

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

---

Año XXX

Mayo 1954

Núm. 312

---

## El documento privado en el Registro de la Propiedad

¿Sirve el documento privado para que actúe la prioridad en el Registro de la Propiedad mediante el asiento de presentación o la anotación preventiva? ¿La cualidad de documento privado es falta subsanable o insubsanable?

Diferenciamos, a estos efectos, los actos y contratos en que la forma tiene un valor probatorio de aquellos en que la forma es esencial para la validez o eficacia de los mismos.

Serénese el lector si cree que intentamos dar entrada en el Registro a la bastardía en las adquisiciones contenidas en documentos privados. No vamos contra el principio de los legisladores de la Ley del 61, que decían: «Ningún acto, ningún contrato que no lleve impreso el sello de la verdad, de la autenticidad, debe figurar en el Registro», inspirados en el artículo 1.821 del proyecto de Código civil del 51, que a la vez recogía el precepto contenido en el artículo 60 del título II de la Ordenanza de Prusia de 1773, y los artículos 4 y 5 del Proyecto de Ginebra de 1827.

Tomamos en consideración el documento privado solamente en cuanto sirva de enlace entre el período informativo del Registro, entre la generación del Contrato y el momento en que ingrese la escritura pública del mismo acto o Contrato en el Registro, al objeto de que, si se quiere, siga la prioridad registral, sin solución de conti-

nidad, a dicha fase informativa y así pueda conseguirse que la prioridad y la fe pública actúen simultánea o inmediatamente, sin que en su cometido de enlace el documento privado merme en nada la autenticidad que exige el principio de legalidad, ya que el sello de la verdad se reflejará en seguida en la escritura pública, y podrá así coincidir siempre el contenido del Registro con la realidad extraregistrada; y en este papel de enlace el documento privado, en vez de apreciarle con desconfianza, como sucede cuando se exhibe como título de dominio o de otros derechos reales, porque se teme surja de la penumbra de la clandestinidad la tercera persona a reivindicar con mejor derecho, se le valora como señal, como adelantado, como medio de garantía provisional, que provoca un plazo en el Registro para que las partes tengan tiempo a otorgar la correspondiente escritura y, naturalmente, sin temor al tercero.

Procuraremos los Registradores que los documentos privados cumplan esta función, engarzándolos con la escritura pública, y hagamos penetrar en los interesados el hábito de tener bien titulada su propiedad, y que se afanen, no sólo por obtener la seguridad en su adquisición y la tranquilidad en el titular actual, sino en tener la propiedad inscrita para que los titulares futuros puedan adquirir con la mayor seguridad y reciban la propiedad límpida de todo litigio, y así, de esta culta manera, a la vez que aseguran su derecho cumplen con un imperativo del Estado, que está interesado, por el bien de la comunidad, en que los bienes inmuebles tengan, a través del Registro de la Propiedad, reflejada su historia jurídica, en la que figuren perfectamente encadenadas las transmisiones; es decir, que el Registro sea su publicidad jurídica permanente para todas las generaciones. Queremos decir que las transmisiones de los bienes inmuebles deben realizarse al amparo de nuestra técnica registral, resultando detestable, en estos tiempos de complejidad social tan destacada y de complicada actividad de los hombres, esa tendencia atávica y mestiza de volver a la embrionaria titulación, al tipo originario de adquisición, que es la simple posesión, sin la publicidad legitimadora, que es tanto como considerar que el medio seguro para ir de una parte a otra es el andar a pie, prescindiendo de la ley del progreso humano en el camino de la civilización.

Es preciso que la realidad y el Registro coincidan. La nueva Ley Hipotecaria nos dice, en su artículo 39, que se entiende por inexactitud del Registro todo desacuerdo que en el orden de los dere-

chos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, y como esta realidad jurídica extrarregistral surge de muchas maneras dada la heterovalencia de la titulación y modos de adquirir que admite nuestro ordenamiento jurídico, es conveniente dar al documento privado fácil acceso al Registro para que éste refleje rápidamente, siquiera sea con carácter provisional, la realidad jurídica que no aparezca en el Registro.

Decía don Jerónimo González que «lo esencial de un sistema que intenta asegurar la propiedad y descubrir sus cargas es fijar el valor de cada uno de los momentos que concurren a modificar la situación real... A la técnica corresponde señalar la trascendencia y relación de los elementos con la precisión y fijeza exigidas por el tráfico y la vida jurídica». Procuremos que en el Registro se pueda reflejar cada uno de esos momentos. En nuestro régimen inmobiliario se le considera distinto valor a cada uno de los momentos que concurren o pueden concurrir a modificar la situación real, y a este respecto dice don Jerónimo: «Supongamos que el titular, según el Registro, vende a una persona con entrega de la finca, y el comprador, que no ha inscrito su título, a su vez cede a un tercero el inmueble, sin tradición: el primero sigue siendo un dueño hipotecario *erga omnes*; el segundo tiene la propiedad respecto a todos los que no se apoyen en el Registro; el último será tan sólo dueño respecto a su cedente. ¿No parece que se juega con el concepto del dominio? ¿O significa lo mismo la palabra en todos los casos?»

«Se conservan, por tanto, los modos clásicos de adquirir, con el juego decisivo en algunos momentos de la posesión, pero subordinando la materia a las declaraciones del Registro cuando surge una persona (tercero) que por él deba ser protegida.»

