

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIV

Noviembre 1948

Núm. 246

## El concepto moderno de modo de adquirir y sus repercusiones registrales en relación con la doctrina del título y el modo.

(NOTAS PARA UN ESTUDIO)

### I.—INTRODUCCIÓN.

El Programa para las Oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, publicado en los *Boletines Oficiales del Estado* de los días 14 al 25 de abril de 1948, en el tema 37 de los dedicados al Derecho Civil, plantea, en su última pregunta, un tema digno de preocupación, no solamente por parte de los opositores, debido a exigencias obligadas, sino de quienes sentimos una serie de inquietudes ante las renovaciones del Derecho Privado y, especialmente, en cuanto se refiere a los problemas de orden registral, tan de moda en estos tiempos.

Al llamar moda a este repentino resurgir de la literatura jurídica en cuanto a los problemas del Registro de la Propiedad, queremos comenzar poniendo de relieve lo que una moda puede significar en el campo de la investigación científica. En efecto: la necesidad de enfrentarse con nuevos métodos por considerar superados los anteriores, puede poner de moda esas mismas directrices metodológicas, en un país o grupo de países determinado. Algo parecido a lo que ha sucedido en nuestra Patria en estos últimos años con los problemas relativos al método jurídico, dando lugar a una producción excelente de trabajos de esta índole en los que destacan de manera singular las dos obras fundamen-

tales de nuestros queridísimos maestros José Castán (1) y Antonio Hernández-Gil (2).

Pero no es a esta moda a la que nosotros nos queremos referir al iniciar este trabajo, sino a lo que podríamos llamar *moda impuesta*, concepto que parece estar en contradicción si se tiene en cuenta que el primer vocablo de la palabra compuesta, como toda moda en realidad, parece responder al capricho y no a la necesidad a que responde siempre toda imposición.

Y fué el legislador quien comenzó por imponerla al someter nuestra legislación hipotecaria a una reforma, si no fundamental, si, al menos, de una considerable importancia, producto de la cual fueron: la promulgación del nuevo texto refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 y su Reglamento de 14 de febrero de 1947. Y es también el propio legislador quien nos explica, en la Exposición de Motivos, el por qué de esta reforma (3) que coincide, como es natural, con el de todas las reformas en materias de esta índole, y que, en síntesis, es el siguiente: poner en consonancia la realidad jurídica (que es vida, sometida a ese constante evolucionar que lleva consigo) con el Derecho escrito (que es estático) y que si quiere ser tal es preciso que

(1) Como compendio de sus últimos trabajos, ver *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho. Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo*, Madrid, 1947, y *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho*, Madrid, 1947.

(2) En su fundamental *Metodología del Derecho. I. «Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas»*, Madrid, 1945.

(3) Dice en la exposición de motivos «A los dieciséis lustros de la promulgación de la más fundamental de nuestras leyes hipotecarias, todavía se halla sin inscribir más del 60 por 100 de la propiedad; se ha iniciado una corriente desinscribitoria, y paulatinamente se retrocede, en amplios sectores de la vida nacional, a un régimen de clandestinidad, vencido en muchos países, y para cuya desaparición se dictó en nuestra patria una de las leyes «más científicas entre las nacionales».

»La reforma que ahora se introduce, corolario de atento e imparcial estudio, obedece al propósito inquebrantable de acometer con las mayores probabilidades de éxito la ya inaplazable solución que reclaman los problemas referidos, constantemente experimentados, y, además, con reiteración advertidos desde distintos y hasta opuestos campos.»

Los problemas a que se refiere el legislador son exactamente los mismos (de protección y seguridad del tráfico y garantía en la contratación) que inspiraron a los legisladores de 1861.

esté en consonancia con esa vida social, cuya regulación normativa constituye su único objeto.

No debe, pues, extrañarnos que el Programa de Registros, en el lugar referido, contenga un epígrafe que dice así: "Concepto moderno del modo", en el tema dedicado al estudio de los modos de adquirir el dominio y a la doctrina del título y el modo.

Nos hemos creído en el deber de hacer estas aclaraciones previas, dirigidas a quienes aferrados a unos principios, no por muy tradicionales, menos sujetos a evolución (como todo el Derecho), toman determinadas teorías, sin duda consagradas ya en nuestro Derecho (y que nadie discute), como la del título y el modo de adquirir, en defensa de posiciones, más o menos personales, que pretenden presentar con calidad de dogmas.

Estas posturas olvidan lo principal: la evolución jurídica que se manifiesta, tanto desde el punto de vista doctrinal como desde el jurisprudencial, que no se pueden divorciar en modo alguno, ya que, como escribe Bonnetcase (4), "Doctrina y jurisprudencia son dos hermanas gemelas, cuyos papeles respectivos crecen uniformemente en razón inversa de la ancianidad de la legislación".

Y no se olvide, por lo que concierne a la evolución de los modos de adquirir, que nos encontramos ante una de las materias que más profundas transformaciones ha experimentado debido, precisamente, a la constante mutación del tráfico jurídico cuyas necesidades, cada día más apremiantes, demandan nuevas formas y nuevas transformaciones.

Pero no adelantemos los acontecimientos y veamos la serie de consideraciones que nos sugiere el tema propuesto, comenzando por su evolución histórica, no sin antes advertir que *este trabajo se va a concretar al estudio de la tradición, en cuanto modo de adquirir, su relación con la teoría del título y el modo, y, desde luego, en relación únicamente con los problemas de orden registral.*

## II.—ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Se ha pretendido ver la evolución histórica de todo. Muchas veces tomada como tópico por quienes las utilizan como medio de sus investigaciones, cuando no deben utilizarse, por tratarse de instituciones

(4) *Elementos de Derecho civil*, versión castellana de Cajica (I.), Méjico, pág. 18.

de creación moderna. Otras, criticadas sin razón, a quienes la utilizan debidamente por referirse a instituciones que son productos de una formación histórica.

Por razones de índole general, expuestas ya por nosotros en otra ocasión (5), pero, sobre todo, por tratarse de la materia objeto de este trabajo, producto claro de una elaboración histórica, no muy precisamente delimitada, creemos que es imprescindible plantearla aunque sólo sea concretándola al máximo, en el tema de nuestro estudio y tratando sólo los *verdaderos antecedentes* en el Derecho español:

1. DERECHO ROMANO.—Prescindiendo aquí del estudio de los modos solemnes de adquisición del Derecho romano ("mancipatio", "in iure cessio", "adjudicatio" y "assignatio") (6), que no hace al caso, dada la finalidad de este trabajo, centremos nuestra atención en la "traditio", como prototipo de los modos derivativos de adquirir la propiedad y los derechos reales. Pero antes de ello no queremos dejar de anotar que en estos modos solemnes de transmisión, toda su eficacia constitutiva reside exclusivamente en su carácter eminentemente formalista.

Al surgir en la Historia del Derecho romano la "traditio", en el período clásico lo hace paulatinamente, coexistiendo con la "mancipatio" y la "in iure cessio", que cada vez van siendo menos practicadas (7).

La "traditio" es un "modo natural de transferir el derecho sobre toda clase de cosas, muebles e inmuebles, por el consentimiento y la entrega o entrada del adquirente en la posesión del "tradens" (D. Jerónimo González) (8).

Mediante la "traditio", el "tradens" se desprendía, desapoderaba o desinvertía del poder o señorío de la cosa transferida, y lo atribuía, invertía o incorporaba a la persona del "accipiens".

En la "traditio", existía un "corpus" y un "animus". Aquél era el acto material de la entrega de posesión. Este era el "ánimus transferen-

(5) Ver nuestra *Introducción al Derecho registral*, Madrid, 1947, páginas 47 a 52.

(6) Una síntesis y abundante bibliografía acerca de esta materia se encuentra en nuestra *Introducción...*, cit., págs. 52 y sigs.

(7) Ver Marín: op. cit., pág. 59.

(8) «La tradición de fincas en los instrumentos públicos», conferencia, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, I, Madrid, 1945, página 17.

di et accipiendo dominii". En rigor, la "traditio" constituía un negocio de disposición.

Este "animus", con todo, no era preciso que fuese formalmente expresado estando más bien implícito e incrustado en el "corpus". Además, con el tiempo, el "corpus" fué inmaterializándose mediante las formas de "traditio ficta", simbólica ("brevi manu", "longa manu", "Constitutum possessorium", etc.). Pero siempre la "traditio" subsistía como un complejo de entrega material unida a un "animus" de transferencia (9).

Damos por supuesto, en aras a la brevedad, el concepto de "causa" de la tradición. Lo que nos interesa precisar aquí es el fijar si era necesario o no que figurase esta *causa* para que la transmisión se operase.

Dos textos fundamentales se citan cotidianamente para demostrar la necesidad de que la *causa* conste ínsita en el negocio de disposición que la "traditio" supone. Textos que más tarde habrían de servir de pilar básico a los decididos partidarios de la teoría del título y el modo:

1.º "Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur" ("El dominio de las cosas se transfiere por tradición y usucapión, no por los simples pactos") (10).

2.º "Nunquam nuda traditio transfert dominium, set ita, si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit [propter quam traditio sequeretur]". ("La simple tradición nunca transfiere el dominio, a no ser que le preceda una venta o cualquier otra causa justa [por la cual se realizaría la tradición]") (11).

No vamos a detenernos en el análisis detenido de estos textos, hecho ya, con inigualable maestría, por el inolvidable maestro D. Jerónimo González (12).

Por el contrario, existen otros textos que, por cierto, los acérrimos defensores de la teoría del título y el modo se guardan muy bien de citar, en los que la exigencia de la *causa* de la tradición no aparece por ninguna parte. Veámoslo:

(9) Cfr. Roca Sastre: *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.ª edición, I, Barcelona, 1945, pág. 425.

