

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XX

Febrero de 1944

Núm. 189

La tradición de fincas en el instrumento público (*)

En el Derecho romano de hace mil setecientos años, la antigua *in jure cessio*, juicio convenido entre el adquirente, que afirmaba ser dueño de la cosa, y el transferente, que apenas se defendía, va desvaneciéndose, hasta que en las grandes compilaciones justinianeas pierde con las palabras *in jure* su característico papel y queda reducida a una simple cesión.

Paralelamente la *mancipatio*, derivada del antiguo *negotium per des-et libram*, se desenvolvía primero como trueque de cosas y más tarde como *imaginaria venditio*, en presencia del portador de la balanza (*libripens*) y de cinco testigos púberes, con solemnidad de todos conocida y efectos reales.

En la *mancipatio* y en la *in jure cessio* se provoca la transferencia inmediatamente o, mejor dicho, se pone de relieve la atribución del adquirente con la afirmación: este hombre es mío (*hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio*), común a las dos formas. En ninguna de ellas se otorgaba capital importancia a la causa o motivo jurídico sobre la que se fundamentaba la transferencia. Ciertamente es que en la fórmula de la *mancipatio* se agrega a las palabras citadas en los tiempos de Gayo: "lo he comprado con esta libra de cobre", al mismo tiempo que el ad-

(*) De la conferencia inaugural del curso de la Academia Matritense del Notariado, dada por nuestro Director, D. Jerónimo González, el 11 de enero de 1943.

quirente golpeaba con el trozo del metal (*raudusculum*) el platillo de la balanza; pero tales formalidades van perdiendo su significación concreta a medida que se aplican a negocios cada vez más distanciados de la compraventa (dote, prenda, adopción).

No debe extrañar a nadie que las transmisiones de propiedad se apoyen, como en dos columnas fundamentales, en las apariencias de un juicio y una venta, porque la ficción es un poderoso instrumento jurídico que fecunda las formas solemnes y las perpetúa a través de los más violentos cambios.

A medida que desaparecen, como modos civiles de transmitir las cosas, en la época clásica la *mancipatio* y la *in jure cessio* se desenvuelven la *traditio*, 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*. Pero, así como en muchos casos las cosas muebles pueden ser entregadas de mano a mano, conforme dirá más tarde Teófilo, es necesario habilitar formas que acrediten el cambio de posesión en los inmuebles. Podía consistir en la instalación corpórea del *accipiens* sobre el predio, y esta forma material de la *entrada en posesión* ha debido ser la primera, según apunta Girard. Los requisitos del abandono (*decedere*) por parte del antiguo dueño con su familia, del ingreso (*ingredi*) del adquirente, atestiguados por la vecindad y que nos recuerdan el rito de la *mancipatio*, van paulatinamente atenuándose, y los textos nos hablan de recorrer las tierras (*glebas circumambulare*), enseñar los linderos (*fines demonstrare*), y más tarde Celso se contenta no sólo con que se pongan los pies en la finca (*pedem finibus inferre*), sino con que el enajenante mostrara la finca desde una torre vecina (*ex turre, traditio longa manu*). El *corpus possessionis* deja de ser parte material integrante del proceso de adquisición para convertirse en una forma esencial del mismo. Por otra parte, los romanos, que no concebían la tradición como un acto compuesto de abandono (por el *tradens*) y de apropiación (por el *accipiens*), no perdían de vista el papel que en la transferencia jugaba la *justa causa* (que ponen de relieve los conocidos pasajes de Gayo y Ulpiano) y concedían al negocio jurídico, por ejemplo: a la compraventa básica, cuando iba unida a la entrega meramente documental, la virtud de autorizar al adquirente para apoderarse por sí propio de la cosa, sin peligro de ser tachado de perturbador de la posesión ajena (*vacuae possessionis traditio*).

