

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXII

Agosto-septiembre 1946

Núm. 219-220

Publicidad y forma en los negocios jurídicorreales

SUMARIO.—La voluntad individual y los contratos de trascendencia real.—
Conceptos tangenciales: a), el tercero; b), la publicidad; c), la forma.—
La doctrina española.—Huber y el ZGB.—La publicidad en el ordena-
miento español.—La doctrina legislativa alemana.—La trilogía tradicio-
nal.—La inscripción constitutiva forzosa.—Negocio abstracto y relación
jurídicoreal.—La oposición germanosuiza.—La forma y la economía
contractual.—Síntesis.

Cuando hablamos de tercero en la relación contractual la idea es extremadamente difusa. Pero cuando nos referimos a tercero en el terreno de los contratos de trascendencia real, cabe una mayor precisión. No es nuestro tercero el de nuestros 1.257 ó 1.259 C. C., porque aquí domina una idea de interés personal, individualizado si cabe en las estipulaciones del contrato mismo. La idea del tercero en las convenciones jurídicorreales está directamente relacionada con la doctrina de la publicidad. Tercero es cualquier posible causahabiente de las partes que contrata sobre lo que reputa cierto en virtud de estar revestido de unas formalidades reflejadas en forma reputada auténtica. Es el que contrata de buena fe sobre lo que la Ley presume, cuando no afirma ser cierto. El concepto, nos apresuramos a aclararlo, es puramente provisional: tiene un carácter genérico que nada tiene que ver con lo que específicamente trata la doctrina jurídicoinmobiliaria bajo el vocablo "tercero". Nuestro propósito, generalizador se encauza por límites más amplios que los que el rigor especialista impone a aquélla. El concepto

de tercero sirve únicamente para puntualizar la significación constitutiva o formal de la publicidad, porque si es evidente que los contratos de trascendencia jurídicoreal tienden a crear derechos absolutos reales, no lo es menos que el carácter esencial de estos derechos es su función *erga omnes*, aunque en determinados casos se personifiquen en un sujeto pasivo más directamente obligado a una prestación (1).

Pero para que sea posible, en buena lógica, la exigencia total del derecho real nacido, precisa de la publicidad, que no puede ser sustituida—carácter voluntario de su origen—por la presunción de no ignorancia aplicable a derechos de aquella especie de origen exclusivamente legal (2). No es otra la función que la doctrina le atribuye. “Desde dos puntos de vista puede examinarse el principio de la publicidad..., como legitimación registral y como emanación de la *fides pública*. Como principio legitimador..., reemplaza a la misma propiedad en su forma jurídica y la protege en sus apariencias, mediante una presunción *iuris tantum* suficiente para la vida práctica... La técnica moderna concede a la inscripción, respecto a los inmuebles, las mismas funciones legitimadoras que a la posesión corresponden en orden a los muebles... Es más, profundizando en la doctrina de las presunciones, los juristas alemanes, después de haber separado las *presuntiones homini seu facti* como eslabones racionales que enlazan, en el ánimo del legislador, la prueba de un hecho a la demostración de otro (3), distinguen en el grupo contrapuesto de las presunciones legales *presuntiones iuris*, dos clases, un tanto confundidas en nuestro 1.251 del Código civil español: Primero, las que apoyan una conclusión de hecho en otro hecho..., y segundo, las que partiendo de un hecho acreditado inducen la existencia de “una relación jurídica o un derecho subjetivo”. Verbigracia: De la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas de un mismo propietario, pasa el artículo 541, caso de enajenación, a estimar que la servidumbre continúa

(1) Vid. sobre este punto, además de los tratados generales y la conocida monografía de Rigaud, un artículo del Sr. Ossorio Morales en *Revista de Derecho Privado*: «Las servidumbres *in faciendo*».

(2) Vid. en este sentido art. 680 ZGB: «Las restricciones legales de la propiedad existen sin necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad. Su extinción o modificación por acto jurídico exigen, para ser válida, de un documento público y de la inscripción en el Registro.»

