

## **SIGNIFICADO DE LA EXIGENCIA DE FORMA DEL ARTICULO 1.279 DEL CODIGO CIVIL**

Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 28 de marzo de 1985

Por D. José Antonio Caicoya Cores

Notario de Oviedo

### **I.-INTRODUCCION**

Excelentísimos e Ilustrísimos Señores, Señoras, Señores, amigos todos

Debo, ante todo, expresar mi abrumado agradecimiento por el inmerecido honor de comparecer ante esta audiencia y, en especial, desde esta cátedra que tanto he admirado desde mis primeros contactos con el mundo del Derecho.

Ante la inutilidad de cualquier intento de exteriorizar en tal sentido mis sentimientos con palabras, utilizaré solamente dos, que confío resulten suficientemente significativas: Gracias y Disculpas. La primera, para evidenciaros mi honda gratitud por vuestra invitación y presencia, y la segunda, para invocar vuestra paciencia y comprensión ante los indudables dislates que inevitablemente contendrá mi disertación; ruego que se justifica sobradamente, a mi entender, por la categoría de mis patrocinadores (y cito por todos al Presidente de esta magna institución, don Antonio Rodríguez Adrados, quien ya me apadrinó en una anterior publicación) y la dificultad del tema elegido, en el que pretendo, cuando menos, llevar la inquietud a los estudiosos de la materia a fin de que no se quede dormida indefinidamente en los manuales de los tratadistas.

### **II.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Cúmpleme en primer lugar realizar la indispensable labor de encaje del problema que esta noche será examinado.

Trataré, como cuestión central, de desentrañar el misterioso significado del texto contenido en el artículo 1.279 del Código Civil en su relación con los que inmediatamente le preceden y siguen.

Tal precepto, aparente excepción a lo dispuesto en el 1.278, que instaura el principio de libertad de forma, niega eficacia a los contratos que estando sometidos al requisito de formalización no lo hayan observado; y el 1.280, aparente complemento del anterior, contiene una relación de actos y contratos sometidos a dicha exigencia.

Con el objeto de encajar aún más el encuadre del tema, soslayando lugares comunes y cuestiones perfectamente resueltas, permítaseme sentar como admitidas algunas afirmaciones:

En primer lugar, que por la extensión con que se pronuncia el 1.280, será de aplicación no sólo a los contratos, sino a otros negocios jurídicos no contractuales, erigiéndose así esta materia en doctrina general del Derecho civil.

En segundo término, que además de la forma contractual del 1.279 existe en nuestro Derecho, para ciertos actos y contratos, otra forma exigida con mayor firmeza, la denominada ad solemnitatem (1), de la que no vamos a ocuparnos aquí.

Y, por último, que la doctrina que se infiera de los preceptos que examinaremos resultará de aplicación, aun cuando en ellos no se diga, a la forma impuesta voluntariamente por las partes en uso de su libertad contractual.

Así las cosas, y considerando el artículo 1.279 del Código Civil como puente entre dos orillas de tan diferente signo (cual la liberalidad del 1.278 y la imperatividad con que se pronuncia el 1.280 para instaurar su exigencia), se nos aparece como la clave del enigma de la aparente contradicción, sin que de su examen hayan resultado soluciones pacíficas. Confiemos que la que vamos a proponer sirva para esclarecer y no para enturbiar aún más esta materia.

Y esta diversidad doctrinal, a la que nos referiremos después brevemente, se debe sin duda al despropósito del legislador a la hora de redactar las normas que nos ocupan. Quede, sin embargo, patente mi enorme admiración hacia los juristas que en el año 1889 consiguen por fin dotarnos de nuestro ya vestusto, pero siempre extraordinario, Código Civil, no superado en las sucesivas reformas de su articulado; pero admítase que la general brillantez de sus redactores no gozó de igual inspiración al ocuparse del contenido del capítulo III, Título II del Libro IV.