Merece especial mención este efecto de las escrituras, que, atribuido en un principio a la compraventa de esclavos, consignada en un documento que se entregaba al adquirente, concluyó por generalizarse con los rescriptos de los emperadores Severo y Antonino incluidos después en el Codex. Ya en este tiempo, diremos con Jörs-Kunkel, la declaración de entrega de la posesión, principalmente escrita, comienza a sustituir en la práctica a la toma real de posesión.

Unase a estas tendencias la admisión de la *traditio brevi manu* (por ejemplo: venta de la casa al arrendatario) y del *constitutum possessorium* (cambio de la posesión en simple tenencia) que el derecho post-clásico y el justiniano favorecieron, y se explicará la amplia vía que la legislación romana dejó abierta a la tradición ficticia (*traditio ficta*).

Resumiendo las características de la tradición como modo de adquirir, dejaremos sentado: 1.º, que es la forma natural del contrato transmisorio donde la voluntad de dar y recibir el derecho sobre muebles o predios encuentra su expresión concreta, y su efectividad en el dar y recibir el cuerpo mismo de la cosa; 2.º, que aunque inexcusablemente referida a una causa jurídica (venta, donación, etc.) se apoya fundamentalmente en el acuerdo del transferente y adquirente sobre el momento inmediato (por ejemplo: pago de una obligación, *animus solvendi*), dejando cada vez más en la lejanía el motivo remoto de la transferencia; 3.º, que inspirándose en el derecho oriental, Justiniano sustituyó al cambio real de posesión la forma escrita con entrega del documento que acreditaba la compra o la liberalidad, es decir, transformó la tradición de la cosa en la *traditio instrumenti*, de tan trascendental importancia para la técnica notarial.

Paralela a esta corriente románica marcha otra inspirada en las costumbres de los pueblos indogermánicos. Los llamados por nosotros Bárbaros del Norte transmitían la *gewere*, forma visible del dominio, cuando se trataba de fincas, mediante entrega ante testigos de césped, tierra, hierba, ramas que, unidas a un guante, en señal de señoría, alargaba o lanzaba el vendedor al comprador en el acto inicial (gótico *saljan*, latín *sala*). Después recorrían la finca ambos interesados y, para terminar, el enajenante la abandonaba solemnemente (*auflassung*, *exitus*) saltando a veces por encima del seto. Estas formas o símbolos de la *investitura* se modificaron al contacto del Derecho romano, especialmente entre los visigodos, que adoptaron la llamada *traditio cartae* o entrega del documento: el pergamino, todavía no escrito, se

ponía en el suelo como incorporado a la parcela. el enajenante lo levantaba (*cartae levatio*) y facilitaba al escribano para que lo llenara y, una vez firmado, lo entregaba al destinatario, que desde aquel momento adquiriría la propiedad.

Confieso que me he visto sorprendido cuando, al evacuar una cita de Brunner y Schröder, he encontrado en el "Forum judicum" la ley sexta del título II del libro V, relativa a las cosas entregadas o donadas por medio de escritura (*De rebus traditis vel per scripturam donatis*) en la que Flavio Chindasvinto desenvuelve con todo rigor los efectos que produce la donación, si la escritura ha sido entregada al donatario, opinando que hay verdadera tradición (*vera esse traditio*). El texto romanecado del Fuero Juzgo traduce que cuando la cosa se halla lejos (*sea luenne*), "si es dada por escrito non debe por ende menos valer, que entonz semeia la donacion perfecta, pues que a ende el escripto daquel que ie la da". Desconcierta un poco esta traducción, porque las palabras *dar por escripto* tienen en castellano dos significaciones diferentes (donar en escritura y entregar el mismo documento); pero que la ley se halla centrada sobre la *traditio cartae*, nos lo demuestran frases como las siguientes: "maguer que non diese el escripto aquel en su vida"; "mas si aquel que fizo el escripto non dio la cosa ni el escripto en su vida a aquel a quien fiziera la donacion" y, sobre todo, la empleada por el donante que niega las consecuencias fundándose en "que fue furtado el escripto".