(10) Cod. 2, 3, 20.

(11) Dig. 41, 1, 31. Sobre la interpolación de lo señalado entre paréntesis, cfr. Lange: *Das Kausale Element in Tatbestand der klassischen Eigentumstradition*, 1930, pág. 5.

(12) *Principios hipotecarios*, Madrid, 1931, págs. 22 y sigs.

1.º “Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam coniunctum est naturali aequitati quam uoluntatem domini uolentis rem suam in alium transferre ratam habere”. (“Estas cosas que se hacen nuestras por tradición, son adquiridas por nosotros por virtud del derecho de gentes, pues nada hay tan conforme a la equidad natural como dar por válida la voluntad de un propietario que quiere transmitir su cosa a otra persona”) (13).

2.º “In omnibus rebus quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ex venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perducere ad effectum id quod inchoatur non potest”. (“En todos los actos que transfieren el dominio conviene que concurre el consentimiento de ambos contratantes, pues si se contrató por venta, donación, arrendamiento o por cualquier otra causa, a no ser que consienta la voluntad de uno y otro, no logra su efecto aquello que uno puede ser inchoado”) (14).

Este texto, desde luego, es mucho menos fuerte que el anterior a los efectos probatorios.

3.º El citado en primer lugar por los partidarios de la doctrina del título y el modo y al que ya nos hemos referido (“traditionibus et usucapionibus”, etc.).

Nos limitamos simplemente a transcribir los textos: veamos ahora sus consecuencias.

2. CONSECUENCIAS.—No se crea que por alegar los textos citados pretendemos nosotros deducir que se trata de una admisión del negocio jurídico abstracto en la tradición romana, como ya apuntó Savigny (15) y desarrolló la técnica conceptual alemana, entendiendo por

(13) Dig. 41, 1, 9, 3 (Gayo, I, II, de *rerum cottidianarum*). Este texto fué recogido, en parte, por Justiniano en sus *Instituciones*: «Per traditionem quoque iure naturali rei nobis adquiruntur: nihil», etc. La *Paráfrasis* de Teófilo a estas últimas parece confirmar la tesis, ya que entre los requisitos que estima necesarios para la transmisión de propiedad por *traditio* no incluye la *iusta causa*. (Cfr. Ursicino Álvarez Suárez: *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945, pág. 28.)

(14) Dig. 44, 7, 55, texto profundamente interpolado. (Cfr. Ursicino Álvarez Suárez: op. cit., pág. 29.)

(15) Cfr. Felgentraeger: «Friedrich Karl von Savigny Einfluss auf die Uebereinslehre» (*Abhandlungen der Rechts- und Staatsw. Fakultät der*

negocio abstracto el que configuraron ellos y recogió más tarde el Código civil alemán; no. Creemos que está suficientemente demostrado, como escribe el ilustre maestro profesor Ursicino Alvarez Suárez, que "en la vida jurídica toda transmisión de propiedad tiene una causa que la justifica y legitima, sea cual fuere el acto traslativo concreto mediante el cual se realice la transmisión. El problema está en fijar cómo juega esta *causa de la transmisión* con el acto concreto mediante el cual la transmisión ha de tener lugar" (16).

No creemos que, pese a los antecedentes alegados que sirven de fundamento a Savigny (17) para considerarlos como del negocio abstracto en Derecho romano, se pueda ver en ellos una verdadera abstracción de la misma naturaleza que la que se reflejará más tarde en el Código civil alemán, al regular la figura.

Para ello, y dando por supuesto el concepto de abstracción en relación con la teoría de la causa, creemos se pueden distinguir, dentro de ella, los siguientes supuestos:

a) *Abstracción sustantiva absoluta*, en la que la *causa* no es preciso que figure en modo alguno y en la que podríamos encuadrar perfectamente como tipo único el *negocio jurídico sin causa*. Esta no puede influir para nada ni en la contextura interna ni en la vida del negocio. Es la del Derecho romano de la "mancipatio", "in iure cessio", etc., en que la causa queda totalmente borrada y embebida dentro del más riguroso formalismo, al que se subordina todo.

b) *Abstracción sustantiva relativa*, en la que la causa existe, aunque fuera del negocio jurídico y sólo será cognoscible de quienes, con la cualidad de terceros, impugnen el negocio jurídico basándose en la ilicitud, falsedad o inexistencia de la causa, cuya impugnación llevará consigo el considerar el negocio jurídico celebrado como inexistente.

c) *Abstracción procesal* (18) *absoluta*, en la que, prescindiendo

Univ. Göttingen, 3, 1927), donde se resume, en síntesis perfecta, todo el pensamiento de Savigny a este respecto.

(16) Ver Ursicino Alvarez: op. cit., pág. 37.

(17) En el trabajo de Felgentraeger, citado, se recogen una serie de lecciones sobre *Recht des Besitzes* (1803) de Savigny, sobre los que éste estimó antecedentes de la teoría del título y el modo.

(18) No se crea que al contraponer los conceptos *sustantivo* y *procesal* queremos tomar partido a favor de alguno de los bandos constituidos en torno a la naturaleza jurídica del Derecho procesal. Tan sólo a los efectos

en absoluto del papel que la causa juega desde el punto de vista del Derecho civil puro se presume "iuret et de iure", que el negocio jurídico se ha realizado, aunque no exista la causa o ésta no sea aparente, imposibilitando a quien alega en juicio cualquier circunstancia de relevancia decisiva para la validez del negocio, basada en la causa, que prospere su alegación. Es la que, a nuestro juicio, se da en el negocio jurídico abstracto de tipo alemán y que, con las debidas reservas y precauciones, como veremos más adelante, se puede ver en el tercero protegido por la fe pública registral, siempre que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En esta clase de abstracción, el negocio jurídico, en sí, es inatacable. Pero si se prueba la inexistencia o ilicitud de causa por la parte perjudicada, puede dar lugar, en determinados casos, a una indemnización de daños y perjuicios, ejercitable ya en Derecho romano, por la vía de la "conditio".

Y esta abstracción de orden procesal absoluto sí que creemos que se dió en el Derecho romano de la "traditio" y que se puede deducir fácilmente de los textos citados en segundo lugar.

d) *Abstracción procesal relativa*, por la que se confiere a quien alega un derecho en juicio, una presunción "iuris tantum" de que el derecho existe y pertenece a su titular. Es, en definitiva, la protección al titular registral que consagra la Ley Hipotecaria en los artículos 38 y 41 y demás concordantes.

El otro elemento indispensable para que la tradición se realice es la toma de posesión que, prescindiendo aquí de su naturaleza jurídica, es lo cierto que era lo exteriorizante, lo que "erga omnes" acreditaba ante todos que la transmisión se había consumado.

Prescindimos aquí, deliberadamente, de la multitud de formas en que la tradición y, como consecuencia, la toma de posesión se realizaba. Pero sí queremos hacer notar un fenómeno que nos servirá de base para ulteriores conjeturas acerca de la evolución de los modos de adquirir. Se trata de buscar la razón de esta evolución, que comienza con el más riguroso formalismo ("mancipatio", "in iure cessio", etc.), para, siguiendo con la tradición real, acabar en la tradición ficticia y en el "constitutum possessorium" en que apenas pueden atisbarse vestigios de entrega real.

de distinguir de alguna forma lo puramente civil de lo procesal utilizamos las denominaciones apuntadas.



¿A qué obedece esta evolución. qué lleva consigo transformaciones tan notables? Creemos que se puede afirmar con gran fundamento que no tiene otra causa que el desarrollo constante y en aumento que, a través de los diversos momentos de la historia jurídica, se ha dejado sentir en el *tráfico jurídico*, que, a medida que ha ido evolucionando económicamente ha planteado nuevas necesidades, y, como consecuencia, ha demandado nuevas formas de regulación.

Pretender buscar en el Derecho romano antecedentes del Registro de la Propiedad a los efectos de encontrar en la inscripción un sustitutivo de la tradición, resultaría en extremo pueril, ya que el Registro de la Propiedad, con sus efectos legitimadores, es decir, con los caracteres de una institución jurídica propiamente dicha, no surge en la historia jurídica hasta que la realidad del tráfico no reclama sus exigencias. Y, aunque como ya afirmamos en otra ocasión (19), el Registro de la Propiedad es una invención germánica, éste surgió respondiendo a una verdadera e inaplazable necesidad: la de dotar de seguridad las transformaciones del tráfico, habiendo podido surgir lo mismo en Colonia que en cualquier otra parte del mundo (20).

(19) Cfr. nuestra *Introducción al Derecho registral*, cit., págs. 72 y sigs., ya que, pese a los numerosos antecedentes en el Derecho romano y aun en los Derechos más antiguos (ver a este respecto Cammarota: *Tratado de Derecho hipotecario*, Buenos Aires, 1942, págs. 19 y sigs.), éstos no se refieren en modo alguno a la consideración institucional de la publicidad registral. (Cfr. J. González: *Estudios de Derecho hipotecario*, Madrid, 1924, páginas 93 y sigs., a propósito de los antecedentes romanos en España, concretados exclusivamente a los gravámenes.)