### III.-ALGUNAS CUESTIONES PLANTEADAS POR LOS ARTÍCULOS 1.278 A 1.280 DEL CÓDIGO CIVIL

Y así, como algunos de los problemas que su texto ha planteado a los intérpretes cabe citar, a título de ejemplo, los siguientes:

- El artículo 1.278 resulta aparentemente contradictorio con los dos siguientes, como ya se ha dicho.
- Nada se previene en ellos sobre la aplicabilidad de sus principios a la forma exigida por voluntad de los contratantes, como igualmente ya se apuntó.
- Incluyen en su enumeración negocios jurídicos no contractuales no obstante su colocación sistemática.
- Nada resuelven sobre el ámbito de su aplicación, dejando borrosa la frontera entre esta forma y la exigida con carácter ad solemnitatem.
- Dieron a entender, especialmente a los primeros comentaristas, que obligaban a los contratantes a seguir un doble procedimiento judicial: uno para obtener de la contraparte la formalización exigida y el otro para conseguir de ella el cumplimiento de lo pactado.
- La imperatividad con que se pronuncia el primer inciso del 1.280 no parece compaginarse bien a primera vista con el último inciso del 1.279, que presupone la existencia de los contratos a que se refiere.
- La enumeración contenida en el artículo 1.280 resulta anárquica, insuficiente y no atemperada a criterio clasificador alguno.
- Y se cuestionó por fin, si el 1.279 impone un mandato de obligado cumplimiento o, por el contrario, establece una facultad más derivada del propio contrato.

Con este catálogo de imprecisiones, seguramente incompleto, pretendo, de un lado, disculpar la fórmula que luego seguiré para fundar mi opinión, consistente en sugerir un añadido a la redacción del artículo 1.279, y de otro, justificar el intento de averiguar las razones de tan pobre resultado legislativo.

### IV.-RAZONES HISTORICAS DE ESTE CONFUSIONISMO

Y son tres, a mi entender, los hitos históricos de donde provienen las dificultades interpretativas del artículo 1.279:

La rigurosa novedad que representa frente a nuestros sistemas legislativos anteriores e incluso frente a los códigos de la época.

La perturbadora herencia que el Código Civil recibe en esta materia del proyecto de García Goyena, y

La precipitación con que se produce la promulgación de una norma como la comentada que, por su novedad, habría de haber sido sometida a una mayor reflexión y contraste de pareceres entre los estudiosos de la época.

1. En cuanto al primer aspecto, como hemos dicho, el artículo 1.279 no cuenta con antecedente alguno en nuestro Derecho histórico ni se inspira en los códigos de la época de su redacción; esto se corrobora al examinar los trabajos de los tratadistas que se ocupan del tema, quienes sistemáticamente silencian toda referencia a sus fuentes de inspiración.

Solamente Federico de Castro (2) sugiere que el 1.279 pueda encontrar su apoyo histórico en la jurisprudencia que interpretó el alcance del requisito de la escritura pública establecido en la Ley 14, Título 12 del Libro X de la Novísima Recopilación que la exigía para las «ventas, trueques y enajenaciones que se ficiere de bienes raíces». Instaurada al parecer con la única finalidad de facilitar la recaudación del impuesto de la Alcabala, ello provocó su generalizada inobservancia, lo que dio pie a que el Tribunal Supremo, con el objeto indudable de atajar las peligrosas consecuencias que ante semejante incumplimiento implicaría reputar dicha forma como requisito esencial del acto, en sentencia de 30 junio de 1834 la calificase como simple facultad que asiste a las partes para conseguir las ventajas que de la formalización se siguen.

Del contraste entre aquella norma legal y la doctrina jurisprudencial que la interpreta, deduce Castro el precedente inmediato del artículo 1.279.

No creemos que sea ésta la interpretación acertada.

De un lado, el Anteproyecto del Código Civil no cita en sus notas y concordancias ninguna fuente inspiradora de aquel precepto, limitándose el anotador a apostillarlo entre paréntesis con la expresión «nuevo». Y de otro, resultando que de aquella doctrina jurisprudencial se deduce que la forme se exige como simple medio para obtener una utilidad, se nos antoja poco probable que a tan exigua finalidad haya dedicado el codificador un espacio legislativo de la trascendencia del que comentamos, amparado además bajo la ambiciosa y generalizadora rúbrica de «Eficacia de los contratos».