(3) Vid. nuestro 1.253 del Código civil.

activa o pasivamente. Pues bien, la presunción hipotecaria que estudiamos pertenece a esta última clase y ostenta, como otras muchas que deben su origen a los órganos de la jurisdicción voluntaria, la *garantía del Estado* otorgada procesalmente en virtud de los supuestos aducidos y de la documentación aportada ("*Narra mihi factum, dabo tibi ius*"). Y más adelante, sintetizando las ideas, acude al razonamiento de Turnau-Forster (1). "En el supuesto de que aparezca como propietario en el Registro el demandado, no puede desvirtuarse la presunción de que la finca le pertenece probando tan sólo que el título de adquisición es ilegal" (2). Y es que la publicidad tiene un tan alto valor legitimador en materia de inmuebles que, sin llegar a las prescripciones constitutivas del derecho que encierra en la legislación germánica (3) funciona, como dice el Sr. González, como presunción que sustituye en defecto de mejor título, al título mismo de la adquisición (4). Desde un punto de vista análogo llega un ilustre escritor suizo a las *conclusiones mismas*. "Es preciso preguntarse para qué fin establece formas el legislador (I), y cuando se haya contestado a esta pregunta, ver qué formas prescribe así (II), y, finalmente cuando esto ha sido puesto en claro, surgirá aún la cuestión de la significación del valor jurídico que las formas tienen (III) ... Los fines que sirven de base a las formas son muy variados. Es posible que el derecho establezca formas para fines que nada tienen que ver con la significación del acto de derecho privado de que se trate. Se establecen requisitos de forma para fines secundarios, pudiendo citarse como ejemplo principal el del levantamiento de un impuesto. Las más de las veces los preceptos sobre timbre significan directamente un impuesto. A la obtención de impuestos sirven inmediatamente otras formas como la homologación de las donaciones y de las disposiciones de última voluntad, que está muy extendida, para que no se escape al Estado el impuesto sobre donaciones y herencias. De este fin no nos ocupamos. Cercano a él está

(1) *Das Liegenschaftsrecht*, I, com. al art. 891 del Código civil alemán, página 239, 3.ª ed. Paderborn-Schöningh, 1906.

(2) E. González: *Principios Hipotecarios*, Madrid, Sáez, 1931, páginas 143 y 146.

(3) Art. 656 ZBG: «La inscripción en el Registro es necesaria para la adquisición de la propiedad inmueble.»

(4) Vid. arts. 23 y 25 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 51 del Reglamento, y aun, para la posesión, con el 41 de la Ley Hipotecaria, donde se evidencia más precisamente esta presunción.

también un segundo fin, según el cual se prescriben formas para el procedimiento, con la idea de que ciertos actos sólo sean llevados en determinadas formas a los Tribunales o que éstos los tengan por inexistentes cuando aquéllas no hayan sido observadas (1). En contra de tales preceptos, bastante extendidos en la Suiza occidental hasta la vigencia del ZGB, se ha colocado éste al determinar en el artículo 10 que donde el derecho de la Confederación no establezca ninguna forma para la validez de un acto jurídico, no debe, para su prueba, exigir ninguna el derecho cantonal. Tampoco nos ocuparemos más de esta significación procesal de la forma. También se presentan formas con el fin de crear una cierta ordenación y producir con ello al mismo tiempo ciertos medios de prueba. Desde este punto de vista se prescribirá que los nacimientos y las defunciones deben ser inscritos en el Registro (ZGB, 48, 46) (2), o que la legitimación de los hijos habidos con anterioridad al matrimonio se realice mediante el de los padres, pero que los hijos tienen que ser declarados e inscritos en el Registro civil y otras disposiciones análogas... En otro sentido existen formas establecidas para el fin de publicidad, o sean *aquellas que deben dar a conocer de modo general ciertas relaciones de derecho* en interés de la contratación. Estos preceptos de publicidad no tienen por sí mismos una relación necesaria con la validez del acto jurídico de que se trate, sino que, ordinariamente, vienen más bien a añadirse al acto válido para darle cierta publicidad y al mismo tiempo *una eficacia más general* o conformada de cierto modo. En este sentido encontramos muy distintas especies de publicidad, y podemos representarnos ya claramente la diferencia que existe entre las dos tendencias principales de la publicidad mencionada, comparando la inscripción de un mandato en el Registro mercantil, con la enajenación inscrita en el de la Propiedad. En el primer caso... el apoderamiento es perfecto, con independencia de su inscripción en el Registro, adquiriendo mediante ésta sólo un efecto especial (3), mientras que la segunda, por el contrario, no es perfecta antes de la inscripción, y el derecho real no se constituye para el adquirente hasta la inscripción del cambio de titular. A la inscripción, sin embargo, se une a la vez un cierto efecto de publicidad.