(20) Ver, sobre esta necesidad, nuestra *Introducción...*, cit., págs. 72 a 81. No es argumento para quienes pretenden basar en la falta de antecedentes registrales en Derecho romano el que a éste le fuese totalmente ajeno, y, como consecuencia, el que nuestra legislación civil, de indudable fondo romano, no captara bien la regulación registral en su sentido técnico, de indudable procedencia germánica. Sabido es que el Derecho romano se caracterizó en su formación por un aspecto eminentemente práctico, enemigo, por tanto, de la construcción de conceptos innecesarios. Cuando la vida práctica demandaba la solución de un caso concreto que se daba en la realidad, entonces el Derecho, simplemente, se limitaba a regularla. De este modo, que podríamos llamar espontáneo, surgen en el Derecho romano multitud de regulaciones jurídicas. Sirvanos de ejemplo, entre otros muchos, el de los interdictos posesorios, que no aparecen en la vida jurídica romana hasta que el pretor, que vivió la serie de situaciones que el estado de hecho de la posesión venía provocando, sintió la necesidad de regularlos, y los re-

### III.—DE LA TRADICIÓN, A LA DOCTRINA DEL TÍTULO Y EL MODO.

Vamos a examinar ahora cómo, a nuestro juicio, se llega de la "traditio" a la teoría del título y el modo, teniendo en cuenta que esta evolución no se puede comprender perfectamente, limitándose a un exclusivo y escueto examen de fuentes y textos, puesto que, a nuestro entender, laten en el fondo de la cuestión una serie de factores de la más diversa índole (económicos, jurídicos y sociales), que es preciso conjuntar si se quiere obtener una visión global del problema.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO AL POR QUÉ SE PRESCINDE DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS GERMÁNICOS.—Por tratarse en estas páginas de un trabajo dedicado a plantear una serie de sugerencias en torno a lo que se debe entender hoy, por modo derivativo de adquirir, en relación con el Registro de la Propiedad en España, pese a su extraordinario interés, creemos que debemos prescindir en absoluto de los antiguos antecedentes germánicos a este respecto por dos razones fundamentales:

1.<sup>a</sup> Por estar convencidos que, pese a la adopción por el Código civil austríaco de la doctrina del título y el modo de adquirir, así como por el Código civil suizo, estas legislaciones llegaron a ella por caminos distintos de los nuestros, ya que creemos que nuestros legisladores de 1889 se dejaron llevar de la influencia de las Partidas que, aunque inspiradas fundamentalmente en el Derecho romano justinianeo, no se debe olvidar la decisiva influencia que tuvieron en su redacción las obras de los glosadores y romanistas y los "Libri feudorum" (21). El viejo Derecho castellano, de fondo más o menos germánico, se toma en cuenta en muy escasa medida (22). Y, como más adelante veremos, fué un vestigio de respeto a la tradición consagrada en las Partidas, por una parte, y una gran influencia de patrones extran-

guló haciendo uso de aquel su poder creador, tan fecundo y maravilloso en multitud de ocasiones. (Ver a este respecto nuestro trabajo «Sobre la naturaleza jurídica de la posesión en el Derecho español. Notas para un estudio». Edición separada de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1943, págs. 9 y sigs.)

(21) Cfr. Galo Sánchez: *Curso de Historia del Derecho*, edición de Reus de 1940, pág. 119, y García Gallo: *Curso de Historia del Derecho español*, I, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1947, pág. 260.

(22) Cfr. García Gallo: loc. cit.

jeros en la historia de nuestra codificación civil, por otra, las que, a nuestro juicio, dieron carta de naturaleza en el Código civil a la doctrina del título y el modo.

Todo ello, más la concreción a un artículo de revista, nos hace prescindir de los antecedentes germánicos, a los fines propuestos, que por muy sugestivos que sean, y a pesar de haberlos tratado ya en otra ocasión (23), creemos sinceramente que no fueron tenidos en cuenta por nuestros legisladores de 1889 para redactar el Código civil.

2.<sup>a</sup> Que si bien la Ley Hipotecaria de 1861 fué en su casi totalidad de inspiración germánica, como tenemos ya demostrado en otra ocasión (24), esta inspiración se recibe ya directamente procedente de las orientaciones puramente registrales germánicas, tal vez con olvido casi absoluto, por parte de sus redactores, de que existía una doctrina del título y el modo y, desde luego, sin darle en ningún momento ese valor casi sacramental que se le pretende dar en la actualidad. Argumento relevante, sin duda alguna, para, quienes como nosotros, consideran tan poco arraigada históricamente en el Derecho español, en el momento de la Codificación, la doctrina del título y el modo, como hoy lo pueda estar, verbigracia, el contrato abstracto de la técnica alemana, como tendremos ocasión de ver más adelante.

2. CAMINO POR EL QUE SE LLEGA A LA DOCTRINA DEL TÍTULO Y EL MODO.—La cuestión en torno a si la "traditio" romana fué un acto abstracto o causal, divide a los autores al enfrentarse con los textos ya citados antes, siendo la bibliografía, a estos efectos, francamente abrumadora (25).

Entre nosotros, el Profesor Serrano y Serrano (26) estima, dentro

(23) Cfr. Marín: loc. cit., donde el lector encontrará abundante bibliografía a este respecto.

(24) Marín: op. cit., págs. 127 y sigs.

(25) Entre otros, pueden verse: Alvarez Suárez: op. cit., págs. 31 y sigs.; Arias Ramos: *Derecho romano*, 1.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1940, I, pág. 273; Ehrhardt: *Iusta causa traditionis. Ein Untersuchung über den Erwerb des Eigentums, nach römischem Recht*, Berlín y Leipzig, 1930; Lange: loc. cit.; Monier: «Le malentendu sur la causa traditionis», en *Studi in onore di Bonfante*, III, 1930, págs. 217 y sig.; Riccobono: «Traditio ficta», en *Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte romanistische Abteilung*, Weimar, 1912, 33, y 1913, 34.

(26) Serrano (Ignacio): «Iusta causa traditionis», en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, años 1934, págs. 805 y sigs., y 1935, págs. 332 a 334.

de la tesis que se inclina por la abstracción, que "*iusta causa traditionis* es el acuerdo de voluntades (D. 41, 1, 36) de dar y recibir una cosa o un derecho real, de lo que lo más importante es la voluntad de dar (Inst. II, 1, 40) y que ordinariamente se incorpora a un contrato u *obligatio* (Gayo II, par. 20), sin valor constitutivo de la tradición, y cuya falta es meramente impeditiva (con lo que se la distingue de la *causa usucapionis*, en la que concurren los caracteres opuestos) y que no esté incurso en una prohibición legal".

Jörs-Kundel (27) creen que la "traditio", causal en la época clásica, fué abstracta en el Derecho justiniano-bizantino. Esta es también la opinión del maestro español Profesor Ursicino Alvarez (28).

¿Cómo se llega, pues, de esta situación a la doctrina del título y el modo? Pues, simplemente, por el camino de lo que tanto critican sus más decididos defensores actuales: por la abstracción de glosadores y comentaristas, que no hacen otra cosa más que descomponer los dos elementos de la "traditio" ("corpus" y "animus") incrustados en un mismo concepto, en dos conceptos diferentes: modo = "corpus" y título = "animus", que siglos más tarde un brillante resurgir de la técnica notarial se encargará de asentar en los más sólidos pilares la teoría.

No vamos a detallar esta evolución por evitar al lector repeticiones innecesarias de lo que no se puede comparar con nada: el magnífico e insuperable estudio de D. Jerónimo González (29), a donde remitimos al lector, tanto para que comprenda la evolución como para un magnífico acopio de bibliografía que allí encontrará (30).

3. INFLUENCIAS DE ORDEN SOCIAL Y ECONÓMICO A QUE RESPONDE LA DOCTRINA Y SUS CONSECUENCIAS.—Creemos que es preciso penetrar más en lo íntimo de toda esta transformación fijándose mejor en la serie de circunstancias de orden económico y social, que rodean, la formación de la doctrina del título y el modo, puesto que no conviene olvidar ni un momento, como ya apuntamos al principio, que el

(27) *Derecho privado romano*, versión española del Prof. Prieto Castro, 1937, págs. 181 y sigs.

(28) Op. cit., págs. 17 a 42.

(29) *Principios hipotecarios*, Madrid, 1931, págs. 21 y sigs.

(30) Más recientemente, se pueden encontrar interesantes datos en el magnífico trabajo del Prof. D. Espín «La transmisión de inmuebles en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, año 1945, págs. 349 y sigs.

Derecho es vida y que no suele surgir por generación espontánea, sino por necesidades cuya resolución la demanda esa vida social y económica.

A este respecto conviene no olvidar la influencia, no pequeña, del Derecho feudal en España, tan íntimamente ligado con la doctrina del *título y el modo*, como ya puso de relieve, con singular maestría, don Jerónimo González (31).

Como ya hemos escrito en otra ocasión (32), con el establecimiento del orden feudal, una nueva forma de propiedad: la feudal, se sobrepuso a la propiedad libre que, si no pudo eclipsarse, pasó a segundo lugar. La falta de una protección eficaz del Estado y el afán de escapar a las cargas públicas, difundió el sistema de ceder los propios bienes a la Iglesia, a los monasterios y a los particulares, con la condición de recuperar el usufructo por largo tiempo y la seguridad de gozar del mismo (33).

A estas concesiones privadas se agregaron otras, otorgadas por los reyes a sus partidarios y fieles, con el mismo carácter de usufructo vinculado a ciertas prestaciones.

La propiedad feudal, que la anarquía de los tiempos hizo necesaria, tenía un carácter contractual, se perfeccionaba mediante la *investidura* y engendraba relaciones reales y personales (34).

Con respecto a la *cosa feudal*, los derechos del señor se resumían en el *dominio directo*; los del vasallo, en el *dominio útil*: *ius omnem ex feudo percipiendi utilitatem* (derecho de percibir toda la utilidad del feudo). El poder del señor, por naturaleza soberano, vino a unirse de tal manera con la propiedad, que casi parecía que donde se hallara una tierra feudal allí existiera también la soberanía. Los elementos políticos, prevalecientes del antiguo feudo, fueron atenuándose con el tiempo en virtud de una amplia infiltración de elementos de Derecho privado, hasta que el feudo se aproximó a una institución patrimonial cuyo fundamento era la posesión y el goce de la tierra (35).