2. Respecto de la perturbadora herencia recibida del Proyecto de García Goyena, los artículos 1.002 y 1.003 del mismo contienen una enumeración de los actos que requieren de escritura pública, lo cual se adapta perfectamente al sistema del Proyecto, que calificaba dicha forma de requisito esencial al acto en su artículo 985.

Lo que, sin embargo, resulta extremadamente perturbador, es que aquellos preceptos (arts. 1.002 y 1.003) hayan sido extraídos del Proyecto y trasplantados casi literalmente al Código Civil, que en materia de forma arranca de principios diametralmente opuestos al mencionado, como se induce al menos del artículo 1.278, que, como ya hemos dicho, implanta casi literalmente el sistema espiritualista del Ordenamiento de Alcalá, provocando una reacción que podríamos calificar de convulsiva por rechazo de anticuerpos.

3. Y respecto de la mencionada precipitación en la promulgación del precepto examinado, téngase en cuenta que el llamado Proyecto de 1882 sólo se hallaba confeccionado a la mencionada fecha en sus Libros primero y segundo, ultimándose el tercero y cuarto, al decir de Peña Bernaldo de Quirós (3), a finales de 1887, y convirtiéndose en el Anteproyecto del que emanaría el texto definitivo del Código a raíz de la aprobación en Cortes de la Ley de Bases de 5 de mayo de 1888.

En él encontramos por primera vez, y como primicia absoluta, la disposición que comentamos.

Pues bien, del mencionado Libro IV del Anteproyecto se da a conocer su existencia, que no su texto, el día 30 de abril de 1888 y aún sufre retoques en alguna de las 72 sesiones que la

Sección primera de la Comisión General de Códigos dedica a pulir y enriquecer el que había de ser código definitivo.

Así pues, desde aquella fecha hasta la promulgación definitiva del primer cuerpo legal, algunos meses más tarde, no se conoce divulgación alguna del tan repetido Libro IV más que en una publicación comercial: La Revista de los Tribunales, que lo edita con el objeto de recabar el concurso de la opinión pública ilustrada a fin de perfeccionarlo en lo posible.

No parece que el deseado concurso haya podido tener lugar en tan corto lapso de tiempo.

Y de esta manera, a su incuestionable novedad, se suma la improvisación que implica la ausencia absoluta del tan siempre deseable contraste de pareceres entre los estudiosos del Derecho, más aún tratándose de norma tan fundamental e innovadora.

Este cúmulo de circunstancias explica la multitud de opiniones vertidas sobre la materia que pasamos a repasar brevemente.

#### V.-TEORIAS VERTIDAS POR LA DOCTRINA, CON ESPECIAL ATENCION CRITICA A LA TESIS SEGUN LA QUE EL ARTICULO 1.279 IMPONE FORMA DE CARACTER PROBATORIO

Pocas normas han dado lugar a un derroche de ingenio tan singular como el provocado por la interpretación del artículo 1.279. No quiero aburrirlos con un prolijo examen del contenido de las múltiples posiciones doctrinales sustentadas sobre la materia; pero sí realizaré, cuando menos, una enumeración de teorías -intentando su máxima sintetización- mediante el procedimiento, quizás no muy ortodoxo, de dar a cada una de ellas un título mediante el uso de vocablos que resuman en lo posible la posición mantenida.