«Como consecuencia fatal de este eclecticismo, el concepto unitario y absoluto del dominio se desintegra, y no sólo es posible, mejor dicho, frecuente, que un contratante sea dueño con relación al otro, sin que se entienda traspasado el dominio respecto a todos, sino que el gozo exclusivo y la facultad de reivindicar, notas características de la propiedad, desaparecen de su definición para dejar paso franco a una cuádruple concepción: a) La propiedad contractual del adquirente frente al transferente. b) La propiedad natural, que comprende el derecho a poseer (*jus possidendi*) y a adquirir o a reivindicar la posesión de cualquier persona no favorecida como tercero por el Registro. c) La propiedad meramente formal o del libro, que faculta

para enajenar y gravar, limitada por el caso a) o el caso b) ; y d) La propiedad perfecta, por su fondo y registro, única que responde al tipo clásico.»

¿Puede reflejar el Registro cada uno de estos estadios de la propiedad, o sea, desde la simple perfección del contrato, recogido en un documento, dirigido a la transmisión del dominio o a la constitución, modificación, transmisión, reconocimiento o extinción de derecho real sobre inmuebles, hasta conseguir la propiedad perfecta por su fondo y registro, o sea, al amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria? A esto debemos aspirar, y creemos existen términos hábiles para ello dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Volvamos, pues, a la cuádruple concepción de la propiedad a que se refería don Jerónimo :

a) La propiedad contractual del adquirente frente al transferente ; esta situación es más bien una relación jurídica obligacional entre las partes pendientes de la trascendencia real ; entre las partes (como decía la Exposición de Motivos de la Ley del 61), cuando no se haga la inscripción, quedará subsistente el derecho antiguo (hoy el Código civil) ; «así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso (es obligacional la relación) ; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos. (Es ergaomnial la trascendencia)».

La propiedad en este caso puede estar en situación endeble con respecto al adquirente, ya que su facultad se limita a ser dueño en cuanto al transferente, sin que se entienda traspasado el dominio en perjuicio de terceros, tanto civiles como hipotecarios. Por ejemplo, una venta de una finca en documento privado, sin que haya mediado la tradición real, o una venta en escritura pública, cuyo transferente no tiene inscrita la propiedad y que se prueba que tampoco tenía la posesión.

b) La propiedad natural ; esta propiedad es más amplia que la contractual : a) pues le permite al titular ejercitar las facultades que integran el dominio contra toda persona no protegida por el Registro. La propiedad natural surge muy fácilmente. ¿No se dice en nuestro Código civil que la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten por los contratos mediante la tradición (artículo 609)? El contrato existe desde que una o varias personas *consienten* en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa (artículo 1.254). Los contratos se perfeccionan por el mero consenti-

miento (art. 1.258). El consentimiento existe al concurrir la oferta y la aceptación sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato (art. 1.262). O sea que al concurrir el consentimiento, el objeto y la causa existe toda clase de contratos (art. 1.261), porque se reúnen los requisitos esenciales comunes que constituyen la parte interna del contrato, y si media la entrega de la cosa, ya tiene el titular derecho real sobre ella (art. 1.095), y será obligatorio tal contrato, cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado, siempre que en él concurren los referidos requisitos para su existencia, y, por tanto, aunque el contrato se haya otorgado sin hacerlo constar en documento alguno, si la entrega de la cosa, si la entrega de la finca ha mediado realmente, existe la transmisión; pero, por razón de prueba, para hacer valer el contrato y el derecho real adquirido, no sólo respecto del otro contratante o transferente, sino contra tercero, precisa el adquirente testimonio de la existencia del contrato, precisa los medios de prueba en derecho, desde el más rudimentario hasta el más perfecto; la prueba testifical, el documento privado, la escritura pública. Y si con el simple contrato y la entrega de la finca surge el derecho real, desde este momento la realidad jurídica extrarregistral no coincide con el Registro, cuya inscripción en tal instante expresa una propiedad formal, pero que está o puede estar limitada por la propiedad contractual *a)* o por la natural *b)*, en el caso de haber mediado la entrega, y esta inexactitud registral que producen la propiedad contractual y la natural podrá pobrarse mientras no se interponga un tercero hipotecario.

El Código civil determina el momento en que el contrato toma existencia, y en nuestro sistema de contratación el principio determinante de la causa de obligar es la voluntad, el libre consentimiento de los contratantes. Si comparamos el proyecto del Código civil del 51 con el actual Código, con el artículo 1.261, vemos que en este texto vigente se dejó de poner la forma como requisito esencial común para la existencia de los contratos, dejando la forma como requisito accidental, y en algunos casos como requisito esencial especial, no para la existencia, sino para la eficacia del contrato.

A este respecto diremos que las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1897, 1 de julio de 1901 y de 9 de abril de 1935, pasando por alto el artículo 1.280 del Código civil, establecen que las partes pueden cumplir las obligaciones y crear una situación jurídica que afecte a los extraños, sin necesidad de elevar el contrato

a escritura pública si esos extraños no hacen derivar su acción de algún título más privilegiado o inscrito en el Registro. Y precisamente para que no haya lugar a títulos más privilegiados se debe dar entrada en el Registro al documento privado inmediatamente que exista el cambio en la realidad jurídica extrarregistral.

c) La propiedad meramente formal o del libro es la propiedad que sigue figurando en el Registro a nombre de una persona, aunque ésta en la realidad sea *non dominus* y cuya inscripción está vigente hasta que se cancele por la inscripción de transferencia total o parcial o de extinción. Es formal o aparente porque en tanto esté vigente su inscripción sirve de base para que el titular, aun sin ser dueño extrarregistralmente, enajene o grave a favor de otra persona, que, al amparo de la fe pública registral, habrá de ser mantenida en su adquisición, en perjuicio de aquellos que hayan adquirido el mismo derecho de este titular registral y que no han tenido diligencia o interés en inscribir su título, dando ocasión a que otros adquieran e inscriban.