(1) Vid. arts. 596, 597 y 600 de la Ley de Enjuiciamiento civil española.

(2) Art. 327 del Código civil español.

(3) V. arts. 1.725, 1.734 a 36, 1.738-39 del Código civil español, y 26-29 del Código de Comercio.

Este efecto más elevado de la publicidad lo encontramos también en ciertos derechos para los que se extienden documentos, en los cuales puede confiar en el tráfico, cualquiera de buena fe (1). Y para destacar el carácter finalmente constitutivo que la publicidad tiene para terceros, concluye: "Con arreglo a esto pueden distinguirse tres grados de publicidad: Primero, en los registros públicos, con el fin de que sean conocidos (los actos) ... y con la intención de dar un medio de prueba; segundo, en los registros públicos con el fin de ligar a todo el mundo al conocimiento de lo inscrito, excluyéndose la excepción de ignorancia; tercero, publicidad en el sentido de que cualquiera de buena fe pueda confiar en lo publicado. Finalmente encontramos formas establecidas para el fin de que precisamente, y en absoluto, la validez de un acto se haga depender del cumplimiento de aquéllas" (2).

A toda esta doctrina no era, en absoluto, ajena nuestra legislación hipotecaria del vetusto 1861, tan meditada y precisa, y aunque acudir a los textos expositivos sea siempre enojoso y poco científico, la excepcional importancia del que precedió a nuestra Ley Hipotecaria primitiva y la trascendencia que para nuestro estudio tiene, nos llevan a transcribir algún punto que reputamos esencial: El concepto y valor de la publicidad en el derecho inmobiliario español. "Mas como es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas, debe decir la Comisión, cómo entiende la publicidad. Consiste ésta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no puedan perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir no perjudique por una falta que a él sólo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe el Registro se franquee a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar los derechos

(1) Eugenio Huber: «Abhandlungen zum Schweizerischen Recht», colección Gmür, núm. 54, 1914, en el artículo «Los preceptos de forma en el Derecho privado suizo», publicado juntamente con las otras dos conferencias del mismo autor: «División de la propiedad en el Derecho privado suizo» y «Los derechos reales en el Derecho privado suizo». Hay traducción española del primero y último, de E. R. Ramos, Madrid, 1919.

(2) Huber, op. cit.: «Los preceptos de forma...», traducción española, página 66.

que pudieran corresponderle, y... al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes" (1).

Vemos, pues, como ocurre que, en determinados negocios jurídicos, los de trascendencia real, el principio de la autonomía de la voluntad, limitado en otros sentidos (doctrina del *numerus clausus* del derecho germánico), no puede adquirir por sí solo virtualidad y eficacia frente a los terceros que van a adquirir, no sobre lo pactado entre las partes, sino sobre lo que el Registro público—en aplicación del principio de la fides—presume cierto y ajustado a la legalidad. Pero aún hay más; cabe, llegados a este punto, que observemos las distintas posiciones legislativas adoptadas en torno al valor de esa fides pública. ¿Le es atribuida a los asientos del Registro como simple presunción *iuris tantum*, o tiene el valor de lo absolutamente cierto e incontrovertible?