Así, cabe hablar de las siguientes:

- Teoría del doble procedimiento, de Mucius Scaevola (4) y Clemente de Diego (5), para quienes el 1.279 obliga a seguir un doble pleito: uno para exigir la formalización, y otro para instar el cumplimiento de lo convenido.
- Teoría de la forma «ad solemnitatem», de Tirso Carretero (6), quien rechaza la redacción del 1.278 en base a los términos imperativos del 1.280 en su primer inciso.
- Teoría del precontrato, de González Enríquez y Vázquez Bote, para quienes el incumplimiento del requisito formalista reduce el pacto a un estado precontractual.
- Teorías polivalentes, de Pérez González y Alguer y Federico de Castro, según los que el 1.279 simplemente confiere a los contratantes la facultad de exigirse recíprocamente la forma con el objeto de obtener con ella alguna de las múltiples ventajas que conlleva.
- Teoría «ad utilitatem», de Roca Sastre (9), que sustituye esta expresión por la de ad probationem, pues esta forma, como medio de prueba, no excluye a los demás, calificándola de medio útil de prueba, pero no excluyente.
- Teoría espiritualista, de Manresa (10), que atribuye plena virtualidad al artículo 1.278, haciéndolo prevalecer sobre los dos siguientes.
- Teoría de la «renovatio contractus» y del negocio de fijación, de Núñez Lagos (11), de sobra conocida por los presentes.
- Teoría del valor confesorio de la forma, de González Palomino (12), quien ve en ella una simple confesión por la cual las partes deponen sobre la existencia de un negocio anteriormente celebrado.

- Teoría de los efectos generales de los contratos, y específicos de cada especie contractual, de Mariano Hermida Linares (13), según el que los primeros efectos no requieren forma alguna por aplicación del 1.278, siendo ésta indispensable para obtener los segundos en aplicación del 1.279 y 1.280.

- Teoría de la forma como medio de protección de terceros, de Calvo Soriano (14), aceptada por Isidoro Lora Tama y Rodríguez (15) e insinuada por Diez-Picazo (16) y Rodríguez Adrados (17) y sobre la que volveremos brevemente al final por aproximarse a la que pretendo mantener en este trabajo.

Termino aquí este repaso de algunas, que no todas, de las divergentes y múltiples posiciones mantenidas sobre nuestro tema, rogando me disculpéis si por su obligada sintetización hubiere desvirtuado la verdadera filosofía que las inspira, despojándolas de los riquísimos matices que conllevan sus respectivos razonamientos.

Sirva al menos esta exposición de muestra de la enorme divergencia doctrinal sobre el tema.

Ahora bien, aun contando aquellas opiniones con defensores de la categoría de los citados, es lo cierto que aún hoy tiene enorme resonancia la tesis que, partiendo de la dicotomía forma solemne forma probatoria del siglo pasado, considera prevista esta última categoría en el artículo 1.279 del Código Civil.

Y, sin embargo, resulta ser ésta, a mi juicio, una de las interpretaciones más inadecuadas al sistema formal introducido por nuestro codificador.

Y así, en primer lugar, si tenemos en cuenta la colocación sistemática de los artículos que examinamos y la rúbrica de la sección que los acoge (De la eficacia de los contratos), resulta un contrasentido suponer que en ellos se disciplinen materias como la de la prueba, para las que el propio Código dedica un capítulo especial.

Por un lado, la eficacia no puede confundirse en modo alguno con la prueba, pues aunque en la práctica ambos conceptos puedan aparecer sinónimos, ya que, como magistralmente resume Von Thur (18), Un contrato que no puede probarse es prácticamente como si no existiese, desde el punto de vista dogmático son realidades muy distintas que exigen, por tanto, diferente tratamiento legislativo; y, de otro lado, el objeto de la prueba no pueden ser los contratos, sino, como cabe inferir de la perfecta técnica de los artículos 1.214 y siguientes que la disciplinan, su objeto inmediato lo constituye la existencia o inexistencia de las obligaciones. En efecto, el codificador, con perfecta lógica, regula y enumera los instrumentos admisibles para la demostrabilidad de la existencia o inexistencia de las obligaciones, fuente inmediata de las pretensiones jurídicas de los individuos; y no de los contratos, fuentes mediatas de aquellas pretensiones, pues de hacerlo así, en contra de un elemental principio de economía jurídica, sería obligado mantener el mismo criterio para las restantes fuentes de las obligaciones.