Esta propiedad formal, como hemos dicho, puede estar limitada por la propiedad contractual, aunque no haya mediado la tradición y que, una vez inscrito el título, bien directamente por medio de la escritura pública, ora a través de la presentación del documento privado, subsanado luego por la elevación a escritura pública, el titular puede ejercitar contra todos su derecho; y lo mismo estará limitada la propiedad formal por la propiedad natural, ya que en ambos casos el titular de la propiedad contractual o natural puede presentar su título para seguir el tracto sucesivo, como causahabiente del titular de la propiedad formal.

d) La propiedad perfecta por su fondo y registro es la propiedad inscrita a nombre del actual dueño, adquirida teniendo en cuenta el Registro y la realidad extrarregistral conocida. Aquí hay dos clases de propiedad registral: una, a virtud del artículo 32 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1.473 del Código civil, con la fuerza de la prioridad; y otra, mediante el artículo 34 de la Ley, por la eficacia de la prioridad y de la fe pública registral. Tanto la una como la otra resultan de la realización perfecta de nuestro régimen hipotecario.

Para seguir el paralelismo entre la realidad y el Registro, entre el dominio de las cosas y su goce, entre la propiedad y sus formas aparentes, entre lo que es y lo que debe ser, en el eclecticismo que

caracteriza nuestro ordenamiento jurídico, en el tira y afloja que se observa entre la Ley Hipotecaria y el Código civil, debemos hacer que se refleje en el Registro todo hecho o acto que produzca mutación jurídica en los derechos reales sobre inmuebles de un modo definitivo, claro y categórico por medio de la inscripción definitiva, cuando la titulación reúna los requisitos intrínsecos y extrínsecos legales, y de un modo provisional, a través del asiento de presentación y de la anotación preventiva, en situaciones no consolidadas o pendientes de requisitos o formalidades, que podrán cumplirse o realizarse luego, a fin de llegar a la inscripción, cuyos efectos podrán retrotraerse generalmente a la fecha de la presentación del documento.

Veamos si a través de las distintas fases del ciclo adquisitivo hay términos hábiles en nuestra legislación para mantener en todo momento en la seguridad registral al futuro adquirente, al *adquisiturus*. Esto se puede conseguir dando acceso a la prioridad registral tan pronto como se consiga en el Registro la información de la situación jurídica de la finca; es decir, que el *adquisiturus* pueda tener la seguridad, en el momento de realizar su contraprestación, que su adquisición ha de ser irrestricta.

Decíamos en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO correspondiente al mes de julio de 1953, que para unir el principio de prioridad al de información o fe pública requiere se permita a las partes presentar un escrito suscrito por ellas expresando que proyectan celebrar contrato relativo al dominio o demás derechos reales sobre inmuebles, y que el asiento de presentación de tal escrito produzca el efecto del párrafo segundo del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, y que para ello era preciso modificar los artículos 17, 24, 25 y 248 de la Ley. Y meditando más y más sobre la ventaja de unir la prioridad a la fe pública registral, nos preguntamos: ¿Existe la posibilidad en la legislación vigente de que actúe la prioridad registral desde el momento en que se informa el *adquisiturus* en el Registro de la situación jurídica de la finca, desde la perfección del contrato? Entendemos que se puede conseguir con el documento privado, presentándolo en el Registro inmediatamente para la reserva de rango, para la prioridad, y elevarlo luego a escritura pública dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, que podrá ser ampliada con la anotación preventiva precursora de la inscripción definitiva. Con este procedimiento se salva la prioridad en el espacio que tiene que

existir desde la perfección del contrato hasta que la escritura pública llegue al Registro.

#### EL DOCUMENTO PRIVADO EN LOS CONTRATOS CONSENSUALES

El documento privado puede tener más o menos efectos según que se refiera a contratos consensuales u obligatorios, que obligan al tener los requisitos de existencia, o a contratos formales, que además de los elementos esenciales de existencia precisan el requisito especial de forma solemne.

Los contratos consensuales se caracterizan porque se perfeccionan con el simple consentimiento; es decir, que son aquellos que tienen existencia y validez solamente con los requisitos esenciales comunes (consentimiento, objeto y causa, art. 1.261), y la forma en estos contratos tiene un valor probatorio y de autenticidad, cuyo defecto no afecta a la validez de los mismos (Sentencias de 13 de noviembre de 1945 y de 6 de marzo de 1947); son válidos con tal de que se pueda probar su existencia, y si la ley exigiese para la plena eficacia del contrato escritura pública, por ejemplo, para la inscripción en el Registro, podrán compelerse los contratantes o sus causahabientes a llenar aquellas formas desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para la existencia o validez, como dice el artículo 1.279 del Código.

El documento privado que contenga un contrato de esta clase sirve para probar la existencia del mismo, y si es auténtico, verdadero, con identidad de los contratantes y legitimidad de sus firmas, presentado que sea al Registrador, debe apreciarse en él solamente un defecto de forma, defecto de formalidad requerida *ad probationem*, y para ser inscrito, según preceptúan el artículo 1.280 del Código y el 3.º de la Ley Hipotecaria; y como el tener la cualidad de documento privado no constituye falta que afecte a la validez del contrato, en los consensuales puede subsanarse elevándolo a escritura pública, y si sólo implica una falta subsanable podrá pedirse anotación preventiva del documento privado para convertirla luego en inscripción definitiva, al presentarse la escritura en que se haya elevado a pública. Ya decía Gayoso Arias que estos documentos privados podían ser objeto de anotación preventiva. Mas para que el documento privado referente a contratos no solemnes sea susceptible de ser anotado

preventivamente, habrá de tener legitimadas las firmas de los otorgantes ante Notario, o compareciendo los contratantes por sí o por medio de apoderado ante el Registrador, dando éste fe de que los conoce y de que son auténticas las firmas, porque de lo contrario al Registrador no le consta que el documento es auténtico, no le consta si las partes que expresa el documento son realmente las mismas, y es preciso identificarlas para que quede legitimado el contenido del documento y sea cierta la existencia del contrato.