El B. G. B. sienta en el artículo 891 la doctrina de la veracidad absoluta, en virtud de la cual se entiende que los asientos reflejan siempre la situación jurídica real de los inmuebles y hacen fe lo mismo cuando se declara la existencia de derechos que cuando proclaman su extinción. Y el 892 del mismo Código declara que, si las facultades de disponer de un propietario sufriesen una limitación en beneficio de alguien, esa limitación sólo producirá efectos respecto del que adquiera derechos, cuando esté inscrita en el Registro cuando tenga el adquirente conocimiento de esa limitación. Es decir, se sienta la afirmación de que el contenido del Registro es cierto y que sólo el contenido del Registro es lo cierto, o sea, que el Registro agota la realidad jurídica: principio que no tiene más excepción que la de la discordancia entre el Registro y la realidad conocida del adquirente. Como consecuencia es la declaración de que son imprescriptibles las acciones resultantes de los derechos inscritos (2). Y es que, en la doctrina alemana, compartida con el derecho inmobiliario suizo (3), reconocen al consentimiento un valor constitutivo incluso para las partes, desde su manifestación en

(1) Exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861. Madrid. Góngora, sin fecha, pág. 11 y sig.

(2) Enrique Giménez Arnau: *Tratado de Legislación Hipotecaria*, Ediciones españolas. Madrid, 1941, pág. 16, tomo I.

(3) Art. 658 ZGB, ya citado, en relación con el 657, 1.º, 680 y tangencialmente—por referirse a un aspecto puramente personal que no desvirtúa en absoluto la doctrina expuesta—el 665. Criterio ratificado en el 221 y precedentes del Código revisado de las Obligaciones.

el Registro, y tal como aparece en ella. Las consideraciones de orden público que dominan toda la materia de la propiedad inmueble se imponen también aquí, limitando en un nuevo sentido la tan ingenuamente formulada libertad contractual.

En nuestra doctrina la posición es más débil. Los primeros autores de derecho hipotecario que enfocaron el problema, por exigencias de los cuestionarios de oposiciones se contentaron con citar los precedentes de los derechos alemán y suizo, añadiendo discretamente: "En este sentido, el consentimiento, si ha de considerarse como base de nuestro sistema hipotecario, es en cuanto va implícito en el acto jurídico, sin que aparezca con la independencia con que se presenta en los países citados, refiriéndose directamente a la inscripción, sino como un acuerdo tácito de la voluntad del transferente y adquirente para que dicha inscripción se verifique." El problema es menos modesto. No se trata solamente de saber si en las adquisiciones por negocio jurídico debe necesariamente exteriorizarse la voluntad de inscribir o de pedir la inscripción. Se trata de averiguar y fijar el valor de manifestaciones de voluntad en los actos jurídicos encaminados a la constitución, transferencia o modificación de los derechos reales (1).

Así, de la trilogía tradicional, acto causal, acuerdo de inscribir e inscripción, va a perder relevancia el primero y, por el contrario, a adquirirla el segundo y último, en vista del interés que, al rebasar la órbita de los particulares de las partes, tiende a la protección de los terceros que contratan sobre lo que la Ley reviste de una auténtica fides pública. Para esto sólo había un camino; declarar la sustantividad absoluta de la inscripción y—como supuesto previo—hacerla obligatoria. Tal es la síntesis a que llega el profesor Casso (2) como resultado final de la grave discusión planteada en torno al problema entre nuestros tratadistas. Gómez Rodríguez (3) destacaba el perjuicio que por la no inscripción forzosa pueden experimentar las partes "desconociendo la conveniencia de la inscripción", dando lugar a que al no hacerla "se perjudiquen derechos legítimos por impericia de los contratantes". Es

(1) J. González, op. cit. *El principio de consentimiento*, pág. 209.

(2) I. de Cassó: *Notas de Derecho Hipotecario*, 1918, cuyo capítulo dedicado a la «Movilización de la propiedad inmueble» recoge inspiradas ideas en torno a la reforma inmobiliaria en España, desgraciadamente sin trascendencia legislativa hasta ahora.