Y mientras el concepto de la propiedad se empobrece, se consoli-

(31) *Principios*, cit., pag. 28.

(32) Cfr. nuestra *Introducción...*, cit., págs. 110 a 113.

(33) Ver Solari: *Filosofía del Derecho privado*. I. «La idea individual» (versión castellana de *Individualismo e Diritto privato*), Buenos Aires, 1946, página 63.

(34) *Idem*.

(35) Ver Schupfer: *Il Diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*. II. «Possessi e domini», Roma, 1907, págs. 198 y sigs.

dan, en cambio, los derechos de los usuarios y locatorios a largo plazo, y otros derechos, igualmente amplios, aunque diversos en su índole y grado, coexisten sobre el mismo objeto, engendrando distinciones totalmente desconocidas en el Derecho romano, como, por ejemplo, aquella tan fecunda en consecuencias teóricas y prácticas, entre el dominio directo y el dominio útil (36).

Todos aquellos derechos que la jurisprudencia romana había concebido como *iura in re aliena*, antes que considerarse como simples limitaciones del derecho de propiedad ajena, adquieren una fisonomía propia e individual hasta asumir, algunas veces, el aspecto de un derecho de propiedad limitada, afirmándose como potestad de goce total o parcial sobre la cosa (37).

El derecho feudal da lugar al nacimiento de un sinnúmero de derechos reales y de tipos híbridos como el *ius ad rem*, que no harán más que entorpecer el desarrollo de los sistemas registrales en aquellos países que, como el nuestro, no logran evadirse de su influencia (38).

Mientras en Alemania se logra desterrar esta influencia, gracias a lo cual se llega a la construcción de un sistema registral sin violencias de ningún género, no sucede así en otros países, entre los cuales está España, donde el paralelismo con la situación germánica es evidente, como ya puso de relieve Wohlhaupter (39), no existiendo, por tanto, razones para que las hubiera.

Ni la finalidad de este trabajo ni la limitada extensión que forzosamente debe darse a un artículo de revista, permiten hacer un coitejo de textos que, sin duda alguna, nos demostraría plenamente el origen feudal a través de las Partidas de la doctrina del título y el modo. No olvidemos la gran influencia que los "Libri feudorum" tuvieron en su redacción, así como en la de las "Costums de Tortosa", (Lib. III, cóst. V, rub. "De revindicatione", y Lib. VIII, cost. VI, rub. "De donationibus") (40).

(36) Ver Solari: op. cit., pág. 64.

(37) Ver Solmi: *Storia del Diritto italiano*, Milán, 1930, párrafo 67.

(38) Cfr. J. González: loc. cit.

(39) «Las Corporaciones parroquiales en España y su paralelismo con instituciones alemanas», en *Investigación y Progreso*, año V, Madrid, 1931, páginas 51 y sigs.

(40) Cfr. Galo Sánchez: loc. cit.; García Gallo: loc. cit., y, sobre todo, Riaza: «Las Partidas y los "Libri feudorum"», en *Anuario de Historia del*

Después de lo que llevamos escrito, meditemos acerca de este valor casi sacramental que, en el orden histórico, se quiere atribuir a la doctrina del título y el modo, hija de unas circunstancias económicas y de una vida social ya completamente superada cuando se comienza a pensar en la Codificación en España.

Creemos que una de las cualidades esenciales de todo jurista que pretenda enfrentarse con la investigación o el estudio de cualquier institución, ha de ser la de saber contemplar el panorama histórico en que nace y se desenvuelve sin olvidar que también desaparece cuando resulta ineficaz ante las necesidades de la realidad.

No se crea por esto que nosotros tratamos de propugnar la sustitución de la doctrina del título y el modo por otras que tal vez resultasen aún más extrañas al desenvolvimiento histórico y a nuestra tradición jurídica; no. La consecuencia que nosotros sacamos, después de las consideraciones apuntadas, es la de la falta de tradición jurídica continuada de una doctrina que una parte considerable de nuestros tratadistas juzga intocable, amparándose en el tópico de un respeto a la tradición que no se ve, y que, por lo tanto, con mayor motivo se podrá pensar, si no en su sustitución, sí en su *modernización* y adaptabilidad a una serie de exigencias económicas, planteadas al Derecho español moderno, que no pudieron prever, sin duda alguna, los que propugnaron su implantación.

Pero no nos precipitemos y veamos antes, a la luz de la crítica, nuestros preliminares codificadores y el pensamiento de sus inspiradores.

#### IV. LA DOCTRINA DEL TÍTULO Y EL MODO EN LA CODIFICACIÓN CIVIL ESPAÑOLA.

Antes de comenzar el análisis de nuestra codificación civil, a los efectos de nuestro trabajo, partamos de la base de que nuestro legislador, al plantearse el problema de la codificación, se encontró, en lo relativo al tema de nuestro estudio, frente a los siguientes sistemas:

- a) *El alemán*, conocido por nuestros hipotecaristas de tipo re-

gistrar, como ya ponen de relieve los primeros redactores de la Ley Hipotecaria de 1861, con todas sus consecuencias (41).

b) *El austriaco* que, recogiendo en toda su pureza la doctrina del título y el modo de adquirir en el párrafo 380 del Código civil de 1 de junio de 1811, se aparta a estos efectos del tradicional Derecho germánico.

c) *El francés*, de transmisión causal, sin necesidad de tradición, plasmado en los artículos 711, 1.138, 1.582, 1.583 y otros del Código napoleónico.

Esta doctrina es también la contenida en los artículos 1.125 y concordantes del Código italiano de 25 de junio de 1865 (42).

Partiendo de la base de la gran influencia que estos Códigos ejercen en toda la historia de nuestra codificación, pasemos al estudio de ésta.

1. LIGERA REFERENCIA A LOS PRECEDENTES DEL CÓDIGO CIVIL A ESTOS EFECTOS.—Nos limitaremos a señalar aquí los precedentes que, sin duda alguna, tuvieron que tener más en cuenta nuestros codificadores, pese a la gran influencia, ya apuntada, de Códigos extranjeros.

a) *Precedentes inmediatos*.—Los siguientes textos de las Partidas:

Primero "Apoderan unos omes a otros en sus cosas, vendiendogelas, o dandogelas en dote, o en otra manera, o cambiandolas, o por alguna otra derecha razón. E por ende decimos, que por tal apoderamiento como este que faga un ome a otro de su cosa, o que faga otro alguno por su mandado, que passa el señorío de la cosa, a aquel a quien apoderasse della " (43).

Segundo. "cuydando en su voluntad que por aquello que le dava, que yría con él en algund camino, o que le faría otra cosa algu-

(41) Ver, a estos efectos, nuestra *Introducción al Derecho registral*, cit., páginas 127 y sigs.

(42) Para no incurrir en repeticiones innecesarias, renunciemos a trazar el estudio de estos sistemas, tan trabajados ya por otros autores de gran prestigio. Resúmenes perfectos los puede encontrar el lector en Castán: *Derecho civil*, «Registros»; I, Madrid, 1941, págs. 400 y sigs.; Roca Sastre: *Instituciones...*, cit., I, págs. 429 y sigs., y, sobre todo, el estudio fundamental de D. Jerónimo González en *Estudios de Derecho Hipotecario*, ya citados, en los que toda la obra está dedicada al estudio completo de los sistemas.

(43) Ley 46, tit. XXVIII, Part. III.



na, o que sería más su amigo, non diciendo señaladamente la razón por que gelos dava" (44).

En el extracto latino del primero de los textos, hecho por Gregorio López, se emplea ya el tecnicismo discutido, consignando que se adquiere el dominio por la tradición de la cosa en virtud de título hábil ("Acquiritur dominium traditione ex titulo habili") (45).

Nuestros gloriosos juristas del Siglo de Oro, Domingo de Soto y Luis de Molina, por influencia decisiva de las Partidas, consagran la doctrina del título y el modo (46).

A partir de entonces, nuestros juristas aceptan, con rara unanimidad, la transmisión causal. Domingo de Morato (47), Febrero y sus continuadores, escriben: "En toda adquisición concurrirán título y modo o, lo que es lo mismo, la causa legítima en virtud de la cual se adquiere, y el acto material de la entrega. El uno no basta sin el otro. Se exceptúan, porque no hay necesidad de tradición, la hipoteca, las servidumbres negativas, las adjudicaciones hechas en los juicios divisorios y la herencia" (48). En este mismo sentido, Gómez de la Serna y Montalbán (49).

b) *Proyecto de Código civil de 1851* (50).—Por R. D. de 19 de agosto de 1843 se crea la Comisión general de Códigos, compuesta por 17 de entre nuestros más ilustres juristas. El 25 de octubre del mismo año, D. Claudio Antón de Luzuriaga propuso el estableci-

(44) De la Ley 46, tít. XIV, Part. V.

(45) Cfr. J. González: *Principios...*, cit., págs. 74-75.

(46) Libro I, tratado II, disputation III, cuestiones 17 y sigs. (Luis de Molina: *Los seis libros de la Justicia y el Derecho*. Traducción, estudio preliminar y notas de Fraga Iribarne, y Proemio de D. Eloy Montero, I, primero, Madrid, 1941, págs. 218 y sigs.)

(47) *El Derecho civil español con las concordancias del romano*, I, 2.ª ed., Madrid, pág. 285.

(48) *Febrero, o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, por García Goyena y Aguirre, I, núm. 729.