El documento privado referente a contratos consensuales, como la compraventa, adolece, pues, de defecto subsanable, porque la falta que supone el ser privado afecta exclusivamente a la validez del título, del documento, sin producir la nulidad de la obligación o acto dispositivo a que se refiera; es decir, que el ser privado el documento no produce la nulidad del acto registrable, ni su intrascendencia real inmobiliaria, ya que puede dar lugar, como hemos visto, a la propiedad natural o contractual, y por tanto constituye solamente falta subsanable, pudiendo por esto solicitarse la anotación preventiva previa la legitimación de las firmas. La compra de inmuebles en documento privado es título de tercería del dominio (Sentencias de 14 de febrero de 1913, de 21 de febrero de 1912 y de 16 de diciembre de 1892).

Hagamos constar que el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria exige escritura pública ejecutoria o documento auténtico, pero téngase en cuenta que esta exigencia es para practicar la inscripción, que es asiento definitivo, que constata apodóticamente el derecho real, mas no se refiere tal artículo a la anotación preventiva, que es asiento provisional, y en nuestro caso preparatorio de una inscripción, y hace referencia a una situación jurídica contenida en un documento imperfecto. Es decir, que el documento privado no es nulo en sí, no tiene falta propia intrínsecamente, y por esto la escritura notarial que le eleve a público no le deja nulo, cual si no hubiera existido; lo que pasa es que, por ser privado, constituye en cambio una falta hipotecaria, porque no se acredita el acto dispositivo como exige la Ley Hipotecaria en dicho artículo para que se pueda inscribir, pero esta falta se subsana con la escritura pública y sigue el mismo acto contenido en el documento privado.

En cuanto a los contratos en que la forma no es sustancial para su validez, debemos atender al contenido de los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código civil, y a la jurisprudencia que ha inter-

pretado estos artículos: a) Dada la amplitud del artículo 1.278, las obligaciones derivadas de un contrato sujeto a forma son susceptibles de cumplimiento voluntario, aun antes de llenar aquélla (Sentencias de 12 de mayo de 1897, 13 de enero de 1904, 14 de febrero de 1913). b) El artículo 1.279 consigna una facultad y no una obligación a favor de ambos contratantes, sin que por tanto la circunstancia de no haber hecho uso de ella enerve su acción para reclamar el cumplimiento (Sentencias de 9 de mayo de 1897, 24 de febrero y 29 de diciembre de 1926). c) La eficacia de los contratos no depende de la forma, sino de la validez de los mismos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.258, que dice que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde que se perfeccionan son válidos, aunque su eficacia pueda ser relativa (Sentencias de 24 de noviembre de 1894, de 13 de enero de 1904, de 4 de febrero de 1905, de 8 de mayo de 1918 y de 21 de diciembre de 1925). d) Que el artículo 1.280 no modifica el artículo 1.278, limitándose a corroborar el derecho que a las partes confiere el artículo 1.279 de poderse compeler a llenar la forma (Sentencias de 12 de mayo de 1897, de 25 de febrero de 1901, de 17 de abril de 1909, de 7 de enero de 1924 y de 24 de diciembre de 1929).

No creamos, sin embargo, en vista de la precedente jurisprudencia, que los artículos 1.279 y 1.280 carecen de aplicación, porque el artículo 1.280 exige una forma de los contratos que, si bien no es necesaria, como se ha visto, para vincular a las partes, ni afecta a la obligación, considerada como relación entre los contratantes e incluso para que produzca en la realidad un estado de derecho que afecte a los extraños, a los extraños que no tengan un título más privilegiado, es precisa tal forma para la plena eficacia del contrato para apurar todas las consecuencias que el desarrollo de las obligaciones puede tener en el orden jurídico; por ejemplo, la inscripción en el Registro de la Propiedad. Y el artículo 1.279 sirve para compeler a los otorgantes o a sus causahabientes a revestir los contratos de la forma exigida por la Ley.

Ahora bien, en el artículo 1.280 se exige el documento público, en unos casos, con valor probatorio para los contratos consensuales, y en otros, como requisito esencial especial para que el contrato tenga validez para los contratos solemnes. Pero si bien la jurisprudencia se inclina por el artículo 1.278, estableciendo que no es necesario hacer uso del artículo 1.279 para exigir el cumplimiento de las obli-

gaciones derivadas de un contrato en que hayan concurrido los requisitos esenciales para su existencia, esto es, respecto a contratos consensuales, porque, tratándose de contratos en que por imperativo concreto de la Ley, la forma solemne es requisito para la validez, aunque exista el contrato verbal con los requisitos esenciales comunes, y por ello, si las partes voluntariamente no otorgan el correspondiente documento público, es preciso hacer uso previamente del artículo 1.279, para poder exigir el cumplimiento de las obligaciones del contrato solemne; por ejemplo, un contrato de hipoteca en documento privado, el contrato existe, pero el acreedor, para que tenga la garantía de la hipoteca, tiene que compeler previamente al constituyente de la hipoteca a que haga viable el contrato mediante el correspondiente documento público, y luego, aunque el acreedor todavía no tiene la garantía constituída, sólo de él depende que el documento llegue a inscribirse y surja el derecho real de hipoteca.