El mismo procedimiento de la *traditio cartae* vemos empleado en las donaciones hechas a las iglesias cuando la teoría de la persona jurídica no había adquirido su pleno desarrollo: un rico hombre construía la capilla o el edificio en sus tierras; pedía al obispo que la dedicara solemnemente a un santo y se perfeccionaba la entrega o, mejor dicho, la investidura, colocando el documento que contenía la *hereditatio ecclesiae* sobre el altar donde habían sido depositadas las reliquias. No necesito recordaros que, en muchas leyendas españolas, el pecador, que había vendido su alma al diablo, no se creía rescatado por la intercesión de su Divina Protectora hasta que aparecía en el puño de la imagen la escritura firmada por él mismo con su sangre.

La doctrina aparece triunfante en la Ley 8.^a, título XXX de la Partida 3.^a, relativa a "cómo gana o me la tenencia de la cosa, por la carta que le dan de ella". Dos supuestos se pueden distinguir en el claro y preciso texto de la ley: el primero alude a la tradición a una persona

de un heredamiento o cualquiera otra cosa "apoderándole de las cartas porque la el ovo", y responde a la práctica corriente todavía en el derecho notarial francés de entregar los documentos que acreditan la adquisición por el transferente; el segundo, de abolengo germánico, es una verdadera *traditio cartae* "faciendo otra de nuevo e dandogela". En ambos el adquirente "gana la possession (*del transferente*) maguer non le apodere de la cosa dada, corporalmente".

No puede negarse que la redacción de la Ley citada y de los Comentarios correspondientes de Gregorio López, con sus concordancias justinianeas y alusiones a Juan de Imola, Bartolo, Baldo, Alejandro... y en general a la glosa, no conservan las huellas de la investidura (*gewere*), pero su espíritu aparece cuando el comentarista pone de relieve que la ley primera *Cod. de donation.* se refería tan sólo a la tradición del instrumento en cuya virtud se adquirió la cosa por el transferente, mientras la ley de Don Alfonso comprende también la nueva escritura.

En fin, la Ley XVII de Toro declara irrevocable la mejora hecha por contrato entre vivos si se hubiese entregado la posesión de la cosa "o le oviese entregado ante Escribano la escritura de ello" y la Ley XLIV mantiene la analogía de ambas tradiciones al tratar de la revocación de mayorazgos.

* * *

Sin embargo, la práctica notarial del siglo XIX y las disposiciones del Código civil español no tienen sus inmediatos antecedentes en esta *traditio cartae*. El desenvolvimiento del documento público y la distinción de la escritura matriz destinada a la autenticación de la prueba y constancia de las relaciones jurídicas, frente a la primera copia, instrumento enfocado al tráfico jurídico, a la legitimación y a la ejecución procesal, no se prestan a la cristalización de los derechos adquiridos ni a la incorporación de facultades en los testimonios notarialmente expedidos. La entrega de la copia, su transmisión material para perfeccionar la cesión de derechos o su pignoración directa, desaparecen ante el absorbente papel del *constitutum possessorium*.

En el Derecho romano se encuentran fácilmente los antecedentes de esta *tradition*, llamada a tan maravillosos destinos, si bien la trayectoria por la que se ha llegado a considerar perfeccionada la transmisión de propiedad mediante el cambio del antiguo dueño en mero detentador