(3) Citado por Galindo y Escosura: *Comentarios*, Madrid, 1880, I.

sin duda, en este sentido en el que inspiraron algunas de nuestras disposiciones legislativas que llegaron a establecer la nulidad de los actos registrables "de que no se tomase razón" (1), pero que no llegaron a tener aplicación práctica estimable. A este criterio respondía también la pragmática de 1539, disponiendo que en cada lugar donde hubiere cabeza de jurisdicción existiese una persona que en el correspondiente libro llevara un Registro de todos los contratos de imposición de tributos, censos, hipotecas y ventas de bienes inmuebles, sin cuyo requisito "no podrían hacer fe, ni se juzgara conforme a ellas ni fuera obligado a cosa alguna ningún tercero poseedor aunque trajera causa del vendedor". El Rey Felipe V, en 1713, reiteraba la disposición haciéndola extensiva a todos los lugares fueran o no cabeza de jurisdicción. Pero sin eficacia también y sin mayor resultado práctico. Y es Carlos III quien en la Pragmática de 31 de enero de 1768, al ratificar el precepto creando los Oficios o contaduría de hipotecas, quien inspira toda nuestra posterior dirección publicística en materia de inmuebles, sancionando la inscripción de todos los actos relativos a los mismos y de interés para terceros. El movimiento codificador había de sostener un criterio vacilante en torno al problema. En las Bases 50-52 del proyecto de Ley de Bases para el Código civil de 1843 se niega eficacia a las acciones hipotecarias, a los actos constitutivos del dominio, ni a los derechos reales limitativos, si no se toma razón de los mismos en el Registro de la Propiedad. Pero el criterio de esta publicidad absoluta no llega a triunfar definitivamente, y en la legislación de 1861 y sus posteriores reformas se adopta un criterio ecléctico contenido esencialmente en los antiguos artículos 25, 23 y 34, especialmente este último, complementado con el 96 del Reglamento, de tan dudoso y criticable contenido. Pero el examen de estos preceptos rebasaría nuestro propósito limitado a la trascendencia de los pactos concordados en los negocios jurídicos reales en general, y no específicamente aplicados a la doctrina hipotecaria, donde factores de otros tipos otorgan un especialísimo perfil a las instituciones. Recordemos únicamente, para terminar la referencia legislativa, el valor constitutivo absoluto que tiene la inscripción de la hipoteca según el artículo 146.

(1) Entre otras, Instrucción de 29 de julio de 1830, art. 8.º; R. D. de 23 de mayo de 1845, art. 40, y R. D. de 26 de noviembre de 1852, arts. 15 y 25.

L. H. y la inscripción forzosa que en determinados casos impone nuestro ordenamiento inmobiliario (1).

Resumiendo, pues: Olvidando la doctrina clásica del derecho subjetivo se ha tratado de elevar el contenido de los contratos a fuente misma del derecho objetivo. Se ha ignorado para ello la existencia de una norma trascendente que le sirve de fundamento, y de la cual deriva su legalidad y su efectividad (2); y como consecuencia se ha querido reconocer al poder de la voluntad una fuerza vinculatoria excepcional, no sólo entre las partes mismas, sino también en cuanto a terceros. Tal era el sistema romano de publicidad apoyado en los conocidos textos de la doctrina del título y el modo, y tal el confusionismo como consecuencia del mismo creado en los contratos de trascendencia real. Tal vez la insinuación de ciertas donaciones pudiera representar un asomo de inspiraciones publicitarias, pero tan limitado y débil que en nada desvirtúa esta tesis ya histórica.

Consideraciones nacidas de la vida misma obligaron a dotar de cierta publicidad a este tipo de convenciones. Los terceros contratantes no podían ignorar la verdadera situación jurídica de los inmuebles que compraban o recibían en garantía de obligaciones principales; y nace, como una nueva y solemne limitación del principio de la autonomía de la voluntad, la doctrina de la forma y su consecuencia inmediata, de la publicidad. El camino—de iniciativa enteramente germánica (el sistema Acta Torrens nada contraindica por su misma juventud)—se bifurca, no obstante, frente a la trilogía tradicional de contrato causal, acuerdo de inscripción e inscripción misma. En el derecho alemán se parte de la base formal de que es ante el Registrador el contrato abstracto, el acto real que contiene el verdadero consentimiento trascendental. Con ello, toda posible discrepancia entre la voluntad y su externa declaración queda prácticamente anulada y los vicios rescisorios devienen inexistentes. En el derecho suizo se opera menos radicalmente y es el consentimiento causal el determinante de la inscripción que, tamizada por la calificación registral, tendrá la trascendencia real absoluta a que el sistema español no llega. La oposición entre ambos es, pues, en este como en otros aspectos, evidente, aunque la finalidad

