

Retornos al Código Civil

... AL FILO DE DOS CENTENARIOS

SUMARIO

1. *Al filo de los Centenarios de las Leyes Hipotecaria y Notarial la más atrayente tarea para Registradores y Notarios es buscar la doctrina originaria del Código en materia de negocios reales inmobiliarios.*

2. *Esta fué, probablemente, establecer la escritura pública como forma inexcusable y dar al título inscrito la absoluta prevalencia frente al no inscrito de los sistemas de transcripción. En dos sucesivos capítulos trataré de las posibilidades de retorno al 1.280, núm. 1, y al 606.*

3. *Curándonos de la debilidad de alabar el principio absoluto de libertad de forma, podremos ver la solución del Código que coordina el 1.278 (antiformalismo para el contrato) con el 1.280 (formalismo para el negocio real inmobiliario) sobre la base de la distinción del 1.279 entre la obligación y el hacer efectiva la obligación.*

4. *La doctrina y jurisprudencia que distingue entre unos contratos inmobiliarios con escritura pública «ad solemnitatem» y otros con escritura pública «ad probationem tantum» es probablemente, disconforme con la intención de los autores del Código.*

5. *Por tres erróneos caminos se ha llegado a esta distinción: 1.º Por una interpretación preconcebida y superficial del artículo 1.279, cuyo verdadero sentido es sencillo y una genial intuición del legislador. 2.º Por un arbitrario manejo de los artículos (633, 1.628, 1.667, y 1.875) en que la exigencia de escritura se reitera, cuando tienen otras clarísimas interpretaciones todas las reiteraciones manejadas. 3.º Por un aferrarse a la teoría del título y el modo, exigiendo además al título un aformalismo no demostrado, pues la verdadera doctrina del título y el modo de nuestro Código para los inmuebles se condensa en el progresivo concepto de título que aparece, por doquier, en él, identificado con escritura (pública) con tradición instrumental adherida en los contratos traslativos del dominio.*

6. *El que creemos verdadero sistema del Código se ajusta perfectamente al espíritu del Derecho popular español.*

7. *El documento privado que nace al margen del Código (costumbre contra Ley) consigue la rendición del Tribunal Supremo, aunque no sin cierta lucha, que la doctrina posterior silencia.*

8. *Impotencia de los mismos glosadores del B. G. B. para reaccionar en pro del Código a pesar de la plena identidad de ambos sobre el particular; con otra mínima referencia al Derecho comparado.*

9. *La costumbre «contra legem» acosa al mismo legislador; pero no puede afirmarse con seguridad que le haya vencido por el apartado 5.º, 1.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 1909.*

10. *Son sobradamente conocidas las causas del fracaso del artículo 1.280, pero han surgido circunstancias nuevas que pueden y deben hacerle renacer, y éstas deben ser aireadas con motivo del Centenario de la Ley del Notariado, que fue adelantada del sistema del Código.*

11. *Como puente al capítulo 2.º, que estará dedicado al retorno al artículo 606, adelantaremos que el arco de la escritura no es nada sin la bóveda de la publicidad imprescindible para que el Derecho real tenga su resonancia necesaria.*

12. *El futuro capítulo buscará las posibilidades de una prudente reprimenda del artículo 606 del Código (32 de la Ley).*

UNA TAREA ATRAYENTE.

1. Es igual que estas notas se publiquen en 1961, año del Centenario de la Ley Hipotecaria, o en 1962, año del Centenario de la Ley del Notariado. Ambas Leyes son dos hermanas gemelas, en las que se dió la prodigiosa circunstancia de nacer antes que su padre el Código Civil, y que juntas deben conmemorarse.

Al filo de estos dos años, la más atrayente tarea para ese plantel de juristas prácticos que forman los Cuerpos de Registradores y Notarios es buscar la verdadera doctrina que el Código Civil y ambas leyes establecieron sobre la estructura y forma del negocio jurídico de constitución, modificación, transmisión y extinción del derecho real inmobiliario. La tesis de este trabajo es que, a pesar de la abundante y muy estimable literatura sobre la materia, no se ha llegado a conclusiones aceptables y que la abundancia de posturas polémicas nos va apartando cada vez más de la idea originaria de los legisladores de 1861, 1862 y 1889. La consecuencia sería la necesidad de un retorno a aquella idea originaria y de una corrección de las desviaciones sufridas.

2. Si yo pretendiera convencer al jurista lector de que las compraventas de inmuebles en documento privado son nulas en nuestro Derecho positivo, mi empresa sería casi descañellada. Pero si pre-

tendo solamente defender, como muy probable, que la intención de los autores del Código Civil fué exigir el documento público como inexcusable requisito de forma para la transmisión del dominio y para la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre inmuebles, creo que mi pretensión está dentro de lo admisible. Y si como corolario me atrevo a afirmar que el momento actual es apropiado para que esa probable intención del legislador de 1889—que entonces fracasó ante una adversa realidad jurídico-social—puede hoy llevarse a efecto sin estridencia ninguna y sin necesidad de reformar el Código Civil, creo que mi atrevimiento ni es grande ni vituperable.

Todo atrevimiento es apriorístico. Mi posición descansa en dos obsesiones:

1.^a Que el número 1.^o del artículo 1.280 del Código Civil debe entenderse en su sentido literal y en consecuencia el documento público es requisito formal constitutivo del *contrato que tenga por objeto* la creación, transmisión, modificación o extinción de Derechos reales sobre bienes inmuebles.

2.^a Que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria tomó de los sistemas latinos de transcripción la norma absoluta, incondicionada e inflexible de que el título no inscrito no puede perjudicar al título inscrito.

Con tales obsesiones mi postura necesariamente desemboca en combatir todo cuanto tienda a dar beligerancia al documento privado en materia de inmuebles y todo cuanto tienda a menospreciar el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, privándole de cometido propio y dejándole morir junto al radiante sol del 34.

CAPÍTULO I

RETORNO AL ARTÍCULO 1.280.

3. Son pocos todavía los privatistas que no caen en la debilidad de verter frases elogiosas al pretendido principio espiritualista de nuestro Ordenamiento de Alcalá. La cura de esa debilidad debe correr a cargo de tres recetas:

1.^a Estudios históricos serios al estilo de los que hace NÚÑEZ LAGOS (1) encaminados a desentrañar el genuino sentido de la Ley única del Título XVI de dicho Ordenamiento.

2.^a Reposadas meditaciones filosóficas antes de saltarse a la ligera las afirmaciones de IHERING cuando tratando de la esencia e importancia práctica del formalismo dice que la forma es hermana gemela de la libertad, y que «el pueblo que ama la libertad comprende instintivamente que la forma no es un yugo sino el guardián de su libertad» (2).

3.^a Paladear en su salsa los dulzores de la libertad de forma, expurgando por los Juzgados, Notarias y Registros rurales españoles, las delicias y las maravillas de las libres voluntades de las partes libremente manifestadas en los no menos libres documentos privados.

EL ARTÍCULO 1.280.