todavía es objeto de enconadas discusiones. Parece que de las donaciones con reserva de usufructo y de las garantías de tipo fiduciario en que el deudor, después de haber enajenado la cosa al acreedor, continuaba utilizándola a modo de los hipotecantes actuales, ha nacido el *constituto*, en cuya virtud el transferente transmite en verdad el dominio, reteniendo materialmente la cosa en concepto de comodatario o depositario del adquirente. Admitida primero la emancipación con reserva del usufructo, y más tarde la tradición con iguales efectos, Celso dió un atrevido paso al sentar que lo que poseo en propio nombre (como dueño) puedo poseerlo en nombre de otro (por ejemplo, como arrendatario), y sea por evitar la entrega y devolución, de igual manera que en la *traditio brevi manu*, o por entender que la posesión se adquiere en aquellos casos con el *animo* del adquirente y el cuerpo o aprehensión del *procurator*, la jurisprudencia abre camino a la teoría que verá en el *constitutum possessorium* un tipo de adquisición de la posesión por medio de representante. Esta fué la opinión de Azon y de la mayoría de los postglosadores, valorada por Donelo, reconocida por Cuyacio y descubierta de nuevo por Savigny a principios del pasado siglo.

Las formas reales de tradición corrían grandes riesgos con el sistema: bastaba convenir o reconocer la entrega con la fórmula "declaro poseer en nombre ajeno", "confieso que poseo en tu nombre" (*constituo, confiteor me tuo nomine possidere*) para que la propiedad y la posesión se entendieran transferidas sin ninguna otra solemnidad.

A tal criterio responde la ley 9.^a, título XXX, de la 3.^a Partida, que no sólo legitima la enajenación de las fincas mediante la reserva de usufructo o el arrendatamiento, con la doble consecuencia de ganar "la posesión de la cosa aquel a quien es enajenada" y adquirir el señorío "bien así como si fuese apoderado corporalmente della", sino que admite el *constituto abstracto*; es decir, sin prueba ni alegación de la causa (arriendo, comodato, depósito, sociedad, etc.) por la que yo, antiguo dueño, sigo en la tenencia, bastando con que "dixere: Otorgo que de aquí adelante ltengo la posesión della en vuestro nombre".

No obstante, en los modelos de cartas o escrituras que contiene el título XVIII de la 3.^a Partida se prefiere, cuando no hay tradición real (por ejemplo, entrega de las llaves de la casa o del caballo por el freno), conceder al comprador "libre e llenero poder para entrar

en tenencia de aquella cosa sobredicha que le vendió sin otorgamiento de Juez o de otra persona cualquier".

La tendencia a sustituir la tradición verdadera o propia por cláusulas contractuales se desarrolló en Francia, merced al mecanismo de la *dessaisine-saisine*, y jugó, según Planiol, un papel tan decisivo en la materia que el Código de Napoleón apenas si necesitó innovar nada. Después de la "coutume de Sens", que habla de las cláusulas traslativas de la propiedad, cita la afirmación de Loysel, para quien "en cuanto se ha vendido ya no se tiene nada", y concluye con Ricard que la tradición no servía más que para aumentar las cláusulas de los contratos y dependía tan sólo del estilo de los Notarios.

Todavía resiste Pothier, a fuer de buen romanista, pero la corriente engrosada por las opiniones de Grocio y de Domat aflora en el artículo 711 del Código citado, a cuyo tenor "la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por el efecto de las obligaciones", y en el artículo 1.138, que dice: "La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes. Hace al acreedor propietario, aunque la tradición no haya sido efectuada."

Y con una técnica ambigua, Bigot de Preameneu nos advierte en la Exposición de Motivos: "El consentimiento perfecciona (*rend parfaite*) la obligación de entregar la cosa; no hay necesidad de tradición real para que el acreedor deba ser reputado dueño."

No sería sustancial el cambio introducido por el *Code civil*, pero los Notarios se creyeron autorizados para abandonar las antiguas cláusulas de constituto posesorio, facultades para entrar en la tenencia, precario, *dessaisine-saisine* y otras que sustituían a la tradición. El mismo Planiol, que pone de relieve la diferencia entre las escrituras anteriores al siglo XIX y las fórmulas posteriores, da a entender que los autores del Código no querían ir tan lejos, puesto que no prescindían de la tradición, contentándose con la implícita en el acto jurídico o resultante de las cláusulas contractuales.