(1) Vid., entre otros, arts. 7.º y 172 de la Ley Hipotecaria y las medidas complementarias del 208 del Reglamento y sigs.

(2) Georges Renard: *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, París, Sirey, 1925, pág. 6 y nota 1.

es la misma (1). La forma, pues, viene a limitar en un nuevo sentido la libertad contractual sin sobrecargarla. A este propósito recordemos unas frases del eminente Huber: "Si consideramos finalmente todo el dominio de las formas del derecho civil, se permitirá la siguiente pregunta: ¿Es, pues, necesario establecer un reinado tal de las formas? ¿No se podría ordenar esto más simplemente? ¿No es una carga para el tráfico el tener tantas formas?"

Ha habido tiempos en que, por muy distintos fundamentos, se ha levantado opinión de modo muy resuelto contra tales formas. Recuerdo la lucha contra la forma para los inmuebles, contra la *Auflassung* de los fundos, contra la antigua inscripción de los derechos de señorío y censo, y cómo aquéllas, favorecidas en parte por los partidarios cultos de la libertad de formas del derecho común, tuvieron lugar el fin de la Edad Media, y más tarde, llegando hasta levantamientos en los siglos XVI y XVII en la Suiza central y oriental. Se decía que tales formas son sólo una carga que no se acomoda con las libertades suizas y que se debía romper esta ligadura. Además recuerdo cómo en las ciudades libres (*regierenden*) hubo largo tiempo el deseo de adoptar la libertad de formas, por lo menos para los ciudadanos. En Zurich, por ejemplo, habían logrado los ciudadanos, en este sentido, un privilegio de tal modo, que se decía de ellos que cada ciudadano zuriqués llevaba en su bolsillo la Cancillería; es decir, que no necesitaba ninguna ayuda, no necesitaba inscribir, pudiendo autorizar cualquier acto real con su propio sello. Pero las experiencias hechas en Zurich, en Suiza Oriental, en Basilea y en otras partes con la libertad de formas tan deseada no fueron estimulantes para continuar por este camino. Por el contrario, ha sido necesario pronto—en el curso de pocas generaciones—convencerse que, justamente por medio de la forma, por medio de un sistema de formas bien ideado y organizado, podía fundarse la tan deseable y necesaria seguridad del tráfico y que, sólo por medio de estas formas se consigue también la libertad del modo que tiene que ser querida para las relaciones de contratación muy desarrolladas y como ya no puede suprimirse.

(1) Vid. Huber, op. cit., pág. 111: «... Este precepto le protege como tercero de buena fe en todos los casos en que entre las partes primeras exista una inscripción injusta... Acentuamos esto porque con ello, así como con relación al contrato abstracto, nuestro Derecho hipotecario se ha puesto frente al alemán.»

Ya se ha dicho: la forma es la madre de la libertad, y desde otro lado: la forma es hermana gemela de la libertad, según se prefiera" (1).

Sin llegar a la posición extremista de Huber al identificar forma y libertad nuestra posición no discrepa gravemente de la suya. La forma —y su consecuencia, la publicidad— son uno de los elementos que a la par que sirven de límites a la autonomía de la libertad, le sirven de supuestos objetivos, sin los cuales éste rebasaría los fines que incluso la propia doctrina Revolucionaria francesa quiso, al proclamarla, concederle.

ARTURO GALLARDO RUEDA,
Registrador de la Propiedad y Profesor A.
de Derecho civil en la Universidad de Madrid.

(1) Huber, op. cit., ed. esp., pág. 114 y sigs.