El texto del artículo 1.280, número 1.º, leído sin prejuicios, es bastante claro: «Deberán constar en documento público..»

Si el artículo 4.º del mismo Código declara nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, y la Ley dispone que deberán constar en documento público determinados contratos, la consecuencia será la nulidad de los contratos que debiendo constar en documento público no consten. Repetimos que esto está bastante claro. ¿Por qué extrañas circunstancias y desviaciones ha quedado sin aplicación y casi convertido en papel mojado este precepto del Código Civil?

Las normas jurídicas que imponen una determinada forma a los actos y contratos son normas de precaución que tienden a evitar ilícitos civiles. ¿Por qué no fueron respetadas a pesar de estar impuestas por el Código Civil? ¿Por qué el triste fracaso del artículo 1.280?

Si contemplamos desde el ángulo visual del Derecho comparado

(1) *Hechos y derechos en el documento público*, págs. 224 y sigs.

(2) *El espíritu del Derecho romano*.

la solución dada por los artículos 1.278 y 1.280 de nuestro Código al problema de la forma de los contratos, la veremos tan espiritualista como lógica; tan castizamente española como ajustada a la razón y al espíritu de nuestro pueblo.

La fórmula del Código contiene una intuición asombrosa de la distinción moderna entre lo obligacional y lo dispositivo y, aunque sin caer en construcciones abstractas, comprende los distintos campos de lo obligacional y lo real.

La fórmula del Código se condensa de la siguiente manera, empleando sus mismas palabras: Los contratos serán *obligatorios*, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado (1.278): pero *deberán* constar en documento público *los actos que tengan por objeto* la creación, transmisión, modificación y extinción de Derechos reales sobre bienes inmuebles (1.280).

Si entre ambos artículos no existiera el 1.279, la interpretación podía haber seguido dos caminos: uno absurdo, consistente en considerarlos contradictorios y dar valor sólo al primero, estimando que el «deberán» del segundo era un mero consejo; y otro más lógico, considerar al segundo una excepción del primero.

Pues bien, la existencia del intermedio 1.279, que para mí coordina perfectamente los otros dos, ha dado pie a una hermenéutica forzada e imprecisa que ha producido el resultado de dejar también sin valor el 1.280.

SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.

4. Toda la doctrina y Jurisprudencia que ha consagrado la distinción entre unos negocios jurídicos inmobiliarios, que requieren el documento público como forma sustancial, y otros, que le requieren sólo como forma *ad probationem* y que ha dejado el «deberán» que inicia el artículo 1.280 convertido en algo tan débil que es incapaz de poner en movimiento el artículo 4.º del Código, es doctrina y Jurisprudencia tan digna de respeto y acaso elogiabile como probablemente disconforme con el texto del Código Civil y con la intención de sus autores.

TRES CAMINOS POR LOS QUE SE HA LLEGADO A ELLA.

5. Tal distinción ha surgido por tres distintos caminos que creo equivocados:

1.º Viendo una regla general en el artículo 1.278, y con la idea preconcebida de que el 1.280 no fuera una excepción a esa regla general, se manejó alegremente el artículo 1.279 para sacar en consecuencia que los actos y contratos enumerados en el 1.280 no requerían el documento para ser obligatorios, pues lo único que pretendía este artículo era conceder a los contratantes, en determinados supuestos, la facultad adicional de compelerse recíprocamente a llenar la forma del documento público como superfluo lujo añadido a la facultad fundamental de exigirse el cumplimiento del contrato, obligatorio y válido de antemano conforme al artículo 1.278.

Creo que la idea del Código Civil era esta otra:

Los contratos, sin excepción, serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado siempre que concurren consentimiento, objeto y causa. Pero determinados actos y contratos *deberán constar en documento público en cuanto se refiere a hacer efectivas las obligaciones propias de los mismos* y entonces, tratándose de tales contratos, los contratantes, desde el momento en que concurren las condiciones esenciales de validez, es decir, desde que el contrato es obligatorio, podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma *para hacer efectivas* esas obligaciones; es decir, para cumplirlas.

Si pensamos en un contrato de compraventa de inmuebles éste será obligatorio cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado, pero como estamos ante un contrato que tiene por objeto la transmisión del dominio sobre bienes inmuebles, y la Ley (el art. 1.280), exige escritura pública *para hacer efectiva* la obligación del vendedor, resulta que, desde que es obligatorio el contrato, el comprador podrá compeler al vendedor a hacer efectiva su obligación precisamente otorgando la escritura en virtud de la cual la finalidad traslativa del dominio se cumple. El Código Civil para la transmisión del dominio de inmuebles exige escritura pública o documento público, aunque lo haya dicho con el circunloquio de

hacer efectivas las obligaciones propias de ciertos contratos que tienen por objeto la transmisión de Derechos reales sobre inmuebles.

Coordinados así los artículos 1.278 a 1.280 vemos cómo los autores de nuestro venerable Código tuvieron la acertada y genial intuición de diferenciar el contrato obligatorio del negocio jurídico dispositivo en una época en que esta diferencia estaba ausente de nuestra doctrina jurídica. Establecieron el principio de libertad de forma para el contrato obligatorio (1.278) y exigieron el documento público para los más importantes y trascendentales de los negocios jurídicos dispositivos (1.280). El texto del artículo 1.279, separando de un lado el contrato obligatorio y desde que es obligatorio, y de otro lado el hacer efectivas las obligaciones propias de ciertos contratos llenando la forma pública que el 1.280 exige, demuestra que no hay contradicción entre el 1.278 y el 1.280 y que tampoco el segundo es una excepción del primero pues cada uno se está refiriendo a una cosa distinta: uno al contrato y otro al negocio dispositivo o real.

2.º La posición doctrinal y Jurisprudencial que distingue unos negocios jurídicos de disposición de inmuebles con forma pública sustancial y otros con forma *ad probationem tantum* buscó su fundamentación por un segundo camino cuyo extravío es más sencillo demostrar.

Fijándose en unos cuantos artículos que reiteran la exigencia de la escritura pública para la validez de ciertos contratos inmobiliarios se pensó que tales reiteraciones eran indicio de que la norma del artículo 1.280, número 1.º, era tan inconsistente frente a la regla del artículo 1.278 que allí donde el Código había querido *de verdad* exigir la forma pública como requisito de validez lo había dispuesto expresamente. Por ello, sólo deberán constar en documento público *de verdad* los contratos en que se haya remachado el clavo del 1.280 con otro precepto específico.

Creo que conviene buscar otras explicaciones más lógicas a tales preceptos reiterativos.

LA INSISTENCIA DEL ARTÍCULO 633.—Su explicación me parece clarísima. Regulada la Donación en el Libro Tercero, fuera del dedicado a las obligaciones y contratos y no como un contrato sino como un acto con grandes contactos con el otro modo de adquirir

que va a regular a continuación (las sucesiones testada e intestada), era lógico que dedicase un precepto a la forma de la donación, como más adelante dedica toda una serie de Secciones a la forma de los testamentos. Era imprescindible una norma específica por razones de fondo, por razones de sistemática y, además, para evitar cualquier duda. Tantas cosas separan a la donación de los contratos, que un precepto especial sobre forma de la donación era necesario y nunca puede considerarse reiterativo del 1.280 (3).

