constituyéndose en el entrantante poseedor en su nombre"; o bien: "hallándose el comprador en posesión de la finca, no obstante en cuanto fuera menester, se la transmite de nuevo desde ahora con la cláusula de constituto", o "la separa de su poder, transfiriéndola al del comprador y los suyos, con promesa de entregarles su posesión real y efectiva y autorizándoles para que de su propia autoridad se la pueda tomar y tomada retenerla, la que en el interín se retiene con la cláusula de constituto, constitución de Procurador y demás del caso".

Mas si por desgracia reparan en ella y solicitan explicaciones, nos veremos obligados a decirles, con mezcla de excusa y convencimiento, que por ser cláusula de estilo ha corrido su suerte general, que va desde tener un significado claramente percibido por los contratantes y el feudatario; pasando luego a no tenerlo para aquéllos, llegando después a desconocerlo éste y careciendo por último de significado en sí misma.

Por otra parte, la misma contestación habríamos de dar si, otorgada la escritura fuera de Cataluña hubiéramos caído en la tentación de insertar una frase similar: "el comprador acepta la venta y la finca cuya posesión se le entiende transmitida, o de que se da por entregada, etc."

No les haremos confidentes de aquel momento lejano en que rechazamos el humorístico pensamiento de lograr un fallo directivo de invalidez de venta por falta de fórmula de constituto, ante la duda de si la reacción redundaría en beneficio o en des prestigio del Derecho.

Y de ningún modo les diremos que con ella hemos logrado evitarles viajes, saltos y genuflexiones, porque nuestro humor no llega a tanto, y tampoco nos sentimos con fuerzas para exponerles seriamente como justificante la teoría de la tradición, máxime teniendo en cuenta que si lo hacemos en la forma sumaria de este trabajo nos expondremos a dejarles sumidos en el desconcierto y hasta desconfiar del mismo Registro de la Propiedad, ya que no les podemos asegurar que la inscripción absorbe la tradición, y los metafísicos conceptos de la "vacua possessió", "ficta", "mediata o inmediata", nos ayudarían muy poco a devolverles la confianza.

Sobre todo tememos que reaccionen prontamente y sin gran esfuerzo mental nos digan: Si, en definitiva, se busca en la tradición el ser o no ser del Derecho, y con ello la seguridad de las relaciones inmobiliarias, y si ésta se logra con sencillez mediante un adecuado sistema de

Registro de la Propiedad será preciso, ante todo, someter a nuevo examen la tradición.

Y si ésta es, en su manifestación material, imposible en unos casos en otros pueril y siempre simbólica, hasta el punto de que puede simbolizarse en una fórmula de estilo y nada se opondrá, por lo tanto, a que el instrumento mismo sea considerado como la mejor fórmula de estilo, todo nos lleva a creer que la tradición sólo puede hallarse en el mismo negocio transmisivo que ahora efectuamos.

Porque parece ser que la cosa encarna en las titularidades reales, jurídicamente. El titular de la titularidad en que encarna la cosa, al transmitir ésta y aquélla transmite su posición de titular al adquirente que le sucede. Transmitirle aquél su titularidad, como adquirirla éste, ha de significar sucederle en su posición de titular, en sus derechos, deberes, cargas y facultades que constituyen el contenido institucional de la titularidad transmitida. En las reglas que fijan y señalan para todos los titulares, en todo tiempo, el contenido de dicha titularidad.

La transmisión de la cosa no puede tener otra expresión jurídica que la expuesta. El hecho material, en sí mismo, no puede serlo porque es precisamente consecuencia de aquel fenómeno jurídico, no como consumación del mismo, sino como consecuencia de su consumación y efectividad, que sólo puede estar en el negocio transmisivo. Ello explica que no exista posesión corporal posible o tradición material en las titularidades que no la llevan en su contenido, no obstante ser transmisibles en la posesión que la misma señala al titular.

El transmitente desocupa la titularidad, se elimina de ella, como el adquirente la ocupa. No se obliga aquél a desocuparla y a entregarla a éste, sino que la ha desocupado y jurídicamente se la ha entregado. No que deba entregarle y si no lo hace no la ha transmitido, sino que por haberla transmitido la ha desocupado y la ha entregado, puesto que la titularidad transmitida lleva consigo necesariamente como contenido esencial el poder de ejercitárla y con él la energía precisa para accionar contra toda ocupación y ejercicio contrario, sea del titular transmitente como del extraño, salvo, respecto de este último, que la base en un mejor derecho que a su favor alegue (traducido en falta de preexistencia anterior).