Aquí interesa saber si la forma es requisito para la validez de los contratos o para su eficacia, o incluso para las dos cosas. Se preguntan esto Pérez y Arguer en las notas de *Enneccerus*, y se preguntan además si la validez y la eficacia son la misma cosa, o si, por el contrario, son dos grados diferentes de la perfección del contrato. El Código civil parece que a veces confunde la validez con la existencia (artículo 1.261 en relación con los artículos 1.278 y 1.279), pero en el fondo confunde más bien el Código la validez con la eficacia (artículo 1.300); válido quiere decirse que el contrato está en condiciones de servir, de conformidad con la Ley; por ejemplo, una compra de una finca hecha por el marido a la mujer, existe, pero no es válida porque está prohibida por la Ley. El Código fija requisitos para la existencia, para la validez en los capítulos I y II del Título II del Libro IV, y no exige como requisito de la existencia ni de la perfección la forma solemne de los contratos. El Código a veces emplea las palabras existencia y validez como equivalentes, pero puede ser existente un contrato, como hemos dicho antes, y no ser válido porque el artículo 1.300 dice de los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261, que pueden ser anulados... siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los *invalidan* con arreglo a la Ley. El artículo 1.278 viene a decir que los contratos, para que sean eficaces, para que sean obligatorios basta que concurren las condiciones esenciales para su validez, para su existencia. El artículo 1.279 dice que si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura

u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato (para su eficacia plena), los contratantes podrán compeñerse recíprocamente a llenar aquella forma, desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su *validez*, para su existencia. O sea, que para el artículo 1.278 la eficacia de los contratos no depende de la forma sino de la existencia y validez de los mismos, y el artículo 1.279 quiere significar que si para la plena eficacia no fuese bastante la existencia y validez de los mismos, sino que se necesita además la forma de escritura pública, la Ley faculta a los contratantes a obligarse a llenar esta forma solemne. Con esto se da a entender que la forma no es requisito para la existencia del contrato sino para la eficacia del mismo.

Y en los contratos formales, ¿la Ley exige la forma como requisito para la existencia, o para su eficacia? Entendemos que en estos casos existen dos grados en el desarrollo del contrato: primer grado, la existencia; segundo grado, la validez o eficacia, que aquí se confunde. La existencia para vincular a las partes, para que nazca el contrato (viable o no viable) y obligarse a llenar la forma que exige la Ley para que el contrato subsista y tenga eficacia para hacer efectivas las obligaciones propias del contrato formal, como es el de hipoteca. Pero cuando se habla de hipoteca se suele confundir el contrato de hipoteca con el derecho de hipoteca. Fijémonos en el artículo 1.875 del Código y veremos cómo hace más bien referencia al derecho de hipoteca: «Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, es indispensable, *para que la hipoteca quede válidamente constituida*, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad.» Este artículo no establece la forma del contrato hipoteca, sino los requisitos para que surja el derecho de hipoteca; no establece las condiciones para que exista el contrato de hipoteca, sino para que quede válidamente constituido el derecho de hipoteca. Lo mismo sucede con el artículo 145 de la Ley Hipotecaria: «Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas se requiere: 1.º, que se hayan constituido en escritura pública, y 2.º, que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.» En estos artículos no se dice que los contratos de hipoteca no existen si no hay escritura pública, sino que se limitan a decir que para que surja el derecho real de hipoteca es precisa la inscripción, y para que haya inscripción es necesario documento público.

El artículo 633 del Código dice que «para que sea *válida* la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública...». Para que sea eficaz precisa tener forma solemne.

El contrato existe desde que un contratante se obliga respecto del otro a dar alguna cosa o constituir un derecho real, a dar el dominio u otro derecho real (art. 1.254). Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y, como dice Manresa, la perfección del contrato supone el nacimiento del mismo, y, por tanto, dice, la perfección se causa por el solo consentimiento, se exija o no el otorgamiento de escritura u otra forma especial. La perfección determina la producción de las consecuencias obligatorias que le son propias, y si la Ley exige el otorgamiento de la escritura u otra forma especial, su exigencia supone una obligación más, cuyo cumplimiento cualquiera de los contratantes puede exigir.

#### EL DOCUMENTO PRIVADO EN LOS CONTRATOS SOLEMNES

Por todo lo dicho se desprende que en los contratos en que se exige forma solemne hay dos grados en su desarrollo: la existencia del contrato, al intervenir el consentimiento; el objeto y la causa, y a tenor del artículo 1.258, queda perfeccionado y nace, pero no obstante existir y haber nacido y con vínculo de derecho, necesita algo esencial para subsistir, para realizar su cometido; para que sirva, necesita ser viable, y este algo es la forma. Pero es requisito ulterior a la existencia. Por ello los contratos solemnes sin la forma legal no son inexistentes, sino insubsistentes, y esta insubsistencia se puede convalidar o subsanar con el otorgamiento de la escritura, del documento público, con efectos retroactivos al momento de la existencia probada de contrato, ya que este es el deseo de los otorgantes de la escritura pública, que da la forma legal al documento privado. Como dice Manresa, la forma no entra en los requisitos esenciales del contrato, entra en los requisitos de la eficacia; por esto podemos decir con los tratadistas alemanes que los contratos que carecen de la forma no son inexistentes, sino incompletos o ineficaces; no son perfectos, pendientes de cumplimiento posterior. Por esto decimos que la eficacia y la validez están en segundo grado en los contratos solemnes, y el documento privado sirve, como diría Giménez Arnau, de cordón umbilical, que une el derecho que surge de la forma o

del modo, con el claustro materno del contrato, en el que se engendró con el consentimiento que perfeccionó el contrato. Y este cordón (umbilical) puede ser el documento privado que se presenta en el Registro para dar el aviso de que en la realidad se ha llevado o se está llevando a cabo una mutación jurídica, y así pueda haber paralelismo entre la realidad jurídica extrarregistral y el Registro, y de esta manera el documento privado producirá el efecto de hacer pasar a formar parte del contenido del Registro el derecho contenido en aquél, reflejando en el Registro la situación jurídica precaria, insegura con respecto a tercero, incluso en los casos en que no tuvo lugar la trascendencia real y hay sólo vocación a la transmisión o constitución de derecho real, como la hipoteca consignada en documento privado.