A pesar de la avasalladora influencia ejercida por el Código civil francés sobre los juristas españoles, nuestra tradicional doctrina se mantuvo incólume, y con el refuerzo de las Contadurías de hipotecas y más tarde con la ley Hipotecaria, volvió por los fueros de la publicidad. Sobradamente conocida es por todos vosotros la redacción primitiva del artículo 609 del Código civil y la introducción de la frase que

ha servido para perpetuar el espíritu de las Siete Partidas. Según el texto vigente, "la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición".

Ahora bien, se ha omitido la reglamentación (o se encuentra desperdigada, sin unidad, en el Código civil) de esta fundamental institución, y los autores españoles de más renombre, preocupados, como el Sr. Sánchez Román, por la defensa de la doctrina patria frente al Código de Napoleón, u ofuscados por el paralelismo entre la obligación de entregar la cosa vendida que los artículos 1.482 y siguientes regulan (al estilo francés) y la tradición propiamente dicha, como el Sr. Gamazo, Presidente de la Comisión parlamentaria respectiva, tampoco sientan con claridad las bases de este modo de adquirir la propiedad.

Limitándonos al campo inmobiliario, todavía no se han puesto de relieve las relaciones entre las dos leyes fundamentales, e ignoramos hasta qué punto se influyen recíprocamente tradición, posesión e inscripción.

Cierto es que la Exposición de Motivos de la ley Hipotecaria sienta las siguientes afirmaciones: "Una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición no traspasa al comprador el dominio; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto de todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción." En cambio, falta en la misma ley una declaración explícita del siguiente tenor: "La propiedad de los inmuebles se adquiere mediante la inscripción; la entrega de la posesión no es necesaria para la transmisión del dominio." Este claro precepto de la ley del Reino de Sajonia, aprobada el 6 de noviembre de 1843, puso fin a las dudas y disquisiciones que Berger y Wernher habían desarrollado ya a principios del siglo anterior, mas no quería decir que la inscripción en los libros hipotecarios sustituyese a la entrega natural y produjera sus efectos. Un comentarista (Heyne) del artículo 2.º a que venimos aludiendo, reserva al comprador de una finca demandado sobre el cumplimiento del contrato, sin que la entrega hubiese tenido lugar, la *exceptio non adimpleti contractus*. Nuestra técnica parece desconocer tales problemas, confunde la tradición con la obligación de entregar y emplea, como el Código civil,

las mismas frases de los juristas franceses, a pesar de las diferencias conceptuales. Y el Tribunal Supremo, más en contacto con la realidad, se ha visto en la necesidad de separar la tradición ficticia de la tradición real y se inclina a estimar consumada la venta cuando aparece inscrita la finca, concediendo al comprador una acción reivindicatoria frente al tercer poseedor.

Afortunadamente, el artículo 1.462 de nuestro Código introduce en los textos traducidos del napoleónico una tradición presunta que acerca los dos sistemas y ha sido utilizada sin reparos por los formularios notariales: "Cuando se haga la venta mediante escritura pública el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario." De aquí que los fedatarios precavidos, sin meterse en profundidades sobre la existencia o no de la *vacua possessio*, se contenten con estampar una cláusula de estilo: "el adquirente toma posesión en el hecho de firmar esta escritura" u otra de análogo contenido.

Cualquiera se figuraría que con estos procedimientos el instrumento público y el Registro de la Propiedad habían quedado desligados de la tradición y de las complicaciones posesorias. ¡Nada más lejos de la realidad!

El Notario no puede desestimar la técnica de la tradición fundándose en que el asiento registral cubrirá los puntos vulnerables; primero, porque las escrituras tienen un período de vida entre su firma y su inscripción, en que funciona el régimen de la *traditio*; segundo, porque son muchos los instrumentos que han de quedar fuera del Registro por falta de previa inscripción, por abandono del adquirente o por defectos subsanables e insubsanables, y tercero, porque un número considerable de parcelas no pueden ingresar en los libros hipotecarios sin gastos extraordinarios y diligencias inacabables. Esto aparte de las escrituras no sujetas a inscripción por referirse a bienes muebles y a los conjuntos de cosas (almacenes, comercios, explotaciones industriales) que no ingresan en el Registro de la Propiedad.