Cuando vemos indignarse a los compañeros Notarios ante una donación de inmuebles en documento privado como si fuese un delito, y agachar la cabeza resignados y contritos ante una compraventa, acaso de mucha mayor cuantía, hecha en documento de igual clase, porque para la compraventa no hay un precepto como el 633 y por tanto rige la teoría del título y el modo y el Ordenamiento de Alcalá, nos preguntamos qué malvados duendes han podido jugar tan mala pasada al artículo 1.280.

LA REITERACIÓN DEL ARTÍCULO 1.628.—En este sí puede decirse que *aliquando dormitat Homerus*. Este sí es un artículo desgraciado. Todo él es una completa desdicha. Era innecesario decir que el Censo enfiteútico sólo puede establecerse sobre bienes inmuebles porque esto ocurre con todos los Censos y ya se dice y se reitera por triplicado en los artículos 1.604 a 1.607. A nadie se le ha ocurrido deducir de la reiteración del 1.628 que los Censos consignativo y reservativo pueden establecerse sobre bienes muebles. ¿Por qué dar distinto mérito a la reiteración de que sólo puede establecerse en escritura pública, cosa que ya resulta del artículo 1.280?

Si'n salirnos de los Censos, creo que no puede encontrarse ningún argumento serio para que el requisito de la forma pública pueda tener un significado y un alcance distintos en el Censo enfiteútico que en los otros dos. Y nos demuestra esto la vacilante Jurisprudencia en materia de forma de los Censos.

LA REITERACIÓN DEL ARTÍCULO 1.667.—La afirmación de que la sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma era imprescindible

(3) La separación de la donación de los contratos es otra de las cosas que han sido medianamente comprendidas por los intérpretes del Código. También en ella creo que lleva el Código más razón que sus críticos.

ble en el Código para establecer la distinción y diferencia con las sociedades mercantiles, de larga historia formalística en la práctica y legislación comercial. Por ello, la primera frase del artículo 1.667. Pero se dieron cuenta los redactores del artículo de la necesidad de completar la frase con la salvedad dedicada a las sociedades con aportación de inmuebles, precisamente para evitar que un precepto encaminado a reiterar el 1.278 frente a la forma de las sociedades mercantiles pudiese ser interpretado como una derogación del 1.280, número 1.º, en materia de sociedades con aportación de inmuebles. La aclaración está, pues, justificadísima. Pero se da la peregrina circunstancia de que en este caso, a pesar de la insistencia del Código, por un capricho más en toda esta materia, la doctrina y la Jurisprudencia se conforman con la escritura *ad probationem* en la sociedad civil con aportación de inmuebles, en vez de haber seguido el correcto camino de distinguir entre obligatoriedad *inter partes* del contrato de sociedad y negocio de aportación de inmuebles a la sociedad, que es lo que requiere escritura.

Y no hay más artículos (4). La cita que suele hacerse del 1.875 nos demuestra que los defensores del valor seminulo del artículo 1.280, 1.º, cuentan con un público incondicional, porque a poco que nos fijemos la cita se vuelve contra ellos. En efecto, este artículo dice literalmente que es indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida que el *documento* en que se constituya sea inscrito en el Registro. Da por supuesta la necesidad del documento público porque el legislador recuerda perfectamente el artículo 1.280 y se limita a añadir al documento su inscripción, requisito constitutivo específico de la hipoteca fácilmente explicable porque todo el Código respira la atmósfera del sistema francés de transcripción, y el artículo 1.875 quiere dejar constancia de la diferencia en este sistema entre la hipoteca (sujeta a inscripción) y los demás Derechos reales incluso el dominio (sujetos a transcripción, aunque nuestra Ley Hipotecaria no hubiese recogido esta terminología diferenciadora).

(4) Como no quiero salirme del tema, dejo sin tocar todo lo que hace referencia a los restantes números del artículo 1.280. No obstante, en algunos de ellos podrían encontrarse fuertes argumentos en pro de mi opinión sobre el número primero.

3.º El tercer camino por el que se ha llegado a dejar sin aplicación el artículo 1.280 es indudablemente el más ancho y digno; pero también creo que hay base suficiente en el Código para considerarle equivocado. Este tercer camino consiste en aferrarse a la teoría del título y el modo, mantener que esta Teoría está recogida en toda su pureza en el artículo 609 del Código y dar por incontestable que los dos requisitos únicos de la transmisión dominical son:

1.º Contrato sin sujeción a forma; es decir: artículo 1.278 exclusivamente.

2.º Tradición en cualquiera de sus formas incluso tratándose de bienes inmuebles.

Partiendo de estas dos preconcebidas premisas resulta que con contrato en forma verbal seguido de tradición real efectiva y sin documento alguno habrá transmisión perfecta del dominio. Ahora bien, ¿es que la Teoría del título y el modo ha exigido tal antiformalismo en algún momento? Aunque así fuese, mi opinión es que el Código Civil ha recogido, en efecto, la Teoría; pero no en tales términos sino con fuertes ingredientes formales tratándose de bienes inmuebles.

La Teoría del título y el modo en nuestro Código Civil es como sigue: La Propiedad se adquiere por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. El acreedor (comprador, por ejemplo) no adquirirá Derecho real sobre la cosa hasta que le haya sido entregada. Se entenderá entregada la cosa cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Pero cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa. Y como deberán constar en escritura pública (u otro documento público) los contratos que tengan por objeto la transmisión de los Derechos reales sobre inmuebles, resulta, de todo ello, que la propiedad de los bienes inmuebles se transmite por la escritura pública de compraventa que es imprescindible y suficiente si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.

No hemos hecho más que ir ensamblando las dovelas de los artículos 609, 1.095, 1.462 y 1.280, que encajan perfectamente, para obtener, con sus mismos textos literales, el arco mitad románico y mitad gótico de la transmisión de inmuebles en nuestro Código

Civil con su escritura pública como requisito esencial y suficiente.

Es la Teoría del título y el modo; pero en su momento de superación, cuando una vez consumada la distinción entre muebles e inmuebles por la influencia germánica, se llega a la solución romance y práctica de que en los muebles puede decirse que basta el modo, en virtud de presunciones de título y en los inmuebles basta el título en virtud de las presunciones de modo de la *traditio per chartam* y de las cláusulas de *constitutum*.

Probablemente, pues, fué descaminada la interpretación doctrinal y jurisprudencial del Código Civil en materia de los contratos traslativos de inmuebles al reducir a la nada el artículo 1.280. Más adelante veremos las circunstancias que forzaron a tal interpretación; pero antes insistiremos algo más en torno a los indicios y pruebas en el Código Civil en favor de la escritura pública como requisito esencial de la transmisión inmobiliaria y de la constitución de Derechos reales sobre inmuebles.