Una vez presentado el documento privado, el Registrador, atendiendo a su defecto de forma, podrá suspender la inscripción del mismo o denegarla, teniendo en cuenta que los que se inscriben son los actos y contratos constatados en documento adecuado (arts. 1.º y 3.º de la Ley Hipotecaria); y para saber si la falta ha de estimarse subsanable o insubsanable es preciso apreciarla principalmente con relación a los actos o contratos, con relación al contenido del documento, y, por tanto, si la falta consiste sólo en el hecho de estar el acto o contrato consignado en documento privado, en la mayoría de los casos, podrá considerarse como falta subsanable, salvo cuando se requiera forma solemne como requisito esencial, ya que en este caso la falta de la forma legal se infiltra en la validez del acto mismo, y el defecto afecta a la eficacia del acto dispositivo y a la trascendencia del derecho real, y resulta por esto insubsanable relativamente tal falta.

#### EL DOCUMENTO PRIVADO NO LEGITIMADO

Por otra parte, el Registrador habrá de tener presente también, en cuanto al documento privado, lo relativo a la exactitud del hecho que lo motiva y a la fecha. En los documentos públicos estos dos extremos están autenticados por el funcionario que los autoriza. La fecha del documento privado para el Registrador debe ser, no la que expresa el documento, sino la de su fehaciencia, y, por tanto, si no era fehaciente antes de ser presentado, la fehaciencia del mismo coincidirá con su presentación en el Registro. Es muy importante para el Registrador la legitimidad de las firmas del documento, ya que la

autenticidad de las firmas lleva consigo la autenticidad del contenido del documento, toda vez que los documentos privados no pueden perjudicar a la parte que no los autoriza y reconoce (Sentencia de 27 de enero de 1906), y por el contrario, un documento privado obliga al firmante, sin que le quepa alegar que no contiene fielmente lo pactado (Sentencia de 8 de noviembre de 1913).

La legitimación de las firmas puede conseguirse por el reconocimiento de las partes, judicial o extrajudicialmente, al efecto del artículo 1.225 del Código civil. Por el reconocimiento del documento privado se obtiene la demostración de su legitimidad, y por el hecho de la legitimación de las firmas de los otorgantes o de quien en defectos de las de ellos les reemplaza con su anuencia para tal efecto, se viene a afirmar la existencia de una obligación, nacida del otorgamiento de un documento privado. Legitimadas las firmas se debe presumir que es cierto el contenido del documento privado, aceptando el principio contenido en el artículo 1.028 del Código argentino, que dice que el reconocimiento de la firma es bastante a considerar el documento todo como reconocido también; precepto que está implícito en el artículo 1.226 de nuestro Código. Por el reconocimiento de las firmas, los contratantes hacen suyo el contenido del documento.

De aquí la importancia que respecto a autenticidad tiene para el Registrador la ratificación de las partes sobre la certeza de las firmas y del contenido del escrito, cual sucede en el caso del documento privado, que sirve de base a la anotación preventiva a favor del acreedor refaccionario, que puede considerarse como un reconocimiento extrajudicial del documento privado.

Como ya hemos dicho, si hay reconocimiento legal del documento privado; si hay, por ejemplo, ratificación ante el Notario o ante el Registrador, el documento privado puede producir anotación preventiva, precursora de inscripción definitiva; mas si no se ratifican los contratantes o no hay legitimación de las firmas, el documento privado podrá presentarse en el Registro, pero no está en condiciones para poderse practicar la anotación preventiva, porque al Registrador no le consta sea legítimo, aunque sea fehaciente, de conformidad con el artículo 1.227 del Código, porque puede suceder que no sean auténticas las firmas, y, por tanto, puede carecer de existencia el acto o contrato; el Registrador no puede confundir los efectos probatorios del documento privado, relativos a la fecha, con los efectos sus-

tantivos que la inscripción produzca respecto a tercero, cuando el documento privado puede producir tal inscripción previo el asiento de presentación o a través de la anotación preventiva, una vez que se eleve aquél a escritura pública. Por tanto, si se presentase en el Registro un documento privado que no esté reconocido o ratificado, el Registrador extenderá el asiento de presentación y denegará la inscripción, porque, según hemos dicho, hay que considerarle con falta insubsanable. Pero, en tal caso, se dirá que este asiento de presentación de un documento privado no servirá para nada; se dirá que no produce prioridad; mas formulemos esta pregunta: ¿No es verdad que al ser denegada la inscripción de estos documentos privados, el interesado, dentro de la vigencia del asiento de presentación, puede promover demanda ante los Tribunales para que se declare la validez del título y pedir anotación preventiva de la demanda, y que esta anotación se retrotraerá a la fecha de aquel asiento de presentación del documento privado? Esto está establecido en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria con amplio sentido para todos los casos en que se deniegue la inscripción. Luego una vez entablada la demanda y practicada la anotación preventiva de la misma, la parte contraria podrá allanarse o podrá ser condenada a otorgar la escritura pública, y la inscripción de ésta producirá sus efectos desde la fecha del asiento de presentación del documento privado. Si se presentasen después del asiento de presentación del documento privado otros títulos contradictorios, la eficacia del asiento correspondiente a estos títulos quedará subordinada a las resultas de aquella demanda que motivó la anotación preventiva, y si se hubiese hecho uso del recurso gubernativo, el plazo de vigencia del asiento de presentación del título posteriormente presentado quedará suspendido, como establece el último párrafo del artículo 111 del Reglamento Hipotecario.