* * *

De mayor trascendencia que las anteriores consideraciones es el problema de la equiparación o aproximamiento de la posesión tabular y de la tradición registral.

Al comparar nuestro sistema hipotecario con los extranjeros, nos encontramos con que el artículo 41 de la Ley de 1909, a cuyo tenor "quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos", responde, por una parte, al criterio fundamental en la materia del Código civil austríaco, y de otro lado, marcha paralelo a la poderosa evolución de las repúblicas sudamericanas de habla española. No obstante, las tres corrientes (austríaca, española y americana) se desenvuelven con toda independencia, sin influirse visiblemente, y los juristas o legisladores respectivos parecen no tener noticia de lo que pasa en los otros Estados aludidos.

Ya hemos hecho constar en otra ocasión que el legislador español, impresionado por el Acta de Torrens, que no sospecha el problema, por la ley prusiana de 5 de mayo de 1872 (derogada por el B. G. B. enemigo de la posesión registrada) y por un artículo del Código civil suizo, cuyo alcance fué fijado posteriormente por la doctrina como de técnica distinta, introdujo el famoso texto para otorgar a la inscripción las acciones interdictales y posesorias. Hasta ahora no he tropezado con ninguna alusión del mismo a los sistemas que voy a exponer.

La legislación austríaca anterior al siglo XIX, y en especial el *Codex Theresianus*, después de distinguir la posesión natural de la jurídica en los bienes inmuebles, repetía con insistencia que la posesión jurídica solamente se podía adquirir con la inscripción en los libros registrales del título correspondiente, y el proyecto Martini, con frase lapidaria, declaraba: "sin inscripción no se puede adquirir la posesión jurídica".

En la discusión y redacción del Código civil general se elevó a teoría científica un concepto del Derecho real, combinación de la investidura con la técnica posesoria, que ponen de relieve los siguientes términos. "Si un derecho como real ha de valer frente a todos, es necesario dotarlo de apariencias significativas (*deutliches Merkmal*), por donde las terceras personas puedan reconocerle. Una de estas notas características es la posesión: sea la corporal o la acreditada por signos o marcas, o la inscripción en libros accesibles a todos." Los artículos 321 y siguientes del Código austríaco mantienen esta doctrina, pero fueron oscurecidos por las enseñanzas romanistas de Savigny, Unger, Randa y Krainz, que no veían en la posesión más que el

hecho material y centran sus efectos sobre los interdictos. Contra ellos levantan la bandera de la posesión tabular, dirigida por el lado interno al goce y utilización de la cosa, por el externo a su enajenación y gravamen, Hans Melzer y Julius Brügel en una obra sobre la posesión natural y tabular, publicada en Viena en 1913. El concepto de posesión se forma por tres elementos: la voluntad de poseer, la manifestación de tal voluntad y una base o causa jurídica que la legitime, dándole apariencias de propiedad (*Omnia ut dominum gessisse*). Son variadísimas las formas adquisitivas de la posesión, y entre ellas los citados autores estudian la de las cosas sin dueño (ocupación) y la de cosas poseídas por otro mediante su consentimiento (tradición) o contra su voluntad (usurpación). En la tradición, la cosa sometida a una voluntad pasa a ser dominada por otra, hay solamente un cambio de sujeto, y sobre esta particularidad se ha de centrar su exteriorización o forma jurídica.

Ahora bien; si admitimos para tales fines actos oscuros o clandestinos, ¿cómo negar que la transmisión recibe al ser inscrita una publicidad y energía que los otros medios no pueden nunca otorgarle? "La inscripción hipotecaria es precisamente la forma ideal de la manifestación de voluntad dirigida a la adquisición de la posesión." En fin, el Derecho moderno maneja sin recelos la sucesión en la posesión *mortis causa e inter vivos*, la accesión de posesiones, la *cuasi possessio* de los derechos reales, y se aleja de los modos groseros, rurales, primitivos y a veces ridículos de transmitir el señorío de las cosas.