(49) *Elementos de Derecho civil y penal de España*, 10.ª edición, I, Madrid, 1871, pág. 740.

(50) Renunciamos a tratar de las Reales Pragmáticas de 1423, 1558, 1713 y 1768, porque, como ya hemos escrito en otra ocasión (ver nuestra *Introducción al Derecho registral*, cit., págs. 120 y sigs.), no las consideramos verdaderos precedentes de nuestro sistema registral, puesto que lo que en estas disposiciones palpita de un modo más destacado es su origen eminentemente fiscal.

miento en España de la *inscripción registral constitutiva* para toda clase de creaciones y transmisiones de derechos reales sobre inmuebles.

El proyecto fué aprobado por la Comisión en la sesión de 5 de diciembre en esta forma: "Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser preciso asimismo la toma de razón de bienes raíces en el Registro Público" (51).

*Si nos fijamos bien en el tenor literal de esta base, veremos que viene a implantar, adelantándose en sesenta y cuatro años exactamente, la misma doctrina que consagrará el Código civil suizo de 10 de diciembre de 1907 y la Ordenanza del Registro de 22 de febrero de 1910*

Dato es éste extraordinariamente interesante, ya que nos permite poder vanagloriarnos legítimamente, como españoles, de que nuestros juristas fuesen precursores de la legislación registral más perfecta del mundo.

Disuelta la Comisión en 1846 y reorganizada el mismo año, en la sesión de 21 de octubre, discutió si el dominio de las cosas debía transferirse con la entrega de ellas o desde que se perfeccionaba el contrato obligacional. Luzuriaga insistió en su famosa base 52, mientras que García Goyena defendió el sistema consensual francés. Bravo Murillo propuso un criterio transaccional, fruto del cual fué la nueva redacción de la célebre base 52 en la forma siguiente: "Para que produzcan efecto en cuanto a tercero los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro Público. No se reconocerá acción hipotecaria ni otras cargas que limiten o modifiquen la propiedad sino sobre finca o fincas determinadas, y en virtud de toma de razón en el Registro."

Según el anteproyecto de Luzuriaga (52), en caso de doble venta era preferido en la propiedad de la cosa el que primero inscribió el título. Las transmisiones operadas por el titular registral no propietario eran válidas. Este anteproyecto de Luzuriaga pasó a constituir después los títulos XIX y XX del Libro III del proyecto de Código

(51) Es la famosa base 52, inspirándose, probablemente, Luzuriaga para redactarla, en las obras de Odier: *Des systèmes hypothécaires*, Ginebra, 1840, y Saint-Joseph: *Concordance entre les lois hypothécaires étrangères et françaises*, París, 1847.

(52) Para un estudio más detenido del desarrollo de estas cuestiones, ver Oliver: *Derecho inmobiliario español*, I, Madrid, 1892, págs. 47 a 51.

civil de 1851. El título XX (arts. 1.819 y sigs.) era el que determinaba los efectos de la inscripción (art. 1.858) (53).

Seguidamente se pasó el proyecto a informe de los Tribunales para que hiciesen las observaciones pertinentes y propusiesen las disposiciones transitorias que deberían adoptarse (54).

El proyecto de 1851, además de determinar los efectos de la inscripción en los términos expuestos, trasplantaba a nuestro Derecho una norma contraria al espíritu de la tradición jurídica española: la propiedad y los demás derechos reales, siguiendo el criterio del Código francés, se constituían y transmitían "inter partes", "solo consensu" (arts. 981, 1.859, etc.). En caso de doble venta, adquiría la propiedad de la cosa quien primero inscribía el título, sin exigirse la buena fe (artículo 1.859).

El proyecto, como se ve, abandonaba totalmente la doctrina del título y el modo.

c) *La Ley Hipotecaria de 1861*.—Fracasado el intento codificador y ante la perentoria necesidad de establecer el Registro Público, se nombra una nueva Comisión para que redactase un proyecto de Ley de Bases de una futura Ley Hipotecaria.

La R. O. de 10 de agosto de 1855 señaló a la Comisión las directrices generales que debería seguir el proyecto. la tercera norma hacía referencia al "establecimiento de formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y demás derechos en la cosa".

A pesar de que Gómez de la Serna (55) se declarase partidario de la doctrina del título y el modo, es lo cierto que la Ley Hipotecaria de 1861 modificó nuestra legislación civil a este respecto, según se deduce claramente de su exposición de motivos (56).

(53) Cfr. García Goyena: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, IV, Madrid, 1852, pág. 224, teniendo en cuenta que los comentarios a los títulos XIX y XX del libro III fueron redactados por don Claudio Antón de Luzuriaga.

(54) Sabido es que el fracaso del proyecto se debió exclusivamente a la oposición de los foralistas.

(55) *La Ley Hipotecaria*, I, Madrid, 1862, págs. 249-250, aunque en las páginas 244 y siguientes defiende la inscripción necesaria.

(56) Cfr. Oliver: op. cit., I, pág. 382, y el párrafo 41 de la exposición de motivos, que decía que la Ley Hipotecaria modificaba, entre otras cosas, «el orden de la propiedad y de los demás derechos en la cosa: su adquisición, conservación, transmisión y modificación».

Don Claudio Antón de Luzuriaga ya vió la dificultad de armonizar la Ley Hipotecaria con la legislación civil vigente entonces (57).

d) *El Código civil vigente*.—En la base segunda del proyecto de Alonso Martínez se decía que quedaría en vigor, entre otras, la Ley Hipotecaria. La razón era la creencia de que esta Ley era de carácter mixto civil-administrativo (58). Además, era también el criterio seguido por el Código civil francés (59).

El proyecto de Ley de Bases de Silvela (de 12 de enero de 1885) decía que debían admitirse en el Código civil "los principios de la Ley Hipotecaria en todo lo que tienen de materia *propriamente orgánica y legislativa*" (60).

En la base 20, relativa a las reglas generales sobre los contratos, se dispone, de acuerdo con los principios del sistema inmobiliario alemán, introducido en España por la Ley Hipotecaria, que debía partirse de la distinción fundamental, propia de aquel sistema (se refiere, sin duda, a la derivación austríaca), entre el título y los modos de adquirir (entre los cuales debe incluirse la inscripción para los inmuebles, pues de una manera general a ella se alude), distinción completamente extraña al Código civil francés y a quienes sirve de patrón y de la cual no se hizo, como ya vimos, ni la más leve mención en el proyecto de Código civil de 1851, ni en el de bases de 1881, ni en el de los libros I y II presentado al Senado en 1882 (61).

La no inclusión de la Ley Hipotecaria en el Código civil fué sancionada por el Poder legislativo al ser aprobada la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, consagrándose entonces la dualidad de Ley Hipote-

(57) Así se expresaba Luzuriaga en uno de sus discursos: «Dada esta Ley, no hay más remedio que traer el Código. De aquí en adelante será ya indisculpable si no se hace observar por su parte [aludiendo al Ministro] el artículo constitucional que está por cumplir, y que dice que unos mismos fueros regirán en todas las provincias de la Monarquía. Si esto era hasta ahora un precepto relegado a una ley, desde hoy en adelante en la Ley Hipotecaria es una necesidad.» (*Diario de Sesiones del Senado*. Sesión del día 22 de noviembre de 1860, pág. 177. Se refería al artículo 4.º de la Constitución de 1845, análogo al 75 de la de 1876.)

(58) Cfr. Oliver: op. cit., I, pág. 766.

(59) Sólo D. Carlos María Coronado pidió la incorporación de la Ley Hipotecaria al Código civil. (Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, legislatura de 1884-1885, pág. 2189.

(60) Ver base 25.

(61) Cfr. Oliver: op. cit., I, pág. 770.

caria y Código civil, faltando la tarea de armonizar sus preceptos (62).

El establecimiento de la doctrina del título y el modo quedó plenamente consagrada en los artículos 609 y 1.095, fundamentalmente, de nuestro Código civil, renunciando a su análisis por haber sido hecho ya, algunas veces de modo insuperable, e incurrir en repeticiones innecesarias (63). Si bien no faltan impugnadores de esta doctrina, precisamente entre nuestros más doctos y destacados maestros del Derecho civil español (64).

(62) La 2.<sup>a</sup> edición del Código civil (Ley de 26 de mayo de 1889 y Real decreto de 24 de julio del mismo año) no alteró en lo más mínimo la parte relativa a la legislación hipotecaria.

(63) Ver, entre otros, J. González: loc. cit.; Valverde: *Tratado de Derecho civil español*, II de la 4.<sup>a</sup> edición, Valladolid, 1936, págs. 156 y sigs.; Bollain: «Notas al proyecto de reforma del Código civil», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1944, págs. 145 y sigs.; Ríos Mosquera: «Nuevo ordenamiento hipotecario y régimen de la pequeña propiedad», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1943, págs. 432 y sigs.; Ollente: «La inscripción obligatoria», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1925, págs. 492 y sigs.; Abejón: «Inscripción obligatoria», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1933, págs. 659 y sigs.; Ventura: «La inscripción forzosa», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1934, págs. 108 y sigs.; Goyanes: «Lo que sería conveniente», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1940, págs. 259 y sigs.; Villares: «El formalismo en el Derecho inmobiliario debe ser constitutivo o "ad substantiam"», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1945, páginas 740 y sigs.

El anteproyecto de reforma de la Ley Hipotecaria de 1943, debido a don José María Porcioles, preveía la implantación de la inscripción constitutiva, modificando, a tales efectos, los artículos 605, 609, 1.949 y otros del Código civil y de la Ley Hipotecaria, haciendo que la inscripción viniese a sustituir a la tradición, conservando la doctrina del título y el modo.