En este supuesto se planteará la pugna entre dos titulares en torno al mismo derecho o titularidad, sin relación alguna con la tradición.

La trasmisión se torna así en fenómeno de puro derecho. Y el pre-

tendido hecho de la entrega, tradición o posesión, secuela transmisiva, revierte al puro derecho, título o negocio transmisible en el que está. *necesaria y exclusivamente, jurídica y materialmente, por encarnación. el dar y recibir el cuerpo de la cosa.*

Asentiremos a todo ello y objetaremos, no obstante, que la certidumbre del fenómeno transmisible depende de la realidad del mismo negocio en sus presupuestos necesarios: preexistencia, capacidad, consentimiento, causa, formalidades y requisitos.

Suponemos que nos responderán que para lograr tal certidumbre existe el Registro de la Propiedad. Y nos exponemos a más: a que afirmen su voluntad de que sea así, puesto que a ello ajustan su vida jurídica, con convencimiento pleno de su realidad y verdad.

No sólo no sabremos contradecirles, sino que adquirirán a nuestros ojos nuevo relieve, como representantes ahora de toda la sociedad.

¿Qué se opone a la imposición de aquella verdad y realidad?

Además, prácticamente, con ella todo es claro y fácil en el Derecho español.

Se engarzan los sistemas civil y registral con absoluta perfección. En aquél, netamente espiritual, se opera el fenómeno transmisible en formas flexibles, escrituras y documentos privados, revestidos de autenticidad en cuanto a su fecha en evitación de fraude contra tercero. Partiendo, claro está, de la existencia de los presupuestos necesarios, la transmisión se produce en el mismo negocio que la quiere y a cuya finalidad se realiza con carácter general y universal, sin que pueda exponerse al mismo quien no se base en otro derecho contrario a aquél, nacido de otro título de puro derecho, sea negocio. Llamamiento legal o posesión consumada.

Civilmente, eliminada la tradición o encarnada en el título, que es lo mismo, el sucesor de una titularidad real por cualquier título se coloca en el lugar de su antecesor, con todos sus derechos, no los personales, sino los que lleva implícitamente la titularidad por ser contenido normativo de la misma (como con todos sus deberes, facultades y responsabilidades): con el poder de ejercitar la titularidad, que es poseerla, y de reivindicarla de quien la detiene, habiendo de perderla (por no haberla tenido por falta de preexistencia anterior o por vicios propios de la adquisición misma) ante otro titular de derecho preferente o ante el poseedor de hecho contrario que ha logrado ser titular de derecho por usucapión consumada; si no la ha logrado se hallará

ante la prescripción en curso en la misma posición jurídica que el transmitente. Y todo ello limpiamente, sin cesión de acciones, arbitrio que desesperadamente admite la transferencia de una parte de la titularidad y rechaza que la cesión total de ésta lleve consigo la de la propia acción vitalizadora. Esto en cuanto al sistema civil.

En cuanto al juego del sistema registral, proyectándose sobre aquél adjetivamente para el logro de la seguridad inmobiliaria, nos es suficientemente conocido, y actúa también fina y naturalmente.

El único momento en que la proyección del sistema registral sobre él civil puede originar cierta confusión es en el juego de la posesión como institución típica y autónoma que actúa en su propio campo con absoluta diferenciación de la tradición que conceptualmente ha quedado eliminada.

Veámoslo: Según el sistema de Registro, se asegura al titular protegido la preexistencia de la titularidad de derecho en el transmitente. Si existe un poseedor extraregistral, con usucapión consumada, es evidente que éste posee un título de derecho—título de derecho por usucapión—. En puros principios hipotecarios no podrá invocarla, si no la ha inscrito, en perjuicio del titular protegido o tercero que inscriba su adquisición derivada.

Por el contrario, si la posesión extraregistral se halla en curso de prescripción al surgir el titular derivado, correrá contra éste sin descuento alguno la ganada anteriormente, a la que podrá sumar la posterior, salvo que aquel titular derivado la interrumpa antes de la usucapión. Todo ello por tratarse de meros hechos no elevados a título de derecho.