Si el «deberán» del artículo 1.280 no implicase forma constitutiva y si por tanto un contrato verbal o un documento privado seguido de entrega real y de hecho de la posesión al comprador, fueran bastante para la transmisión dominical de los inmuebles nos encontraríamos con dos dificultades, nacidas de dos lagunas del Código:

1.^a Que no estaría regulada la entrega de la cosa inmueble cuando la venta no se hiciese mediante escritura y la «puesta en poder y posesión» (tradición o entrega real y de hecho) no fuera posible. En efecto: El artículo 1.462 establece dos formas generales de tradición que son la real y la escrituraria; el 1.463 regula formas supletorias de tradición para cuando no haya entrega real ni escritura pública, pero sólo tratándose de muebles, y el 1.464 establece formas supletorias de la escrituraria respecto de los bienes incorporales. No hay, pues, formas subsidiarias para los inmuebles y esto puede ser buena prueba de que el legislador pensó que estos bienes tienen que venderse en escritura y por tanto era suficiente para ellos el apartado segundo del artículo 1.462 sin más que prever el caso de que a pesar de la escritura de venta la tradición no se efectuase simultáneamente por ser la venta auténtica y mera venta sin transmisión aún de la propiedad, caso en el cual la

transmisión se operaría cómo y cuándo de la escritura resultase, mediante la entrega real (5).

2.º Que no estaría tampoco regulada la forma de constitución, modificación y extinción de los Derechos reales limitativos del dominio especialmente allí donde la teoría del título y el modo no encaja en los casos en que la constitución, modificación o extinción no sea por uno de los ciertos contratos que el Código regula. Para los Derechos reales en general no contamos, pues, con más precepto útil que el 1.280, 1.º. Y si éste no sirve para nada nos quedamos sin ninguno aplicable.

Si tenemos la paciencia de ver en el Código los artículos en que hay referencias a actos traslativos de inmuebles o a constituciones de Derechos reales inmobiliarios, podríamos observar que en todos se habla de la escritura en términos suficientemente expresivos de que la considera imprescindible. Por ejemplo, pueden bastarnos los artículos 1.483, 1.638, 1.640 y 1.646. En ellos, y en muchos más, se menciona la escritura como algo que no pueda faltar y ni que decir tiene que para el Código sólo son escrituras las públicas, pues en ningún momento emplea la palabra escritura para referirse a documento no notarial. Los artículos 1.216 y siguientes son suficientemente expresivos en este punto: El Código, coincidiendo plenamente con la terminología popular, identifica escritura con escritura pública y documento con documento privado, llamando a éste simplemente obligación por escrito. Valga por todos el artículo 1.229 separando escritura de documento

Creo indudable que el criterio del Código sobre la forma de constitución de usufructos, servidumbres y demás Derechos reales sobre inmuebles fué exigir la escritura (léase escritura pública) como requisito esencial conforme a lo dispuesto en el artículo 1.280; tanto para los Derechos reales que regula en el Libro 2.º, como para los que regula en el Libro 4.º. Son muchos los artículos del Libro 2.º que lo demuestran.

Cuando los artículos 468 y 536 establecen la constitución del usufructo y la servidumbre por la voluntad de los particulares o

(5) No ignoro que algunos pasajes de este trabajo serían tejido fácil para los afilados bisturíes del conceptualismo jurídico. Pero con fe en el Código Civil es fácil domeñar los conceptualismos.

propietarios respectivamente, no prejuzga nada sobre la forma de exteriorización de esa voluntad, ni pretenden consagrar ningún principio espiritualista; ni menos pretenden dejar sin aplicación el artículo 1.280 que establece la regla general de forma del negocio jurídico de disposición inmobiliaria. Precisamente en este Libro 2.º, para referirse a la cuestión, emplea constantemente la palabra título para expresar algo que parece ser suficiente por sí para la constitución del Derecho real. Ya HEINECIO nos enseñaba cómo el título sin tradición ni cuasi-tradición constituía el Derecho real en la hipoteca y en las servidumbres negativas. El Código en todos los artículos del Libro 2.º nos demuestra el menguado valor que la tradición material tenía ya en el siglo XIX para los efectos de constituir el modo tratándose de inmuebles. La lectura imparcial de artículos como el 537, 538, 539, 540 y 541 nos da una importante clave para descifrar cómo entiende el Código la teoría del título y el modo en los Derechos reales sobre inmuebles. De todo cuanto estos artículos sugieren en pro de nuestra postura sólo vamos a destacar dos ideas:

1.ª Que el artículo 538 se preocupa mucho de fijar el momento en que empieza la posesión cuando se trata de la adquisición por prescripción, y así nos demuestra, *a sensu contrario*, que carece de toda trascendencia la posesión cuando se trata de la adquisición en virtud de título. Y es que el Código Civil considera superada la Teoría del título y el modo en materia de adquisición de Derechos reales inmobiliarios.

2.ª Que para los autores del Libro 2.º del Código, ese título de que habla tan frecuentemente es una escritura pública. Lo demuestra el artículo 541 cuando identifica, al ponerlos en pleno paralelismo, el título de enajenación de cualquiera de las fincas con el otorgamiento de la escritura de enajenación.

Y es interesantísimo este concepto de título que se maneja por el legislador en el Libro 2.º, siempre que se refiere a Derechos reales sobre inmuebles, porque es precisamente el concepto que se maneja en el artículo 606 al referirse a la inscripción de títulos en el Registro. Título en el sentido del Código es la escritura pública que tiene por objeto un acto o contrato relativo al dominio y demás Derechos reales sobre bienes inmuebles, con virtualidad

suficiente por sí para producir una constitución, modificación, transmisión o extinción del Derecho real.

EL SISTEMA DEL CÓDIGO Y EL DERECHO POPULAR.

6. El sentido que pretendemos dar al Código Civil está, por otra parte, en perfecto acuerdo y armonía con la costumbre y el Derecho popular español. Para las gentes del pueblo, las ventas de inmuebles eran escrituras hechas de mano de Escribano (Títulos). Las ventas privadas se llamaban Compromisos, Documentos, y más propiamente Obligaciones, término popular este último que asombra por su precisión jurídica, por la exactitud con que refleja que sus efectos se agotan en lo meramente obligacional (derecho personal); la misma precisión jurídica de los hombres del campo cuando tratando de expresar los efectos de esas compraventas en documento privado dicen que sólo *valen* entre nosotros (comprador y vendedor).

DESARROLLO DEL DOCUMENTO PRIVADO Y RENDICIÓN HONROSA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

7. No hay que perder de vista la historia antigua del Notariado en nuestra patria. Los Escribanos fueron blanco muchas veces de las sátiras de nuestros clásicos y no pocas por su abundancia. Aca-so el nivel científico y hasta moral de algunos fuese poco superior al de un vulgar pendolista; pero lo cierto era que todo contratante buscaba al Escribano, y probablemente no encontraba dificultades para ello. Esto, durante varios siglos, creó la costumbre, ajustada o no a las doctrinas jurídicas de las Escuelas.