Constituye un loable intento aclarativo de estas cuestiones el último trabajo de Ramos Folqués: «Materiales para el análisis crítico del valor de la inscripción en la vida de los derechos reales. Una tesis, un lema y varios argumentos», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1948, páginas 345 y sigs.

(64) En este sentido, Roca Sastre: loc. cit.; M. Scaevola: *El Código civil comentado y concordado*, XI, Madrid, 1896, pág. 159; J. González: loc. cit.; Pérez González y Alguer: *Notas al «Tratado de Derecho civil» de Ennecerus-Kipp-Wolff*, II, primero, págs. 213 y sigs.; I, segundo, págs. 3 y siguientes, y III, primero, págs. 301 y sigs.; y Castán: *Derecho civil español común y foral*, «Notarías», 6.<sup>a</sup> edición, II, Madrid, 1943, págs. 136 y sigs.

V. NOTAS PARA UNA CONSTRUCCIÓN MODERNA DEL CONCEPTO DE MODO DERIVATIVO DE ADQUIRIR DENTRO DE LAS LÍNEAS GENERALES DEL VIGENTE SISTEMA ESPAÑOL.

Después de fijados todos estos precedentes históricos y su alcance, veamos la serie de consideraciones que nos sugieren y si de la conjunción de todas ellas es posible formular alguna directriz fundamental en el moderno concepto del modo de adquirir.

Para ello se pueden seguir los siguientes caminos: ,

1. ELIMINACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TÍTULO Y EL MODO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.—A pesar de su deficiente continuidad histórica que, como llevamos visto a lo largo de estas páginas, no es tan brillante y tan arraigada como algunos juristas creen, estimamos que no es necesario, ni siquiera conveniente, acudir a procedimientos tan radicales.

En efecto, para sustituir la doctrina del título y el modo habría que adoptar uno de estos dos procedimientos:

a) *El sistema francés, con sus deficiencias.*—El puramente consensual del Derecho francés y del italiano, incompatible a todas luces con la seguridad del tráfico jurídico y las transacciones sobre inmuebles en el momento actual, hasta tal punto que fué el propio Derecho francés quien con las Leyes de 23 de marzo de 1855 (65), la de 24 de julio de 1921 y, sobre todo, el Decreto-Ley de 30 de octubre de 1935 (66), quien al aumentar considerablemente el número de los actos sujetos a transcripción y poner, aunque indirectamente, una considerable serie de cortapisas a la transmisión de la propiedad "solo consensu", han venido a poner de relieve las deficiencias del sistema en el momento actual de la evolución del tráfico

En cuanto al Derecho italiano, también la doctrina ha reaccionado

(65) Ya que, como expone Bonnecase (op. cit., I, pág. 656), «es indudable que en el Código de Procedimientos el legislador manifestó imperfectamente su voluntad de restablecer la publicidad de las transmisiones. En realidad, sólo hasta la Ley de 23 de marzo de 1855 no se restableció definitiva y totalmente la transcripción de las enajenaciones a título oneroso».

(66) Ver, sobre esta Ley, Roca Sastre: op. cit., I, págs. 94 y sigs., y Jiménez-Arnáiz (E.): «La reforma del sistema inmobiliario francés», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1941, págs. 321 y sigs.

enérgicamente contra este principio, tratando por todos los medios, no solamente de superar la doctrina, sino incluso de *llegar a la sustitución de la tradición por la inscripción* (67).

b) *El sistema alemán y sus deficiencias.*—El sistema del acuerdo real (Einigung), del Derecho alemán, que no es más que una adaptación del negocio abstracto, tal como lo concibió la dogmática conceptual alemana, a los actos de disposición registral, no lo juzgamos adaptable para el Derecho español, porque, además de ser contrario a toda nuestra tradición jurídica, es preciso tener en cuenta que nadie cree hoy en el negocio abstracto a estos efectos, desde el punto de vista de las soluciones prácticas.

En efecto, si exceptuamos a Heck (68), a Zitelman (69) y a algún otro, una gran parte de la doctrina alemana es contraria al negocio abstracto basada en que no tiene eficacia práctica ninguna, aplicado a la tradición, puesto que los mismos efectos de protección al tráfico jurídico y seguridad en la contratación sobre inmuebles, se conseguirían con su supresión (70).

Las últimas tendencias de la Alemania nacionalsocialista eran también totalmente favorables a la supresión del negocio abstracto (71).

El maestro español profesor Ursicino Alvarez (72), en un magis-

(67) Ver, en este sentido, Brugi: *Instituciones de Derecho civil*, con aplicación especial a todo el Derecho privado. Versión de la 4.<sup>a</sup> edición italiana de Simo Bofarrull, Méjico, 1946, págs. 116 y sigs., y la bibliografía allí citada.

(68) Cfr. *Grundriss des Sachenrecht*, Tubinga, 1930, pág. 123. También V. Tuhr, Ennecerus y Wolff en sus conocidos Tratados.

(69) Cit. por Heck: op. cit., pág. 3.

(70) Cfr., entre otros, Kriegsmann: *Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung*, 1905. Rumpff: «Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu der 138, 817 BGB», en *Zivilistischer Archiv*, vol. CXVII, págs. 350 y sigs.

(71) Ver Pérez Serrano: «La reforma del Derecho privado en Alemania», en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, enero-junio 1941, números 4-5, págs. 7 y sigs., especialmente la pág. 25.

(72) Op. cit., págs. 102 y sigs., en donde escribe: «Tampoco resulta convincente para los impugnadores de la transmisión abstracta el argumento de que ella descansa en la necesidad de proteger el tráfico jurídico. La protección al tráfico que la transmisión abstracta proporciona representa una forma bien primitiva de tal protección. Cuando un ordenamiento jurídico, como el romano, hace descansar la adquisición derivativa en el principio de que nadie puede transmitir a otro más de lo que él mismo tiene, se com-

tral resumen, demuestra plenamente la ineficacia práctica de este tipo de negocio en la vida del tráfico alemán.

Concluyamos, por tanto, a este respecto, apuntando que si en Alemania, que tuvo su cuna este tipo de transmisión, fracasó, cuánto más no habría de fracasar en España, como, con certera visión del problema, afirmó ya la exposición de motivos de la vigente Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 (73).

Ante todas estas razones, creemos que es preferible mantener la doctrina del título y el modo contenida, fundamentalmente, en los artículos 609 y 1.095 de nuestro Código civil.

## 2. ADAPTACIÓN DE NUESTRO SISTEMA A LAS EXIGENCIAS ACTUALES DEL TRÁFICO.

Antes de pasar adelante, queremos insistir en una cuestión, ya iniciada en las páginas precedentes: nos referimos a esa especie de "Tabú" que surge inmediatamente, ante los fervientes defensores del para ellos postulado, cuando se pretende discutirlo, acudiendo al tan manido tópico de la raigambre histórica de la teoría.

Ni esta raigambre es tan profunda como pretenden sus defensores, según ha quedado demostrado ya en las páginas anteriores, ni la teoría abstracta de la transmisión de los predios y constitución de derechos reales sobre los mismos es tan moderna como, también con caracteres de tópico, viene afirmándose un tanto rutinariamente, pretendiéndola achacar, sin más, a la dogmática conceptual alemana, como fruto de una serie de elucubraciones más o menos bien urdidas.

A) *Origen español del vigente sistema suizo.*—En primer lugar, la abstracción en la transmisión es tan antigua como la "mancipatio" y la "in iure cessio" del más genuino Derecho romano, inspirador en

prende que para evitar posibles nulidades de la transmisión, que podrían poner en peligro el tráfico jurídico, se proteja al primer adquirente y a sus sucesores, haciendo independiente la validez del negocio dispositivo de la validez del negocio obligacional. Pero cuando una legislación positiva, como la alemana, regula la protección al adquirente de buena fe de un modo sustantivo, puede tranquilamente renunciar a la transmisión abstracta y configurar la transmisión de un modo causal, es decir, de tal manera que la adquisición sin causa sea nula, y, sin embargo, otorgar al segundo adquirente un derecho bien sentado, en consideración a la confianza que presta a la apariencia jurídica que representa la inscripción en el Registro o el hecho de que sea poseedor.»

(73) Cfr. el párrafo 18 de la exposición de motivos.



grado superlativo de nuestro Derecho patrio, encontrándose también huellas en la "traditio", configurada a veces con carácter abstracto, según se deduce de los textos transcritos anteriormente.

En segundo lugar, la doctrina del título y el modo, lejos de responder a una verdadera tradición jurídica (ni el Derecho romano clásico ni el germánico antiguo la conocían) responde a un momento político-social de desconcierto (el feudal), en el que se pretende considerar a la "diosa tierra" como nodriza universal de toda clase de cargas y gravámenes, de la más heterogénea condición (privados, políticos, semipúblicos, etc.). Y probablemente, a través de los "Libri Feudorum", pasó a nuestras Partidas, de donde, sin duda alguna, fué recogida por los redactores del Código civil, olvidando tal vez que las Partidas quizá no fuesen hechas con la intención de tener jamás carácter de leyes (74) y que, desde luego, como fuente directa no tuvieron vigencia nunca y como Derecho supletorio no lo lograron hasta casi un siglo después, en que Alfonso XI las declaró, en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, supletorias en segundo grado.

Pese a todo esto, nosotros consideramos suficientemente arraigada ya en el Derecho español la doctrina del título y el modo; pero, como es natural, sujeta siempre a revisiones y perfeccionamientos que redunden en su mejor armonización con las exigencias del orden social. Y a demostrarlo vamos en las páginas que siguen.