Como se ve, puede darse el caso de que desde la interposición del titular derivado o tercero a la usucapión medie un corto período de tiempo, tal vez unos días. Y en tal supuesto, "dicho tercero se halla en peor posición ante la prescripción en curso que ante la consumada

Frente a esta concepción cabe admitir la de que en todo caso—prescripción en curso y usucapión—se trata de hechos de que no defiende el sistema al titular registral en ningún caso.

Pues bien. El artículo 36 de la Ley sigue un criterio ecléctico.

Si está consumada la usucapión, el titular protegido o tercero tiene un año para darla por ineficaz, año durante el que habrá de utilizar el sistema que le ampara y obtener la entrega o posesión mediante el ejercicio de las acciones y pretensiones correspondientes, incluso utili-

zando el artículo 41 de la Ley. Como se ve, ha salido perdiendo en relación al alcance que le hubieran proporcionado los puros principios hipotecarios.

En cuanto a la prescripción en curso, se le concede un año para interrumpir la anterior a su adquisición, transcurrido el cual no se le descuenta el tiempo de ésta. Como se ve, ha ganado. De todos modos, se nota la falta de un procedimiento inmatriculario, directo y sencillo, para que el poseedor con usucapión lograda tenga acceso al Registro, impidiendo la proyección de posibles monomanías registrales sobre la realidad y logrando la concordancia de ésta con aquél antes de que el sistema le perjudique.

Pues bien. Si el horizonte jurídico aparece tan claro y despejado en las ideas expuestas habrá que examinar si a su admisión se oponen la conciencia jurídica social, la doctrina, la Ley o la Jurisprudencia actuales.

Conciencia jurídica.—En el presente, la vida jurídica española actúa en su normalidad con arreglo a ellas; el más terco precarista depone sus armas ante el título del despojado sin arguir la falta de tradición que pudiera invalidarlo; el adquirente, en caso de posesión contraria, sabe que adquiere las acciones precisas para el logro del ejercicio de su titularidad, cuyo vigor alcanzará a eliminar al perturbador, tanto si adquiere por herencia como por compra.

A estas consideraciones ajusta la sociedad sus decisiones jurídicas cuando no trascienden a la contienda judicial. Y aun en este caso, tal es el ambiente que influye decisivamente en su resolución por estar en el ánimo de los profesionales, abogados y jueces.

Doctrina.—Doctrinalmente los tratadistas no defienden a ultranza la teoría del título y la tradición.

Por el contrario, se trasluce la general insatisfacción que provocan: quisieran unos verla rechazada en futuras reformas legislativas; los hipotecaristas la temen y quisieran absorberla en la inscripción; y su presunta vigencia obliga a todos a esfuerzos mentales con los que no salvan las contradicciones que plantea insoslayablemente, según tendremos ocasión de comprobar.

Por otra parte, salta a la vista que el moderno legislador hipotecario, conocedor de la teoría de la tradición, ha regulado en los artículos 38, 36 y 41 de la Ley supuestos de inexistencia de tradición en el negocio transmisible, que si estimase necesaria en la forma tradicional.

harían ininteligibles aquellos artículos que, para que tengan sentido jurídico, exigen la aceptación por el legislador del desenvolvimiento de las ideas antes expuestas en relación a dicha tradición.

Jurisprudencia.—Sus alternativas son: a) Exigir a ultranza la tradición *material* clásica para la validez de la tradición, en cuyo caso, a falta de posesión previa en el transmitente, la transmisión no se ha efectuado; y b) Dar por realizada la tradición, aun en este supuesto de posesión extraña contraria, sobreentendiéndola jurídicamente en el instrumento público (tradición instrumental). Camino desviado conceptualmente, pero de idénticos resultados prácticos a los que produciría la teoría ideal de su total eliminación por la concepción espiritual que defendemos.

Se basarían en el artículo 1.462 del Código civil en cuanto a la escritura pública, careciendo, en cuanto a los documentos privados, de la base ideológica que con aquella concepción alcanzaría a los mismos.

La Jurisprudencia es contradictoria: afirma en unos casos lo primero y en otros lo último.

Derecho constituido. Ley.—El Código civil español contiene una serie de artículos en los que trata de la adquisición y transmisión de los derechos reales, de la posesión como institución específica y demás materias conexas, a través de las cuales ha de deducirse la posición del derecho constituido en relación a la teoría, del título y el modo.