La Ley del Notariado perfecciona y dignifica al Notario; pero a costa de hacerle, quizá, algo escaso. Esta escasez se aumentó posteriormente. La realidad se impone y nace pronto el sucedáneo. El nacimiento del zurupetismo y su posterior desarrollo fué una imperiosa necesidad social (6).

(6) La palabra zurupetó no tiene en el Diccionario de la Academia ni en mi pluma sentido peyorativo. Me he topado en mi vida profesional con magníficos zurupetos en todos conceptos.

Nace entonces la escritura privada, que cunde por los pueblos aislados y por las comarcas pobres; pero esta realidad se desconoce en los centros legislativos y doctrinales de Madrid, y el artículo 1.280, alegre y confiado, sin paliativos ni distinguos, entra en vigor... en la *Gaceta*. Creen los autores del Código que, después de varios años de vigencia de la Ley Hipotecaria, las optimistas frases de su Exposición de Motivos ya habrán sido realidad e imponen la forma pública en materia de inmuebles como algo tan natural y sabido que apenas hace falta prever las consecuencias de no llenarse esa forma, más que desde el punto de vista meramente obligacional, del contrato mismo.

La fórmula primitiva de los Escribanos sin título era respetuosa con la costumbre anterior, no sólo en cláusulas de sabor arcaico como las de «la finca deslindada con todas sus salidas, usos y servidumbres la vende, dona, cede y traspasa por juro de heredad y para siempre...», sino con otras del siguiente tenor: «... el D. X tomó posesión de la finca de que se trata conviniendo entre los contratantes darle a este documento privado toda la fuerza y valor que si fuese documento otorgado por Notario en ejercicio, lo que no hacen por ausencia de esta persona en la localidad».

Más tarde el documento privado se va ensoberbeciendo y la cláusula se transforma en esta otra: «... acordaron extender este documento privado que le conceden tanta fuerza y valor como las leyes dan a los de su clase no haciendo escritura pública en la actualidad por no existir personalidad para ello en esta villa...»

El confusionismo estaba consumado. La escritura no se llegaba a otorgar y la tradición escrituraria, que fué siempre privilegio del documento público notarial y que el Código Civil impuso como inexcusable en los artículos 1.280 en combinación con el 1.462. apartado 2.º, se traslada no sabemos por qué milagrería jurídica al documento privado.

Por si fuera poco para fomentar la suplantación del Notariado, alguien tiene la feliz ocurrencia de los impresos fáciles de rellenar malamente, que encabezados en gruesos caracteres con el contradictorio título de Escritura Privada de Compraventa consiguen a la vez el carisma de la letra impresa y la redacción más rápida que las matrices y copias notariales. El Impuesto de De-

rechos reales y el Fisco, en general, que no podían, con razón, dejar fuera de su campo estas escrituras privadas y la circunstancia de que la liquidación del Impuesto se llevara en los Registros de la Propiedad consumaron la confusión y el equívoco; y poco a poco, y en determinadas zonas, se fué generalizando la creencia de que los documentos tenían el mismo valor que las escrituras porque estaban «pasados por el Registro».

Ante esta realidad, el Tribunal Supremo no podía, aunque hubiese querido, aferrarse a la interpretación literal del artículo 1.280. No podía considerar sin efectos traslativos las compraventas en documento privado si no quería dejar sin titular gran parte de las fincas del territorio nacional; no podía ir contra una corriente tan general, y así surgió una jurisprudencia que todos hemos aprendido en los tratados generales sin fijarnos mucho en sus puntos endebles, sin preguntarnos hasta dónde se adapta al texto del Código y sin analizar nada *su última ratio*.

La doctrina del Tribunal Supremo en torno de los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 es sobradamente conocida para que nos detengamos en ella. Sólo diremos que los tratadistas todavía la envuelven en frases más espiritualistas y antiformalistas y con más referencias al tan llevado y traído Ordenamiento de Alcalá que las de las Sentencias mismas e incluso silencian algunas de éstas que sintieron simpatía por el artículo 1.280.

Así, por ejemplo, la finalidad y esencia de este artículo están acertadamente enfocadas en una Sentencia de 24 de noviembre de 1944, cuando dice que los preceptos legales que se refieren al *otorgamiento de escritura pública para la transmisión del dominio de inmuebles* no varían la naturaleza del contrato ni establecen una condición esencial del mismo, sino una forma de interés público independiente de la voluntad de los contratantes que quedan, en su consecuencia, recíprocamente obligados a prestarse al otorgamiento de la escritura.

Pero este acertado enfoque del interés público, que no es otro que el interés de la seguridad con vista a los terceros, que no son coro sino verdaderos protagonistas de la relación jurídica real, se olvida pronto en todas las Sentencias en que se priva al artículo 1.280 de fuerza para impedir que un tercerista pruebe su

dominio sobre bienes inmuebles por título privado. (Sentencias de 12 de julio de 1904 y 13 de septiembre de 1904, por ejemplo.)

No faltan sentencias ajustadas al texto puro del Código, como la de 21 de junio de 1897, según la cual, no tratándose de dar cumplimiento a un convenio verbal que afecte a Derechos reales, no es de estimar la infracción del artículo 1.280, con lo cual *a sensu contrario*, si se hubiera tratado de un convenio verbal que hubiese afectado a un Derecho real si se hubiese estimado la infracción. Pero no podemos negar que Jurisprudencia reiterada deja sin aplicación ni efecto ninguno el artículo 1.280 y persiste en la artificial distinción que combatimos entre casos en que el requisito de forma es exigido inexcusablemente y casos en que es exigido sólo *ad probationem* (7).

Excedería de la intención de este trabajo el analizar cuánto han jugado en la consagración de tal doctrina jurisprudencial los artículos 1.214 y siguientes del Código y las normas procesales sobre la prueba en los juicios, sin dar, en mi opinión, la suficiente trascendencia a la circunstancia de que preceptos como el 1.218, 1.219, 1.223, 1.224, 1.225, 1.226, 1.227 y 1.230, están dentro de un capítulo dedicado a la prueba de las obligaciones y olvidando que no es igual, en el Código Civil, la obligación de dar que el dar mismo. Toda esa Jurisprudencia, que repetimos era forzosa y por ello está fuera de crítica, tuvo que cerrar los ojos para no ver el artículo 1.280, 1.º, y la nítida separación que el 1.279 hace entre la obligación y el hacer efectiva la obligación.

DOS GOTAS DE DERECHO COMPARADO.

8. También la doctrina y Jurisprudencia españolas tuvo a la fuerza que cerrar los ojos ante los derechos extranjeros. Los anotadores de Enneccerus, que tantas veces encontraron preceptos del B. G. B. leyendo entre líneas de los artículos de nuestro Código

(7) Pensé en un principio que era imprescindible abordar en su totalidad el estudio detenido de la jurisprudencia sobre la cuestión objeto de este trabajo antes de pasar de aquí; pero luego pensé que si los juristas de todos los órdenes se olvidan del 1.280 del Código sin contar más que con las escasas sentencias que citan los Tratados generales, mi obligación era defender al Código sin presentar al lector mas jurisprudencia adversa todavía.

cuando llegaron al punto que nos ocupa, tuvieron que hacerse los distraídos para no ver la similitud—esta vez auténtica—entre nuestro artículo 1.280 y varios párrafos del B. G. B.