El sistema del Código civil suizo sigue, en el fondo, la doctrina del título y el modo, sin adoptar la figura del negocio abstracto de disposición, sino que el acuerdo transmisivo está causalmente enlazado con el título, repercutiendo en aquél los vicios de éste. El negocio de disposición es la unión de un requerimiento del disponente dirigido a consentir la inscripción del acto dispositivo unido a la inscripción correspondiente (75). La *inscripción* viene así a convertirse en *modo* para los bienes sujetos a inscripción registral.

Este es, sin duda alguna, como ha proclamado unánimemente la doctrina, el sistema más perfecto del mundo, del que no hay inconveniente alguno en tomar lo que de bueno haya en él, sobre todo, si sirve para cubrir necesidades en la vida del tráfico jurídico, ya que,

(74) Cfr. Galo Sánchez: loc. cit.

(75) Ver, a este respecto, la magnífica monografía del Prof. Serrano y Serrano: *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo*. Prólogo de D. Jerónimo González, Valladolid, 1934, págs. 4 y sigs.

como con sobrada razón escribe el maestro Roca Sastre (76), "el ordenamiento positivo de cada pueblo no debe constituir un coto cerrado a toda influencia de la legislación comparada; por el contrario, hay que asimilar sus enseñanzas y experiencias, prescindiendo de su marca de origen, ya que lo esencial es proporcionar las mejores fórmulas jurídicas para el bienestar de los ciudadanos. Esto aparte, que una cosa es inspirarse en un sistema extranjero y otra es su copia servil, haciendo caso omiso de aquellas correcciones y adaptaciones impuestas por las particulares circunstancias autóctonas y de las creaciones tradicionales del país. Y estas exigencias son atendidas, en lo fundamental, en la nueva Ley, en la cual continúa subsistiendo, como figura central, la creación española del tercero hipotecario, elemento excesivamente disipado en las legislaciones de puro tecnicismo germánico" (77).

Pero sobre todas estas razones, hay una fundamental que ha quedado explicada en las páginas precedentes; nos referimos al *origen genuinamente español*, propugnado por nuestros legisladores de 1861, de la tendencia sustitutiva del modo por la inscripción, en predios y derechos reales constituidos sobre los mismos, que sean susceptibles de ella (78),

(76) Op. cit., I, págs. 113-114.

(77) Ver, en este sentido, Castro Bravo: *Derecho civil de España*, I, Valladolid, 1942, pág. 156, que califica, certeramente, el criterio de la Ley de 1861, a estos efectos, de «fórmula práctica y original».

(78) Nadie podrá dudar del conocimiento y respeto a la tradición de algunos de nuestros juristas, que tan de cerca vivieron la codificación, como Gómez de la Serna, Benito Gutiérrez e incluso Luzuriaga (loc. cit.), a pesar, este último, de su «vanguardismo». Así, D. Benito Gutiérrez (*Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, III, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1868, pág. 31), después de defender la necesidad de la tradición para transmitir la propiedad (en contra de la tendencia afrancesada, consensualista pura, del proyecto de Código civil de 1851), escribe: «Este sistema prevalece en la práctica: lo que parece alterado es el modo de su ejecución. Para que el acto de la tradición traspase entre nosotros el dominio de las cosas, es requisito indispensable que se inscriba el título en el registro de hipotecas.» Y Gómez de la Serna y Montalbán (*Elementos de Derecho civil y penal de España*, 8.<sup>a</sup> edición, I, Madrid, 1868, pág. 558) escribe: «Necesario es advertir al terminar esta materia, que si bien por el acto de lá tradición se traspasa el dominio de las cosas, es además requisito indispensable que se inscriba el título en el registro de hipotecas.» Estos autores creemos que no cabe dudar de que vivieron la tradición jurídica española mejor y más cerca que los modernos paladines de la misma. Y siendo así, de lo transcrito no hay otro remedio que deducir que, si bien prefirieron

adelantándonos así a la técnica suiza en sesenta y cuatro años (79).

B) *Camino para llegar a la sustitución de la tradición por la inscripción.*—Veamos ahora el camino cómo, sin grandes obstáculos y sin violentas reacciones, se puede llegar a propugnar la sustitución del modo por la inscripción, en las cosas susceptibles de ella, armonizando así nuestro Derecho con las exigencias que le plantea la vida actual.

a) *Tradición y posesión.*—La finalidad principal de la tradición, a los efectos de nuestro estudio, es la de conferir al adquirente la posesión de la cosa; es decir, ponerle en una situación de hecho que, engendrando una apariencia real exteriorizante, demuestre "erga omnes" que, efectivamente, se encuentra en una relación de contacto directo con la cosa. Ello, unido al título de dueño o de sujeto activo de un derecho real sobre la misma, es lo que, en definitiva, le hace ser titular de la propiedad de la cosa o derecho.

Lo mismo que nadie puede negar hoy que el concepto de *título*, a los efectos adquisitivos, ha experimentado una seria evolución, gracias a las exigencias del tráfico, y, en el terreno científico, al empuje del brillante resurgir de la técnica notarial, tampoco puede nadie negar la evolución que aquellas mismas necesidades han ido imponiendo al concepto de posesión, desde aquellos recorridos por los linderos de la finca, pasando por el "ponimiento de pies" de nuestras Partidas, hasta la moderna toma de posesión a través de la simple entrega de la escritura notarial de compraventa o de constitución de un derecho real distinto al de hipoteca en que la inscripción hace las veces de tradición, pese a cierta corriente doctrinal en contra, como ya hemos tenido ocasión de demostrar en otra ocasión (80).

Si la tradición notarial ha dado lugar a infinidad de litigios, precisamente por que el Protocolo Notarial, por razones técnicas fácilmente comprensibles, nunca puede ofrecer las garantías de descripción de la finca que ofrece el Registro de la Propiedad (pese a sus deficiencias, a este respecto, en el momento actual), ¿qué inconveniente hay en admitir la tradición registral (y, como consecuencia obligada, la posesión) plenamente, como se ha admitido para la hipoteca?

adoptar la doctrina del título y el modo, ello fué *condicionándolo siempre a la necesidad de la inscripción*.

(79) Ver supra, pág. 28.

(80) Cfr. nuestra *Introducción al Derecho registral*, cit., pág. 132, n. 332.

b) *Falsos obstáculos que se oponen a la reforma del sistema.*—Veamos los obstáculos que la doctrina opone a ello, dejando a un lado, claro está, el mito del “religioso respeto a la tradición jurídica”, que ya creemos queda suficientemente desvanecido.

a') *La exposición al fracaso del sistema, adoptando el de inscripción constitutiva.*—Crítica.—Es este uno de los argumentos principales esgrimidos siempre que se trata de imponer, con carácter coactivo, la inscripción de todas las fincas y constitución de Derechos reales sobre las mismas en el Registro de la Propiedad.

Es este un argumento tan manejado como poco estudiado en el fondo. En efecto: no es necesario detenerse a pensar mucho para comprender que el Registro de la Propiedad, como toda institución que trate de cumplir fines de interés público, regulado en su organización por una rama del Derecho público (el administrativo), participa de la naturaleza de este Derecho y de sus normas, impuestas en la mayoría de los casos con carácter coactivo, como sucede con otros Registros (el de la Propiedad intelectual, el de la Industrial, el de la Minera, etc.) que, aun relativos a cosas de otra índole, en el fondo coinciden en su finalidad esencial: dotar de seguridad las constituciones y cambios de titularidad de los derechos que regulan.

Si la llamada propiedad inmueble de un país, de importancia tan decisiva para el desarrollo económico, va a quedar totalmente en manos de los particulares, estando el Estado siempre pendiente de que la quieran o no inscribir, no puede extrañar a nadie que “a los dieciséis lustros de la promulgación de la *más fundamental* de nuestras Leyes hipotecarias todavía se halle sin inscribir más del 60 por 100 de la propiedad ” (81).

Creemos, por tanto, que no hay motivos para asombrarse tanto ante la posibilidad de propugnar la inscripción con carácter coactivo, que implicaría ya su sustitución por la tradición, tan reducida hoy a la mínima expresión (82) en sus formas simbólicas.

(81) Párrafo 6.º de la exposición de motivos de la vigente Ley Hipotecaria.

(82) Aunque con gran timidez, ya la misma exposición de motivos de la vigente Ley Hipotecaria admite la posibilidad próxima de llegar a la inscripción obligatoria. «Como resultado de todo ello—dice—, y en consideración a que no le es dable al Estado inhibirse de la tutela de los derechos inmobiliarios, se ha concedido a la inscripción una mayor sustantividad y

Claro está que los impugnadores de esta tesis tienen siempre a mano otro argumento, que también con caracteres de tópico se viene utilizando (83), y al que nos referiremos a continuación.

b') *La falta de un buen Catastro. Crítica.*—Por razones que no son del caso, no se ha podido llegar todavía en nuestra Patria a la formación de un buen Catastro, extremo al que se ha dado una importancia decisiva para llegar a la inscripción constitutiva.

No cabe duda de que el Catastro ha influido, en grado sumo, en el desarrollo de los sistemas hipotecarios considerados por la doctrina como más perfectos (84). Pero esta influencia no es decisiva, ni mucho menos, como pretenden hacer ver quienes en esta falta se escudan para cortar la marcha al avance decisivo de la técnica registral española.

Ya el profesor De Casso (85) apunta que a falta de un buen Catastro bastase de momento se acompañara a todo título inscribible un plano de la finca afectada por la inscripción. Así desaparecería —dice— la finca "imaginaria" y también la inseguridad actual sobre su configuración y situación.