A su vez, esos preceptos legales están sujetos a interpretación, y ésta, decisiva en última instancia para aquella deducción, será totalmente diferente. a) Si se parte de tener la teoría del título y el modo como un simple fantasma jurídico, error intelectual o arrastre de pasadas imprecisiones Forzará esta concepción a hallar a los textos legales una interpretación que, pese a subsistir éstos, no perturbe el desenvolvimiento jurídico normal de una sociedad desprocupada del fantasma, error o indecisión, siquiera no pueda ofrecer una acabada teoría del fenómeno transmisor; y b) Si se parte de la idea contraria, valor de la tradición material, el esfuerzo de la interpretación versará sobre la desvirtuación del vigor de los preceptos que la imponen. Y en esta dirección no hallamos base que intelectualmente nos satisfaga, aun cuando, en definitiva, puedan a la postre cruzarse ambos caminos interpretativos coincidiendo en la eliminación práctica de la tradición a efectos jurídicos.

Esta labor es privativa de la Jurisprudencia. Y como tantas otras en que la española ha logrado vencer aparentes obstáculos de las leyes atemperándolas a las nuevas condiciones sociales, políticas y conceptuales de la sociedad cuyo desenvolvimiento jurídico preside, mediante nuevas interpretaciones, confiamos ahora que lo haga también en el aspecto en que tratamos.

Las siguientes líneas tienen por objeto la incitación a la empresa con la fuerza que de prestado tomamos del pensamiento de los maestros representativos de las diversas posiciones jurídicas a través incluso de sus criterios contrarios.

Sintetizando previamente, las posiciones a tomar ante el problema son las siguientes:

1) La tradición material no es necesaria. Carece de valor jurídico. Para la transmisión basta el consentimiento, adornado de los presupuestos necesarios. Idea pura.

2) Además del consentimiento, reflejado en el título, se precisa la tradición o entrega.

Se subdivide: a) La tradición, concebida jurídicamente en la forma que expusimos, única con valor jurídico, se halla contenida en el negocio transmisor. Es posible distinguir en él, teóricamente para dejar a salvo los principios "tabú" de la teoría clásica, los dos elementos, título y tradición. Prácticamente se identifica con la primera posición y permite el desenvolvimiento del derecho en la forma expresada anteriormente; implica una sencilla sucesión de la posición del titular, del transmitente a adquirente, tal como aquél la tiene, con posesión contraria o en pleno ejercicio directo, sin prejuzgar en la lucha posible con la posesión extraña que actúa como institución autónoma sin conexión directa con la tradición, que ya no es entrega material, sino entrega jurídica, a la que no contradice como tal cualquiera que sea su alcance jurídico dentro de su propio campo prescriptorio; y b) La tradición, como entrega material, es precisa, además del título. Para conciliar esta posición con la vida jurídica en su normalidad actual se hace preciso salvar sus fallas conceptuales, las ideas confusas de que nace, los preceptos legales cuya letra, partiendo de ella, no admiten la interpretación espiritual que con la concepción contraria podrían tener. Obliga, sin base lógica ahora que lo justifique, a montar complicadas teorías mediante las que se llegue a aquel resultado. Y no será difícil hallar, en cada una de las ideas y teorías que para ello se esgriman, las

dos corrientes internas que las movilizan: la atracción de la teoría pura espiritual, posición primera, y la repudiación, ataque o desprecio¹¹ de la tradición material. Y la imposibilidad de conciliarlas en las fórmulas ideadas para esta posición última se patentizará en los momentos culminantes y decisivos: en la inexistencia de la tradición material como elemento esencial si caduca ante la "ficta" o se hace compatible con ella, dejando la lucha entre ambas como cuestión independiente de la validez de la transmisión al igual que en la concepción espiritual; en la inconsistencia de la fórmula de constituto, ficción de contacto poseedor mediato que permite el juego de acciones y la ostentación de la titularidad como titular sin aquella entrega material, arbitrios innecesarios en la teoría espiritual con perceptible atracción a su órbita. Entrando en ella ya casi directamente al sobreentender la constituto en la fórmula de estilo y después en el mismo instrumento o título. A un paso ya de hallar la tradición en el negocio transmitivo que representa y es el título.

Paso decisivo que no podrá darse si se considera que el fantasma de la tradición no es fantasma, sino un ser vivo. Si no se da el paso, todo será inútil. Si la tradición material no perece, si es todavía, no prevalecerá contra ella ficción alguna: no habrá transmisión, pese a "fictas", fórmulas y sutilezas mentales; y al titular del derecho desposeído, temporal u ocasionalmente, por cualquier detención, con o sin título de derecho o con título débil e inferior al suyo, se le habrá negado su poder transmitivo privándole¹² de las defensas de su propia titularidad (aunque paradójicamente se diga por algunos que puede transmitir sus acciones sin la titularidad, conservando ésta intransmitida) anarquizando innecesariamente el derecho en aras de una teoría que, con pretensión de útil, muestra ahora la tosquedad que toda materialización encarna como vicio interno.