El Código alemán no puede ser tachado de formalista. Los autores alemanes incluso presumen del antiformalismo de su B. G. B. y, por ejemplo, Enneccerus-Nipperday comienzan el capítulo de la forma del negocio jurídico diciendo: «Mientras que el Código prusiano, después de sentar el principio de la libertad de forma lo sujetaban a excepciones tan numerosas y tan amplias que lo desplazaban como tal principio, y mientras el Código Civil francés constriñe a llenar la forma en casos de alguna importancia, al menos indirectamente al excluir la prueba testifical para los contratos de más de 150 francos, el B. G. B., de acuerdo con el Derecho común y también con el austriaco, ha mantenido la libertad de forma como regla.»

Ahora bien, el Código alemán en casos muy numerosos prescribe una forma para las declaraciones de voluntad, y los citados autores, cuando se refieren al objetivo de las normas que imponen formas determinadas, dan particular relieve a la posibilidad de que el negocio jurídico sea conocido por las terceras personas.

Tan convencido estuvo el legislador alemán de que los preceptos que imponen formas a los negocios jurídicos tiene una justificación fuera de toda duda, que en el párrafo 125 buscó la más enérgica redacción, diciendo: «Un negocio jurídico que carezca de la forma prescrita por la Ley es nulo (*Nichtig*). Las consecuencias de la «*Nichtigkeit*» del B. G. B. nos son sobradamente conocidas, pues precisamente a través de las traducciones de los tratados alemanes está construida nuestra doctrina de nulidad absoluta, radical y de pleno derecho, sobre la base de la «*Nichtigkeit*» del Código alemán.

En lo que nos interesa, requieren autorización judicial o notarial los siguientes negocios jurídicos:

a) El contrato por el cual uno se obliga a transmitir la propiedad de un inmueble o un derecho de superficie (párrafo 313).

b) El Acuerdo («*Einigung*») sobre la transmisión o el gravamen de una finca o de un Derecho real sobre una finca (párrafos 873, apartado 2, 1.116 y 1.154).

c) El acuerdo sobre la modificación del contenido o del rango de un Derecho real sobre una finca.

Tanta seguridad con vistas a los terceros ha querido conseguir el B. G. B. en materia de propiedad y Derechos reales inmobiliarios que no se ha conformado con la inscripción constitutiva, ni con la exigencia de forma pública para la «Auflassung» y el «Einigung» en general, sino que ha exigido el documento público para el contrato obligatorio mismo, para el «Causalgechaft», y ello so pena de nulidad absoluta. Ahora bien, nos está demostrando que la *ultima ratio* de esta extremosa medida es la seguridad del tráfico y de los terceros el segundo apartado del párrafo 313, cuando nos dice que el contrato obligatorio concertado sin la observancia de tal forma pública «se convalida en su total contenido cuando se realizan el Acuerdo traslativo y la Inscripción».

Pues a pesar de todo esto los anotadores de Enneccerus, cuando llega el momento de la concordancia entre el Código alemán y el español, contra su costumbre, buscan más bien la discordancia y no se atreven a defender nuestro artículo 1.280, sino que se limitan a empaquetar lo mejor posible nuestra jurisprudencia sobre la materia, fortaleciendo con su autoridad de germanistas la distinción entre actos inmobiliarios con escritura pública *ad solemnitatem* y actos inmobiliarios con escritura pública *ad probationem*.

No es ésta ocasión de hacer un estudio comparativo de las diversas legislaciones en materia de forma de los negocios jurídicos inmobiliarios. Pero si se me quiere argumentar contra el artículo 1.280, 1.º, trayendo a colación legislaciones latinas que, como la italiana, por ejemplo, exigen solamente la escritura privada para la adquisición, modificación o extinción de los Derechos reales inmobiliarios, me limitaré a contestar:

1.º Que si sólo exigen la escritura privada como requisito esencial y constitutivo ya exigen alguna forma determinada y sería absurdo que nuestro Código no hubiera exigido ninguna. Y ya sabemos por el artículo 1.280 cuál es la forma determinada que nuestro Código exige.

2.º Que la exigencia de la escritura privada en el Derecho italiano concuerda perfectamente con el hecho de que la escritura privada autenticada tenga acceso al Registro. De la misma ma-

nera, el artículo 3.º de nuestra Ley Hipotecaria debe tener una lógica concordancia con un precepto que exija la escritura pública para el acto inscribible. Como veremos en el capítulo 2.º la publicidad es cuestión de vida o muerte para el Derecho real. La consecuencia no puede ser más sencilla: cada Ordenamiento exige para el negocio real inmobiliario la forma que, según el clima jurídico-social, estima apropiada y suficiente para la publicación. Lo único que ocurre en nuestro Derecho es que los autores del Código, cuando redactaron el artículo 1.280, no se dieron cuenta de que la reforma del Notariado había hecho variar nuestro clima jurídico en materia de contratación inmobiliaria. Su error de apreciación trajo inesperadas consecuencias

EL DOCUMENTO PRIVADO IRRUMPE EN LA LEY.

9. Es verdad que no sólo la doctrina y la jurisprudencia han hecho caso omiso del texto literal del artículo 1.280 del Código. Existen preceptos positivos del más variado rango que dan por supuesta la posibilidad de transmitir el dominio de los inmuebles sin otorgamiento de escritura pública. Esto no debe extrañarnos. Son disposiciones o anteriores al Código o posteriores al momento en que de hecho el artículo 1.280 había sido desbordado por la realidad. Pero tampoco deben preocuparnos si nos decidiéramos a poner en vigor el precepto del Código, porque siempre tendrán tales disposiciones rango inferior a éste.

Un ejemplo tenemos en la Ley Hipotecaria en su artículo 20, apartado 5.º, 1.º. Se trata de saber si, cuando una persona vende verbalmente o en documento privado y fallece antes de otorgar la escritura, deben los herederos otorgarla como dueños que han sucedido en la obligación de transmitir su propiedad o sólo como obligados a una formalización meramente ritual que a su causante faltó cumplir. En el primer caso el principio de tracto exigiría la previa inscripción a favor de los herederos; pero no en el segundo. La Resolución de 3 de noviembre de 1879 exigió que previamente inscribieran los herederos su derecho a la sucesión, criterio que refleja perfectamente el sistema transmisivo elegido por

el Código. Más tarde se cambia de opinión, y así MORELL considera que la verdadera doctrina está contenida en las Resoluciones de 26 de noviembre de 1892, 21 de agosto de 1879 y 11 de junio de 1905. MORELL dice que la cuestión ha sido resuelta por la misma Ley, pero cree que debe reformarse en el sentido de exigir alguna base o fundamento que pruebe la verdad de la enajenación por el causante.