Nosotros creemos que se debe llegar aún más lejos. Todo título que se pretenda inscribir en el Registro deberá de ir acompañado de un plano autorizado por un Perito Agrícola del Estado. De este modo se puede llegar perfectamente a la identificación de la finca sin necesidad de estar aguardando a lo que tal vez tarde mucho en llegar, en detrimento de una institución de absoluta necesidad para la vida

reformado los artículos 355 y 356 (hoy 313 a 315 del texto refundido), de suerte que *constituyen el primer paso de «tipo coercitivo» para la desaparición de la discrepancia antes aludida.*» (Párrafo 23.)

(83) Respecto a la naturaleza y carácter del Registro de la Propiedad, ya escribió García Guijarro (*Bases del Derecho inmobiliario en la legislación comparada*, Madrid, 1911, págs. 5 y sigs.) que «fundar la institución del Registro de la Propiedad fué lo mismo que establecer las leyes que deben presidir la constitución y movimiento del derecho de propiedad en sus relaciones sociales esenciales, y perfeccionar tal Registro debe ser aspiración constante del poder público, para ir a compás tanto de las necesidades históricas como de las exigencias del progreso científico en su función de tutela jurídica».

(84) Ver De Casso: *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 3.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1946, pág. 23.

(85) Op. cit., pág. 653.

actual del tráfico y decisiva para el desarrollo del crédito territorial.

De este modo se lograría la *identificación de la finca de dentro a fuera* (del Registro hacia el exterior) y no del Catastro al Registro.

Creemos que no es difícil, ni por costosa (que no lo es) ni por lenta (que lo es, desde luego, infinitamente menos que la formación del Catastro), la solución propuesta. Bastaría en muchas regiones un número pequeño de Peritos Agrícolas para realizar esta labor complementaria tan importante.

c') *Los estímulos corporativos.*—Otro obstáculo es este espíritu de superación, muy loable en el terreno puramente científico del estímulo puro, pero no tanto en el originado por la parcialidad, siempre perniciosa en cuestiones de esta índole, en dos Cuerpos, ambos honra de la ciencia jurídica española: Registradores de la Propiedad y Notarios.

No es éste lugar oportuno para penetrar en este problema, ni quien estas páginas escribe el más indicado para tratarlo (86). Nos limitamos, simplemente, a transcribir las líneas de un destacado tratadista, perteneciente a la docta Corporación notarial (87), tomadas de la obra de otro ilustre Notario (88) y que son, de por sí, mucho más expresivas que cuanto nosotros pudiésemos decir acerca del particular. Se escriben a propósito de la crítica del sistema registral francés y dicen así: "Con todas sus imperfecciones, el sistema—se refieren al francés—cumplía su misión de asegurar el tráfico inmobiliario, *gracias a los Notarios, sobre los que descansa todo el sistema.*"

C) *Reforma del artículo 609 del Código civil.*—Superados todos estos obstáculos, creemos que no hay inconveniente alguno en propugnar la reforma del artículo 609 del Código civil en los siguientes términos:

"La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la Ley, por donación, por sucesión testada e intes-

(86) Ver, a este respecto, la notable conferencia de Genovés Amorós: «El documento notarial y el Registro de la Propiedad» (Ilustre Colegio Notarial de Valencia: *Curso de Conferencias 1945*, Valencia, 1946, págs. 9 a 49), en que, con un criterio completamente objetivo, apunta una serie de consideraciones muy dignas de tenerse en cuenta.

(87) Ver Sanz Fernández: *Instituciones de Derecho hipotecario*, I, Madrid, 1947, pág. 155, nota 31.

(88) Jiménez-Arnáu: op. cit., pág. 324.

tada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición o la inscripción en el Registro de la Propiedad o en los Registros especiales, cuando se trate de bienes susceptibles de ella."

De este modo se incluyen también en él las llamadas propiedades especiales (industrial, intelectual, minera, de buques, etc.), que tienen sus Registros especiales en el ordenamiento jurídico español vigente (89).

Al reformar este texto, fundamental a los efectos perseguidos, sería preciso, como es natural, ponerlo en concordancia con los artículos complementarios correspondientes.

D) *La realidad procesal vigente como primer paso hacia la reforma propugnada.*—El primer paso hacia la reforma propuesta ha sido dado, en el plano procesal, por el artículo 41 de la vigente Ley Hipotecaria, que ha venido a proclamar la abstracción procesal a que aludíamos al principio de estas páginas.

En efecto; pese a argumentaciones ingeniosas, que al aplicarse a la naturaleza del proceso creado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria intentan demostrar que se trata de ventilar en él "una mera cuestión posesoria" y "una presunción de título", etc., etc., es lo cierto que por más esfuerzos que se hagan para analizar con el más fino táliz la letra de la Ley no se encuentra esta solución, por ninguna parte.

Por el contrario, se advierte en seguida que el legislador se inspiró en el artículo 937 del Código civil suizo, superando su contenido, pues donde la Ley española habla de acciones reales el Código suizo habla de acciones posesorias. Y, de acuerdo con don Manuel de la Plaza (90) y con Roca Sastre, creemos que no hace falta esforzarse mucho para ver en este artículo el ejercicio de una acción reivindicatoria abreviada, ejercitada en un proceso montado en dos vertientes, ni más ni menos que los procesos de intimación. Y por esto, cuando la oposición en potencia no se formule, los Tribunales actuarán ejecutivamente por la sola virtud del título y entonces estaremos en presencia de un proceso de ejecución.

Esta pretensión, claro está, es todo lo provisional que es siempre lo resultante de todo proceso de ejecución, ya que queda siempre al vencido la posibilidad de acudir a la vía del proceso ordinario.

(89) *Derecho procesal civil español*, II, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1945, páginas 302 y sigs.

(90) *Op. cit.*, I, págs. 181 y sigs.

El negocio jurídico procesal, envuelto en este proceso es de tipo abstracto, como se deduce claramente del contenido del número tasado de excepciones admitidas por el artículo 41, *relativas única y exclusivamente al contenido del Registro*, sin admitir ninguna otra relativa a la falsedad, inexistencia o ilicitud de la causa contenida en el título de transmisión.

He aquí por qué afirmábamos al principio de estas páginas que por la vía procesal, a pesar de la doctrina del título y el modo, era también posible, en Derecho español, llegar a la configuración del negocio abstracto, con abstracción procesal, que será todo lo relativa que se quiera, pero, al fin, abstracción que no incurre en ninguno de los defectos del sistema alemán, puesto que el legislador español ha sabido abrir una vía nueva, tendente a su superación, en el sentido de alejar los defectos del sistema alemán y recoger sus ventajas.

## VI. CONCLUSIONES.

De todo lo dicho anteriormente se pueden sacar, en síntesis, las siguientes conclusiones:-

Primera. No es cierto el abolengo histórico que sus defensores alegan respecto a la doctrina del título y el modo. Esta respondió más a circunstancias sociales de un momento determinado que a una formulación necesaria para la vida del Derecho.

Segunda. No obstante lo anterior, es conveniente mantenerla en el Ordenamiento jurídico patrio, aunque sujetándola a revisión.

Tercera. Esta revisión deberá hacerse a base de la sustitución del modo por la inscripción, dando nueva redacción, en este sentido, a los artículos 609 y concordantes del Código civil.

Cuarta. Los obstáculos alegados por la doctrina para impedirlo son más ficticios que reales.

Quinta. No se copia con ello ningún sistema extranjero, pues mucho antes que el Código civil suizo consagrara la teoría en sus líneas generales, ya había sido propuesta reiteradas veces por nuestros especialistas en Derecho civil y registral.

Sexta. Este es el espíritu que animó a los juristas que vivieron de cerca la formación de nuestro sistema hipotecario, más apegados a la tradición, sin duda alguna, que sus fervientes defensores actuales.



Séptima. Es rechazable el negocio abstracto de tipo alemán, producto de la dogmática conceptual. Pero hay varias clases de abstracción, pudiéndose encontrar una especie de abstracción procesal relativa en el artículo 41 de la vigente Ley Hipotecaria, que constituye una de las vistas por las que se camina más directo hacia la tesis sustitutiva que propugnamos (91).

Octava. La revisión es demandada con toda urgencia por el tráfico jurídico como remedio a sus apremiantes necesidades en la hora actual.

Bástenos, como final, una observación de tipo sentimental acerca de aquel adelantarse, por parte de nuestros magníficos juristas del pasado siglo, a la regulación suiza de la doctrina del modo de adquirir, en relación con el Registro de la Propiedad. En ello no vemos otra cosa, como en tantas otras ocasiones, que ese triste, pero glorioso, destino de nuestra España, de ser siempre precursora y creadora de lo bueno de otros países, como lo fué de Imperios y de civilizaciones.

DR. PASCUAL MARÍN PÉREZ.

Juez de primera Instancia y Profesor A. de  
Universidad Central.

(91) No queremos terminar este trabajo sin reseñar la progresiva teoría del ilustre Notario Sr. Roan acerca de la verdadera naturaleza de la inscripción en nuestro Derecho, por ser el camino más firme que nos conduciría a nuestra finalidad. Sostiene este docto tratadista que la inscripción *sustituye* a la tradición en cuanto a la transmisión de titularidad, pues en la tradición hay que contemplar dos caras, una  *fáctica*  y otra  *jurídica* , entrega de posesión y transmisión de propiedad, de manera que lo mismo que la inscripción recoge de la posesión su vertiente de legitimación jurídica, así también de la tradición recibe su efecto transmisivo de propiedad; mas la posesión no se liga a la inscripción, pues para ella hace falta la entrega real; lo que se une a la inscripción es la vertiente, por así decirlo, jurídica: la transmisión de propiedad. (Cfr. Roan: «Texto refundido de la Ley Hipotecaria», en *Revista de Derecho Privado*, año 1946, pág. 736.)