Nadie escapará al dogal.

Sanz, civilista hipotecaria, en sus comentarios a la nueva Ley Hipotecaria, lanza sus ideas como arietes: "El titular registral de dominio o derechos reales que lleven consigo la posesión de la cosa no puede ser protegido (contra el poseedor de hecho contrario) por la fe pública registral: Primero. Porque le protege frente a situaciones de derecho que no consten en el Registro, pero no frente a problemas físicos o de hecho, entre los cuales está la posesión material de la cosa... Segundo. Porque el único vicio que impide ser dueño a ese titular no

depende del Registro, sino de su misma adquisición, ya que le falta la tradición" (pág. 282). "¿Podrá (el titular inscrito del artículo 41) ejercitar la acción reivindicatoria? La cuestión es bastante difícil y no puede ser resuelta sin apreciar exactamente la verdadera posición del titular inscrito y del dueño extraregistral. El primero tiene a su favor el título y la inscripción; pero le falta uno de los requisitos esenciales para la adquisición del dominio: la tradición, que no puede existir ni real ni fingida y es exigida imperiosamente por el artículo 609 del Código civil" (pág. 295).

Este criterio, ante la posesión consumada, nos interesa tan sólo en cuanto invoca principios que lógicamente deben conservarse inalterables ante la prescripción en curso. Y, sin embargo, veamos su significativa claudicación: "Para hacer cesar la posesión en curso podrá ejercitarse la acción reivindicatoria en cualquier tiempo, siempre que no hubiese llegado la consolidación y dominio por usucapión del poseedor. A primera vista parece que el titular tampoco ha adquirido la cosa por falta de tradición, pero no es así. La tradición instrumental puede considerarse en este caso como verdadera tradición, ya que existe en el vendedor la posibilidad de entregar la cosa mediante el ejercicio de la acción, e igualmente se puede estimar como perfecta tradición simbólica, hecha a base de una cesión expresa o tácita de la acción reivindicatoria" (pág. 298).

Roca Sastre, hipotecarista civilista, en su *Derecho hipotecario*, tomo I, toma posiciones claras y rotundas sin temor a su difícil superación, que no logra en definitiva. Dice "En nuestro derecho rige la teoría del título y el modo y para que exista la transmisión del dominio o derechos reales se requiere un título seguido del modo o tradición" (página 173) "Evidentemente, es irregular el simple planteamiento del problema de si la inscripción suple a la tradición" (pág. 164).

Al interponer el autor en su estudio los efectos registrales de la inscripción no logra desvirtuar la claridad de efectos del sistema civil español señalados por Sanz y, por el contrario, desdibuja las puras líneas del sistema registral español: afirma que si consta la tradición en el mismo título (bien sea por *constitutum* o minimizada por presunción instrumental tácita) subsiste como elemento constitutivo en los actos de transferencia y resulta de los documentos o titulación presentada (salvo que de los mismos conste lo contrario); pero añade que,

aun así facilitada, "es insuficiente para que opere la transmisión si el tradente no se halla en posesión real de la cosa" (pág. 171).

Después de esto pretende salvaguardar el sistema registral por caminos en que éste carece de vigor, con argumentación forzada basada en el tipo germánico impreso a los artículos de la Ley en que se basa: "Se presume que el titular registral es poseedor" (art. 38). "Luego para el tercero del artículo 34 esa presunción deviene incontrovertible y es un propietario poseedor" (pág. 172).

No lo admitimos: el artículo 38 implica una presunción *juris tantum* del negocio inscrito, antes de derivarse otro, que entra de lleno en el juego de la "legitimación", como el mismo autor sostiene acertadamente en la sección VIII del mismo tomo, sin enlace directo con el juego de la fe pública registral que pone en vigor la presunción de *juris et jure* del artículo 34 en beneficio del tercero y en relación al título de derecho del transmitente y no de las situaciones de hecho que puedan afectarle. Y en tal forma, salvado íntegramente el vigor de este artículo 34, caducará el valor del negocio derivado por su propio vicio de falta de tradición.