La solución de la Ley Hipotecaria en el artículo 20 consistió en considerar el contrato escrito y firmado por el causante como requisito mínimo para considerar verificada la transmisión dominical. ROCA SASTRE encuentra evidente la razón de este precepto introducido por la reforma de 1909, porque, fallecido el vendedor, la finca ya no integraba su patrimonio relicto y la previa inscripción a favor de los herederos sería sencillamente absurda.

Yo creo, no obstante, que no se pueden enjuiciar en términos tan despectivos el criterio de la Exposición de Motivos, que consideraba la previa inscripción a favor de los herederos transitoria y formularia—no absurda—ni el criterio de la resolución de 1879, que la consideraba necesaria «porque la venta privada sólo produce efecto entre las partes otorgantes, pero no en cuanto terceros, pues para ello se requiere escritura pública e inscripción».

Debemos pensar que la Dirección General de los Registros era una voz autorizada para exponer el recto criterio sobre el momento en que se verificaba la transmisión dominical, allá por los años que transcurrieron desde la Ley Hipotecaria al Código Civil.

En todo caso, si nos decidimos a retornar al criterio del artículo 1.280 del Código, el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, más ayuda que estorba, porque figurando este caso de ratificación de contratos privados por los herederos con otros de tracto abreviado o comprimido puede servirnos como demostración de que en él la finca continuaba en el patrimonio relicto y la inscripción previa a favor de los herederos sería preciso si el artículo 20 no dispensase expresamente de ella, lo que no hubiese sido necesario si el legislador opinase que la finca había dejado de ser del causante.

Retengamos la idea de que la jurisprudencia hipotecaria, dieciocho años después de la Ley y diez antes del Código Civil, daba un valor esencial a la escritura para la transmisión del dominio

de los inmuebles, con lo cual no veremos nada absurdo que el artículo 1.280 quisiera decir lo que efectivamente dice.

Muchas disposiciones y preceptos de nuestro Derecho positivo podrán encontrarse para obstaculizar el retorno, a la que opino es doctrina inicial del Código Civil y su *mens legis et legislatoris*. Aún muchos más los retoques que habrían de sufrir los libros de doctrina científica. También serían imprescindibles importantes giros en la jurisprudencia. La cuestión está en saber si merece la pena. Probablemente muchos encuentren aceptables mis argumentos sin gran convicción; pero pensarán que es demasiado tarde para dar marcha atrás y que sería demasiado lio intentar el retorno. Otros muchos se encastillarán en su cantilena del sistema espiritualista del Ordenamiento de Alcalá. Pero lo que ninguno podrá negarme es que el Código Civil está ahí. Con su escritura pública.

HACIA UN RETORNO A LA ESCRITURA.

10. El fracaso del artículo 1.280, apartado 1.º, vino determinado por una realidad social adversa. Hemos dicho la gran parte de culpa que tuvo la escasez del Notariado en esta realidad adversa. Otras varias concausas perfectamente diagnosticadas, como la excesiva división de la propiedad rústica (minifundio), la carestía de la transmisión (progresivo endurecimiento del impuesto, escasas regresivas de los Aranceles), la defectuosa coordinación de las varias Oficinas que deben intervenir en la misma, motivaron que la pequeña y mínima propiedad fuese, cada vez más, cayendo en una absoluta clandestinidad y en el fraude fiscal, siempre alentados por la permanente amnistía de las alteraciones semiverbales en el Catastro con ocasión de revisiones de éste y aun sin tal ocasión. El servicio de investigación y los procedimientos hipotecarios de reanudación del tracto, o se estrellan ante una vida inmobiliaria excesivamente caótica o se convierten en brutales remedios, injustos palos de ciego o bárbaras merma del crédito hipotecario trabajosamente conseguido por el agricultor en dificultades.

Pero se ha empezado a comprender que esta situación debe terminar. Una parte no despreciable de los perfeccionamientos que la vida agraria necesita, consiste en proporcionar a los propietarios un sistema de titulación correcta, segura, cómoda y económica, de sus fincas, que precisamente por ser susceptible de un fácil control fiscal permita una desgravación a la par que un aumento de los ingresos del Tesoro sin injustos palos de ciego.

Creemos que el sistema del Código, con su escritura obligatoria, nos da por sí solo la solución al problema. Lo que entonces fracasó, hoy puede fácilmente llevarse a feliz término, porque existen las dos siguientes *circunstancias nuevas*:

1.ª *La facilidad de comunicaciones*.—Hoy puede el Notario con gran facilidad acercarse al otorgante y, cuando sea preciso, el otorgante al Notario. Apenas unas menudas normas, casi de régimen interior de los Colegios Notariales, serian suficientes.

2.ª *El desarrollo del sentido de la colectividad, indudable signo de nuestro siglo*.—La idea del bien común como suma, reflejo y a la vez requisito y causa del bien individual, es más consustancial con el hombre de nuestro tiempo que con el del siglo XIX, aunque desgraciadamente contrarrestando esta mejora humana hayamos perdido otras cualidades antiguas. Por ello, es más fácil la sumisión a las normas de *jus cogens* en cuanto tengan un mínimo de indudable justificación y *ratio*. La soberanía de la voluntad individual autónoma ya no convence a nadie, y comprendemos aho a mejor aquellas palabras de IHERING que al principio citamos en defensa de las formas obligatorias de los negocios jurídicos.

Si el Notariado está en condiciones de desarrollar su función con la intensidad suficiente para que el sistema de la escritura obligatoria no fracase, por estar el Notario al alcance de todo contratante y toda finca, por incorporado que esté aquél y por pequeña que ésta sea (y ya está en marcha que no sea ninguna excesivamente pequeña), tenemos la primera premisa para que el artículo 1.280. 1.º, pueda entrar en vigor.

Y si las gentes del campo, como las de la ciudad, empiezan a comprender que los funcionarios no son enemigos dedicados a esquilmarlos, y la Hacienda no es injusto medio de llevarse sus dineros, sino algo imprescindible para un Estado paternal que vela

por la mejora de todos y cada uno, no ofrecerán resistencia alguna para llevar sus papeles en regla, cosa que en el fondo desean más que nadie, con lo que tendremos la segunda premisa para poder conseguir que una limpia y correcta titulación inmobiliaria se desarrolle por todo el ámbito nacional, autorizada por los funcionarios idóneos para ello, cosa que fué la verdadera idea de la Ley del Notariado de 1862.

ELOGIO DE LA LEY NOTARIAL.

Los artículos 1.º y 48 de la Ley del Notariado establecieron la exclusiva de los Notarios para dar fe, conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales, derogando todas las leyes y *costumbres* generales y *locales* contrarias a su tenor. Es decir, que cortando de antemano y de raíz el zurupetismo, impone la obligación de contratar ante Notario. Adelantándose al Código Civil impone la escritura ante Notario como obligatoria. Las circunstancias que rodean su promulgación, las condiciones económicas de la época y su proximidad a la Ley Hipotecaria nos dicen cuáles eran los contratos en los que primordialmente pensaba el legislador al imponer esta obligatoriedad de la contratación notarial y esta exclusiva.