Pero discurremos lógicamente con sensatez: no vamos a creer que el legislador ha tenido interés en fomentar pleitos con lo preceptuado en el artículo 66 mencionado, y, por tanto, si presentado en el Registro un documento privado que no puede anotarse porque no está legitimado, ¿para qué proponer la demanda a que hace referencia el artículo 66, si las partes están conformes en darle validez al documento privado, elevándole a público? Es natural que si luego se eleva a público y se presenta la copia notarial dentro de los sesenta días siguientes a la fecha del asiento de presentación del documento privado, los efectos de la inscripción se retrotraigan a la fecha de este

asiento de presentación, porque los efectos de éste, mientras esté vigente, son los mismos, con respecto a tercero, que los de la anotación preventiva, según los últimos párrafos de los artículos 17 y 19 de la Ley, en relación con los artículos 69 y 70 de la misma, de que luego hablaremos. Sin embargo, esto de los efectos retroactivos sólo es admisible cuando resulte que los mismos otorgantes del documento privado presentado son los mismos que lo elevan luego a público o sus herederos, y así resulte que el documento privado presentado es verdadero y que contiene un contrato en el que han intervenido los requisitos senciales comunes; es decir, que el asiento de presentación, mientras esté vigente, establece prioridad registral cuando el documento presentado contiene un contrato existente, incluso en el caso de que se trate de contratos que exigen forma solemne para su eficacia, toda vez que en cuanto a estos contratos la forma no constituye problema de existir o no existir, sino de valer o no valer, como dicen Pérez y Alger, y por esto mismo afirmamos que respecto a estos contratos solemnes no existe en nuestro ordenamiento jurídico un precepto de carácter general que establezca son nulos cuando carezcan de la forma prescrita, como sucede, por el contrario, con los testamentos, respecto de los cuales preceptúan los artículos 687, 688, 705 y 715 del Código civil que son nulos los que carecen de la forma correspondiente, confirmados tales artículos por las Sentencias de 23 de mayo de 1905, 30 de noviembre de 1906, 18 de noviembre de 1915, 7 de junio de 1923, y, sin embargo, aun tratándose de testamentos, el Tribunal Supremo admite, siquiera sea por excepción, que el testamento nulo por defecto de forma se puede convalidar en virtud de la ejecución voluntaria por parte de los interesados (Sentencias de 26 de noviembre de 1901, 28 de febrero de 1906 y 28 de febrero de 1908).

En cuanto a estos contratos solemnes, repetimos, consignados en documento privado, pueden ser existentes, pero al no constar en documento público son insubsistentes; han nacido con el consentimiento, pero sin el documento público no son viables, hasta que se les revista de forma solemne, de escritura pública, que otorgan las partes con el fin de cumplir el contrato contenido en el documento privado, y no con el de concluir uno nuevo. Entonces, aunque todavía no haya surgido el derecho real, cual sucede en la constitución del derecho de hipoteca, el contrato es viable para producir la trascendencia real. Y así diremos que el documento privado que contiene

un contrato de hipoteca tiene una falta insubsanable porque carece de la forma solemne, y así produce la intrascendencia real del derecho de hipoteca, no obstante ser existente el contrato contenido en el documento privado, y así como en la compraventa de una finca el documento privado no causa la intrascendencia real, toda vez que con la tradición real puede quedar traspasado, en el contrato de hipoteca el documento privado es causa de que no se pueda practicar la inscripción, que es el único modo de que surja el derecho real de hipoteca.

Como en nuestro ordenamiento jurídico la voluntad de las partes es el fundamento de las mutaciones jurídicas, así como el modo o la publicidad es la base para la eficacia y la seguridad en el tráfico, tiene un valor esencial para el reconocimiento del contrato la existencia de éste, la concurrencia de los tres requisitos que producen la existencia del contrato; el consentimiento de las partes constituye la entraña del contrato, vinculando a los contratantes y determinando la eficacia obligacional. Por esto decía, respecto de los contratos, Falcón: «Si por la Ley tienen algunos una forma taxativa, los contratantes tendrán que formalizarlos en la forma prevenida, pudiendo ser compelido a hacer aquel de los contratantes que se negare a ello; mas el contrato, no por falta de forma solemne dejará de existir, desde que se perfeccionó por el consentimiento. En todos ellos es necesaria la solemnidad del instrumento público, no para la validez del contrato, sino para que éste conste de una manera cierta, auténtica y permanente, y puedan en su virtud ser inscritos en los Registros públicos.»