Señalamos la involucración de ideas. Se trata de saber si la teoría de la tradición clásica vigente permite que los artículos comentados tengan el valor y puedan ser aplicados en la forma pretendida por los legisladores o, por lo menos, por Roca. Este invierte el orden de ideas. Las trastrueca. Parte de aquel valor germánico para su argumentación.

Mas todo será inútil si deja subsistente la tradición clásica en el Derecho civil. Escamoteada registralmente, no podrá hacer lo mismo civilmente. Habrá de sustituirla inevitablemente por la concepción espiritual.

Y sustituída por ésta no hará falta alguna el escamoteo registral, como no fué necesario en el sistema germánico que prescinde de la tradición. Le amenaza el dogal.

Y si su sinceridad le obliga, antes o después, a rechazar aquella presunción posesoria de tipo germánico, por innecesaria y erróneamente concebida, se lo habrá apretado él mismo, arrastrando tras sí el aparato de su argumentación, de que desde el principio estaba insatisfecho, siquiera la esgrimiera desesperadamente en su afán hipotecarista.

Veámoslo. Al hacer historia de las vicisitudes jurisprudenciales de los artículos 38 y 41, señalan un momento en que al titular de este último se permitió la utilización del juicio de desahucio por precario

(página 283), por lo que admite que, a través de la interposición del sistema registral, existe la figura de poseedor mediato que tiene la posesión por mediación de un mediador posesorio que reúne la condición de precarista (pág. 285). Como es natural, no le satisface conceptualmente.

En otros lugares dice: "Si actualmente el artículo 41 (moderno) establece el procedimiento de efectuación posesoria sin apoyarlo en la presunción de posesión de aquélla (art. 41 antiguo 38 moderno) se valió para lograrla, lo más indicado hubiera sido suprimir tal presunción (art. 38)

Le sobra la tradición, pero queda inerme ahora. Y ha de claudicar: "El acuerdo de transferencia, o sea el *animus transferendi et accipiendo domini*, debería ser necesario que se formulase explícitamente en los títulos inscribibles. La tradición pasaría a ser una mera toma de posesión. De no aceptar este sistema, sería preferible seguir francamente el sistema traslativo del Derecho francés" (pág. 178). Cuya simplicidad se desvanece con la teoría del título y del modo ante problemas como el indicado de la vacua posesión" (pág. 179). Y más adelante (pág. 264): "Repetimos, una vez más, que hubiera sido preferible prescindir de dicha presunción posesoria, *llegando su función respecto de la tradición mediante constituir ésta por el negocio de disposición unido causalmente con el contrato de finalidad traslativa*."

Blas Pérez y José Alguer, juristas científicos, en su traducción y adaptación del *Derecho alemán*, volumen I, tomo III, páginas 389, 399 y siguientes, dan una interpretación nueva de los artículos del Código civil español que hacen referencia a la tradición. Espiritualizan el concepto de entrega y revalorizan la posesión mediata hasta considerarla equivalente a la puesta en poder y posesión con que el Código considera aquella entrega cumplida a través del artículo 1.462, no ocultándoseles, por otra parte, que más que una consagración de la figura jurídica de constituto posesorio es una aproximación al modo consensu.

Dicen también significativamente: "El propietario desposeído no por eso deja de serlo ni carece de facultad de enajenar; por lo tanto, si él pudo ser propietario y cedente sin posesión, podrá transferir la propiedad tal y como la tiene, o sea, sin posesión, sin que por eso pueda negarse respecto del cesionario que sea propietario, como no podrá negarse respecto del transferente antes de la transmisión" (pág. 412).

Ofrecen a la jurisprudencia el camino a seguir.

Parece que le anima a seguirlo: "Sobre los preceptos del Código civil es imposible fundamentar la existencia de la teoría del título y el modo." "Frente a todas estas razones sólo quedan en pie los desacreditados prejuicios sobre la añeja teoría del título y el modo." "Si la teoría del título y modo tuviera un fundamento doctrinal claro y seguro, que se impusiera sobre las deficiencias de expresión y de concepto del Código civil, podría aún de servir de preocupación al intérprete, pero su descrédito es evidente."

Y exteriorizan convincentemente la básica razón al tratar del artículo 609 del Código civil: "Si la tradición es consecuencia de ciertos contratos, éstos serán causa y fundamento de tal consecuencia."