El parcial fracaso de la Ley Hipotecaria, de la Ley del Notariado y del Código Civil, nos ha obligado a olvidar su originaria pre'ensión; pero no debemos negar que era clara. Después, la condescendencia, incluso oficial y legislativa, con el documento privado, llegó a defender éste en tanto que nadie se arrogue en él la facultad de dar fe del mismo. Como la Ley sólo considera y admite al Notario como funcionario autorizado para dar fe de los contratos, surge y se desarrolla esa nefasta figura del documento sin fe. Creo que la Ley del Notariado no llegó a prever esto, pues en caso contrario, hubiese llevado normas más explícitas contra el intrusismo.

Con ocasión de su Centenario se dirán interesantes cosas sobre la Ley del Notariado. Para mí su mayor mérito fué comprender que la forma de los contratos y actos jurídicos es un requisito

fundamental, y que su redacción no puede quedar en manos de cualquiera.

INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO 2.º: RETORNO AL ARTÍCULO 606.

11. Poco más podría añadir a este capítulo primero dedicado al retorno al artículo 1.280. Ese poco, quiero también ahorrárselo al paciente lector. En rigor, pues, aquí termina el capítulo; pero si hiciese ya punto final hasta tener ocasión de publicar el segundo, dedicado al retorno al artículo 606 del Código Civil, podrían mis cuartillas originar terrible indignación entre los hipotecaristas y mis compañeros, por imaginarse que mi pensamiento se orienta hacia una postergación del papel del Registro y de la inscripción en la mecánica traslativa, constitutiva, etc., del Derecho real inmobiliario. Por ello, quiero terminar con una especie de puente entre las dos partes, con el cual podamos estar desde ahora en la otra ribera, en las tierras hipotecarias, aunque no nos adentremos en ellas por no hacernos demasiado pesados, y, además y sobre todo, porque quisiera poner mayor cuidado en mis pasos por esta otra orilla; que siempre tendré más disculpa si tuve algún garrafal descuido en materia de escrituras, que si lanzo alguna desmesurada sinrazón en materia de inscripciones.

En realidad, esta cabeza de puente en la orilla hipotecaria puede resumirse en la afirmación de que la escritura pública, aunque se considere esencial y constitutiva del Derecho real, no es suficiente. Vimos cómo ensamblando las dovelas de los artículos 609, 1.095, 1.462 y 1.280 del Código obteníamos el arco mitad románico y mitad gótico de la transmisión de inmuebles en nuestro Código Civil: la escritura pública como requisito esencial, *sine qua non* y suficiente.

Pero suficiente solamente como tal arco. Pues, en definitiva, este arco legal de la escritura constitutiva del Derecho real no es suficiente. Hace mucho tiempo—y según recientes estudios, desde siempre—, se había comprendido que la seguridad del tráfico de los inmuebles exigía la resonancia de la bóveda de la publicidad. Y esta bóveda, que hace oír a todos el Derecho real para que

a todos afecte, para que a todos pueda vincular, para que a todos pueda perjudicar, está también perfectamente construida en el artículo 606 del Código y en la Ley Hipotecaria de 1861.

Está muy de moda sacar de quicio la indudable verdad de que entre lo real y lo obligacional no hay una pared infranqueable ni pertenecen a dos mundos jurídicos distintos; pero creo que no tiene mero valor didáctico el concepto de Derecho real como relación jurídica de tres dimensiones, frente al concepto de la obligación-crédito, relación jurídica de dos dimensiones. Si la relación obligacional de crédito y deuda pertenece a la geometría jurídica del plano, en el Derecho real juega en término preferente y no ocasional la tercera dimensión: estamos dentro de la geometría jurídica del espacio.

En el Derecho real no interesa sólo el que esté válidamente constituido, sino el que pueda afectar, vincular o perjudicar a tercero. Está el Derecho real en el campo de lo que algunos, con violento neologismo, han llamado lo «ergaomnial». Por ello la figura del tercero no es una mera entelequia de los hipotecaristas, sino un concepto imprescindible en todas las legislaciones en cuanto se trata de la dinámica de los Derechos inmobiliarios.

El valor y trascendencia del momento de la publicidad en el complejo fenómeno de la modificación jurídica real es innegable. Si alguien dice que el Registro de la Propiedad no puede añadir nada a la voluntad de las partes concertada en forma más o menos solemne, desconoce o finge desconocer la diferencia entre forma y publicidad.

12. Los varios sistemas de contratación (sistemas sobre la forma), y los varios sistemas hipotecarios (sistemas sobre la publicidad), originan en la realidad positiva múltiples maneras de reglamentar la dinámica inmobiliaria; pero acaso en ninguna legislación reine la incertidumbre doctrinal sobre las bases esenciales del sistema que en la nuestra.

Los artífices de la Ley Hipotecaria de 1861 no sólo construyeron una Ley de las más aceptables de su época, sino que tuvieron intuiciones geniales en su empeño de recibir de cada sistema de los entonces existentes las normas y orientaciones más elogiabiles. Si alguien dice que las taras y defectos de nuestro sistema derivan

de nuestra primitiva Ley Hipotecaria, carece en absoluto de razón. Muy al contrario, la solución debe buscarse en un retorno a la idea originaria del Código Civil y la Ley Hipotecaria de 1861. Esta Ley ha tenido, junto a la grandeza de su perfección como texto legal, la servidumbre de su parcial aplicación. El drama de la dualidad de regimenes de la propiedad inmueble española, de la simultaneidad de una propiedad registrada y otra no registrada, la tragedia de que en nuestro sistema sea a veces norma general la discordancia permanente entre la realidad extrarregistral y la registral, no han surgido de imperfecciones de la Ley sino precisamente de su defectuosa interpretación, inocentemente fraguada en la mesa de trabajo de los teóricos y menos inocentemente en los intereses de los «prácticos». La Jurisprudencia con criterios de equidad, y rindiéndose también aquí al principio del mal menor ha tenido luego que refrendar el error de unos y la mala fe de otros.

Si en mi capítulo segundo pretendiera demostrar que el tercero del artículo 606 del Código Civil y del 32 de la Ley Hipotecaria, no sólo es distinto del tercero del artículo 34, sino que no precisa buena fe, ni título oneroso ni inscripción antecedente, mi empresa sería casi descabellada. Pero si pretendo solamente opinar que es muy probable que esa fuera la intención de los autores del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, creo que mi pretensión está dentro de lo admisible. Y si como consecuencia de esa opinión me atrevo a defender que la coyuntura actual del Derecho hipotecario (después que los estudios comparados nos han enseñado la cercanía entre el principio de inscripción germánico y el principio latino de inoponibilidad del acto no transcrito), es apropiada para una prudente repristinación del artículo 32 de la Ley, creo que mi atrevimiento ni es grande ni demasiado vituperable.

TIRSO CARRETERO.

Registrador de la Propiedad.