Por esto relacionamos la eficacia de la prioridad registral con la existencia del acto o contrato que produce la mutación jurídica, y así decimos que el asiento de presentación de un documento que contenga un contrato en el que hayan intervenido aquellos tres requisitos esenciales comunes y sea obligacionalmente válido, habrá de producir la prioridad contra cualquier otro título contradictorio. Y luego, si el documento presentado se inscribe dentro de la vigencia del asiento de presentación, queda consolidada la prioridad, tanto formal como sustantiva; y si es objeto de anotación preventiva precursora de inscripción aquel documento presentado, la anotación, mientras subsista vigente, producirá los mismos efectos que la inscripción, según el artículo 17 de la Ley, y si tal anotación se convierte en inscripción definitiva ésta surtirá los efectos propios de la misma desde la

fecha de anotación y también desde la fecha del asiento de presentación del documento anotado, aunque luego se haya presentado algún otro documento contradictorio sobre el mismo derecho, sin que sea precisa la legitimación registral para que aquel título primeramente presentado y anotado perjudique al que se presente después, porque no hay precepto que concretamente establezca excepción al artículo 17 de la Ley, y existe en cambio el artículo 69 de la misma, referido a la anotación precursora de inscripción que le dice, amenazándole, al que tenga derecho a pedir anotación preventiva, por no ser posible practicar la inscripción a causa de alguna falta subsanable, le dice que, si pudiendo pedir la anotación preventiva de un derecho dejase de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá después inscribirlo o anotarlo a su favor en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo. A este tercero se le exige la legitimación registral, como se desprende de dicho artículo, pero en cambio no se le exige al que tiene derecho a la anotación, pues que le dice: si puedes anotar y anotas, perjudicarás a todos, incluso al que haya adquirido de persona que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo. Y obsérvese además que desde el momento en que se practique la anotación precursora de inscripción ya no es aquel transferente inmediato o mediato (a nombre del cual figura inscrito el derecho) el que tiene la facultad para transmitir según el Registro; éste tenía la propiedad formal o de libro, que fué limitada por la anotación de un título obligacionalmente válido, ya que, según dice Morell a este respecto, la anotación confiere, mientras subsista, la misma facultad que la inscripción. Pongamos el ejemplo de siempre: A vende una finca a B, y luego aquél vende otra vez la misma finca a C, sin que inscriban su título ni B ni C. C vende la misma finca a D, expresando C en el título que la finca la había adquirido por compra a A. D presenta su título en el Registro, y el Registrador suspende la inscripción porque hace falta inscribir previamente el título de compra de C a A, manifestándolo así el Registrador a D, cumpliendo el artículo 19 de la Ley, y D pregunta al Registrador lo que tiene que hacer y qué derechos de garantía le asisten. ¿Tengo derecho a pedir anotación preventiva? —le pregunta D al Registrador—, y éste le dice que no solamente tiene derecho a pedir anotación preventiva según los artículos 19 y 42 número 9 de la Ley Hipotecaria

y concretamente el artículo 103 del Reglamento Hipotecario, sino que el artículo 69 de la Ley le conmina con perder el derecho si puede pedir la anotación y no la solicita. Pues bien, seamos lógicos. ¿Puede alguien creer que el legislador quiso engañar a este respecto al anotante? No es posible. El legislador estableció el derecho de anotar con el objeto de garantizar el derecho del anotante mediante el principio de prioridad, sin que por tanto le afecte a D la presentación del título de B durante la vigencia de la anotación del título de D, toda vez que este título contiene un contrato existente y obligacionalmente válido, y por esto debe estar amparado por la prioridad registral. El Registrador le advierte a D también que si trae el título de C dentro de la vigencia del asiento de presentación, tiene asegurada también la prioridad, lo mismo que si solicita la anotación, según el último párrafo del artículo 19 de la Ley.

Afirmamos, pues, que todo título presentado o anotado que contenga un contrato existente y sea obligacionalmente válido, será preferido a cualquier otro título contradictorio; y si adolece de algún defecto que no afecte a la existencia del contrato, ni éste sea nulo en sí mismo, podrá convalidarse con efecto retroactivo. Pero si el documento presentado, sea público o privado, contiene un contrato con visos de inexistencia, tendrá un defecto insubsanable; por ejemplo, si el documento contiene un contrato comprendido en el artículo 1.259 del Código civil, o sea, cuando se dice que se contrata en nombre de otro sin estar para ello autorizado o representado legalmente, al Registrador no le consta el consentimiento del seudorrepresentado, y por tanto el contrato, a primera vista, es inexistente, y el documento que lo comprende adolece de una falta insubsanable, según la Resolución de 15 de noviembre de 1897, y la ratificación efectuada por aquel seudorrepresentado no podrá tener efecto retroactivo a la fecha del asiento de presentación del documento que contenga un contrato de esta clase, y por tanto consideramos muy acertada la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1953, que se refiere a la eficacia de la ratificación de un contrato comprendido en el artículo 1.259, ratificación que puede tener efectos retroactivos a la fecha del asiento de presentación, pero sin perjuicio de tercero, toda vez que aquel contrato a que hacía referencia el documento presentado antes de la ratificación no tenía existencia manifiesta, porque no constaba el consentimiento auténtico del adquirente.

En resumen: Los documentos privados referentes a contratos consensuales existentes se consideran con falta subsanable si están legitimados, y por tanto podrán producir anotación preventiva precursora de inscripción, y con falta insubsanable si se presentan sin estar legitimados, pero que si luego, dentro de la vigencia del asiento de presentación, se legitiman o se elevan a públicos, pueden producir, respectivamente, anotación preventiva o inscripción, con efectos retroactivos a la presentación. Los documentos privados relativos a contratos solemnes existentes implican falta insubsanable; mas si están legitimados, al ser elevados a públicos dentro del plazo del asiento de presentación, la inscripción tendrá efecto retroactivo a la fecha de aquel asiento. Así, el documento privado puede ser muy útil para unir la fe pública a la prioridad registral.

Las faltas insubsanables las hay que son relativamente insubsanables, y que pueden subsanarse cuando al completar lo que falta al acto que en sí es válido o al documento, o al perfeccionarse, no haga desaparecer o inutilice el acto o título que no pudo inscribirse. Pueden subsanarse, generalmente, las faltas cuando el acto o contrato no sea absolutamente nulo y que la falta afecte más bien al título o que proceda de algún obstáculo del Registro.

MANUEL VILLARES PICÓ  
Registrador de la Propiedad