Para dar una clara idea de la tercer corriente (sudamericana) a que me he referido, leeré el párrafo con que principia su tesis doctoral sobre prescripción adquisitiva de los bienes raíces inscritos el Sr. Rolán Ossa (Bogotá, 1918): "Nuestro Código civil (*el de la República de Colombia*) ha establecido y reconoce un sistema único, necesario y solemne, para la tradición del dominio de los bienes raíces. De acuerdo con ese sistema, la tradición de tales bienes debe efectuarse por la inscripción del respectivo título en la oficina del Registro de instrumentos públicos. De consiguiente, la entrega material, dentro del sistema dicho, no es necesaria para que la tradición sea perfecta, efectiva y completa."

En verdad, no puede estar más explícito el artículo 856 del texto legal aludido: "Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registros de instru-

mentos públicos. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituídos en bienes raíces y de los de habitación e hipoteca."

Con anterioridad a nuestra ley Hipotecaria, el Código civil chileno consignaba estos principios con toda valentía: "Artículo 686. Se efectuará la tradición de dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador." Artículo 724. "Si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ellas, sino por este medio." Artículo 728. "Para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele."

Y no hay que pensar en una confusión de conceptos o de palabras, porque la Exposición de Motivos presentada por el Ejecutivo Nacional al Congreso declara que la transferencia y la transmisión de dominio o la constitución de un derecho real exigen una tradición, y la única forma de tradición que para estos actos corresponde es la inscripción en el Registro conservatorio, concluyendo con frases precisas: la inscripción es la que da la posesión real, efectiva: "mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título no posee: es un mero tenedor".

Las razones que mueven al legislador están al alcance de todos: no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable, que la inscripción, y de otra parte, con este sistema puede llevarse toda la propiedad inmueble al Registro sin adoptar medidas draconianas ni exigir procedimientos embarazosos. Este irá produciendo paulatinamente sus efectos, y al cabo de poco tiempo, *inscripción, posesión y propiedad serán términos idénticos*.

El doctor colombiano Fernando Vélez, en su tratado de Derecho civil, afirma que no hay en aquel país ninguna disposición legal que requiera para la tradición de bienes raíces que éstos se entreguen al adquirente.

Después de estas afirmaciones es lógico que se llegue a la siguiente conclusión: "Con la institución del Registro creó el legislador un nuevo sistema de posesión de los inmuebles: el sistema o régimen de la *posesión inscrita*." (Roldán, op. cit., 26.)

Ante una coincidencia tan extraordinaria del pensamiento jurídico en pueblos tan importantes como distanciados, y cuyos juristas y legisladores, si se conocen, no se citan ni aluden al desenvolver sus

intenciones y normas, queda el observador, en primer lugar, sorprendido por la espontaneidad del movimiento y, en segundo término, por sus fundamentos o alcance. Es indudable que los austriacos no han tomado del occidente de Europa la llamada *posesión tabular*, y los reformadores de nuestra ley Hipotecaria, en especial los señores Martínez Pardo, Pazos y Aragonés, que llevaron el peso de la campaña a principios de este siglo, no se apoyan en aquel concepto ni han tomado de las naciones sudamericanas, que nos deben sangre, tradiciones e idioma, la inspiración de los preceptos que más tarde se han incluido bajo el discutido artículo 41.

Pero dando por legitimada la figura, frente al sistema alemán que acepta la doctrina de Savigny y se niega a tratar la posesión jurídica como derecho inscribible, ¿puede colocarse toda la técnica inmobiliaria bajo la disciplina de la *traditio rei* sin más que asignar al instrumento público la función de *título* y a la inscripción la categoría de *modo de adquirir* o entrega de la finca?

JERÓNIMO GONZÁLEZ