Por último, D. Jerónimo González, maestro de todos, en su conferencia acerca de la tradición en la Academia Matritense del Notariado, hace una exposición objetiva y profunda de la figura, que permite a nuestra desenvoltura llegar a conclusiones que sin duda rechazaría su prudente sabiduría.

No se le oculta que en el fondo del problema late la incertidumbre e inseguridad del derecho, la pugna entre la propiedad y sus formas aparentes, entre el "deber ser y el ser", para cuya solución se arbitra jurídicamente el mecanismo de la tradición o traspaso de posesión. Que "entra con ello el problema en un nuevo plano, el posesorio que desde dos mil años sirve de campo de batalla a los teóricos y a los prácticos del derecho sin que se vislumbre la solución de los problemas planteados".

Rechaza resueltamente la posibilidad de sustituir la técnica del Registro por la doctrina de la tradición inscrita, porque "el sistema registral centra su energía más en el dominio que en la posesión" "y mucho más contradictoria resulta la idea de la tradición registral con la intuición popular que confiere al instrumento público una especial fuerza constitutiva en razón a la transmisión del dominio, que la inscripción ratifica. Suponer que el comprador de una finca mediante escritura pública que le pone expresamente en posesión de la misma necesita de la inscripción para justificar los actos y obras de mejoramiento, riego, cierre y aprovechamiento, es desconocer la práctica notarial y la vida agrícola española. Debemos, en su virtud, concluir que, por estrechas que sean las analogías entre el régimen de la tradi-

ción y el de nuestro sistema inmobiliario, nada se adelantaría con una asimilación total de las instituciones".

Hace una afirmación fundamental: "El acto de transferencia (tradición) es distinto de la posesión misma."

Brillante luz que instantáneamente deja apagar. A un paso ya de llegar a su conclusión: a la nítida diferenciación del fenómeno transmisor espiritual y jurídicamente concebido forzosamente en el negocio o título y el juego autónomo e independiente de la posesión como tal. Con lo que llegaría al derecho que deseas.

Al no dar este paso queda aprisionado en el dogal y ante la prueba definitiva, o sea cuando el tercer poseedor no se halla en una relación clara y reconocida con el dueño que transfiere, ve caer todos los simbolismos ideales, *constituto, tradicio, brevi, ficta*, etc., haciéndole decir: "La tradición se desvanece, y si no concedemos al cesionario el papel de un representante en cosa propia (*procurator in rem suam*), concluimos por sancionar la transmisión de las acciones características del dominio por el solo consentimiento de los interesados."

Aun ahora, la sombra de la tradición material clásica le habrá impedido "concluir que sancionamos la transmisión de la titularidad por el solo consentimiento de los interesados".

El no elevarse a la tradición espiritual, implícitamente consustancial en el negocio, y el observar que se manifiesta explícita en las cláusulas de estilo y que esa tradición *ficta* se ofrece como única tabla de salvación a través de la jurisprudencia, sea tal vez lo que le haga invocar la pericia técnica de los Notarios para el vencimiento de las profundas dificultades que percibe.

Ello excede al poder del fedatario, sin duda. Pero respondemos, no obstante, a la invocación.

He aquí nuestra fórmula: "El adquirente Don _____ acepta el dominio (o la titularidad que sea: usufructo, censo, etc.), en cuya titularidad le transmite Don _____ su posición de titular por la presente venta (o donación, adjudicación en pago, etc.)"

Correrá la suerte de todas las fórmulas de estilo.

La fuerza que se le asigne nunca habrá nacido de ella, sino del significado que le den la sociedad, los juristas y, en último término, la jurisprudencia, naciendo de su propia concepción del derecho.

Para nosotros significará exactamente la expresión de la concep-

ción espiritual del fenómeno transmisor del título en que se inserta, y carecerá de significado en cualquiera otra concepción.

Sólo cuando aquella concepción sea la de la sociedad, la de la doctrina y la de la jurisprudencia significará algo la fórmula. Precisamente aquélla. Y entonces carecerá de utilidad y de significado, pues una y otro se habrán desplazado y se hallarán en el negocio transmisor o título mismo.

Preguntamos: ¿No nos hallamos en ese preciso momento histórico que sólo espera la confirmación jurídica de la teoría espiritual, directa e inmediata en las Leyes?

Hemos oído la respuesta del Sr. Fontcuberta.

Entre tanto, tiene la palabra la jurisprudencia.

JOSÉ URIARTE BERASATEGUI.

Notario.

(Continuará.)