Resolviendo sobre la prueba de éstas, quedan regulados todos los medios utilizables para obtener la demostración de las pretensiones jurídicas, cualquiera que sea la fuente que las origine.

Desde otro punto de vista, si entendiéramos que el artículo 1.279 faculta a un contratante a conseguir del otro por vía judicial un medio de prueba del contrato, puesto que para obtenerlo deberá de ser demostrada al Juez su existencia, así como los términos en que fue celebrado, resulta que antes del otorgamiento del documento ya hemos contado con otros medios para obtener la demostración que de tal documento pretendemos, lo cual minimiza hasta el absurdo la existencia misma del proceso.

Piénsese, además, que la sentencia que recaiga en tal procedimiento tiene valor de documento público, lo que obligaría a suponer que con su obtención ya se habría cumplido la exigencia del inciso primero del artículo 1.280; y a esta peligrosísima interpretación conduce obligatoriamente

la teoría probatoria, de inexplicable éxito a la vista de la literalidad de los preceptos examinados.

Pero como crítica más sutil a esta doctrina quiero por último citar la realizada por Núñez Lagos en su obra Valor jurídico del documento notarial (19). Este autor, con el ánimo de demostrar que la escritura pública tiene siempre un cierto valor constitutivo del negocio que se instrumenta, pone de manifiesto que (da fides pública no puede probar lo hecho o acontecido antes del otorgamiento -el pasado-, sino lo que se hace -el presente-; y lo que se hace no es un contrato, sino un acto ineficaz en sí porque el contrato ya estaba hecho». Aunque con finalidad distinta a la que yo persigo, hay que admitir que esta observación de Núñez Lagos resulta demoledora para la doctrina probatoria.

Visto el rechazo de la misma, quiero ahora poner de manifiesto igualmente, y como objeción general a las diferentes doctrinas sostenidas sobre la materia que, de ordinario, al examinar la forma del artículo 1.279 se suele insistir en el análisis del vehículo, es decir, del instrumento, cuando lo que merece verdadera atención para lograr una justa interpretación de aquel precepto y del principio que contiene es el contrato para el cual la Ley exige una determinada formalidad. Es fácil comprobar, al analizar las doctrinas vertidas sobre los preceptos comentados, que la atención del autor acaba centrándose en el requisito, es decir, la forma, y no en el acto sometido al requisito, es decir, el contrato formal de los artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil. En definitiva, la naturaleza y alcance del requisito exigido y no las de la exigencia en sí misma considerada, que es lo que realmente debe de merecer, a mi juicio, la atención del investigador.

Por ello considero indispensable y urgente el esfuerzo de centrar la cuestión en el ámbito del Derecho civil puro, en donde tienen su perfecto encuadre estos preceptos, sin desviaciones hacia parcelas notarialistas o procesalistas. O lo que es lo mismo, y utilizando terminología acuñada ya desde antiguo por Dumoulin en sus Comentarios sobre las costumbres parisinas, la eficacia negocial y no la eficacia documental.

Y esto es lo que voy a intentar a continuación exponiendo mi teoría sobre la materia.

## VI. MI OPINION

### 1. FORMULACIÓN

La tesis que pretendo defender esta noche queda perfectamente definida añadiendo a la redacción literal del 1.279 la expresión frente a terceros.

Según ello, el artículo vendría en decir:

«Si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas "frente a terceros" las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.»

Pero antes de seguir la formulación de mi tesis resulta indispensable demostrar que las obligaciones propias de un contrato pueden afectar o intentar hacerse valer frente a las terceras personas que en ellos no hayan intervenido.

En principio, la teoría de la relatividad del contrato podría hacer pensar lo contrario; hasta el punto incluso de que uno de los criterios habitualmente sustentados para deslindar los conceptos Derecho real/ Derecho obligacional consiste, precisamente, en negar al obligacional trascendencia más allá del círculo de sus autores y causahabientes, en contra de lo que ocurre con los de naturaleza real que por esencia se imponen y afectan a toda la comunidad.

Hoy resulta evidente que semejantes afirmaciones no pueden ser llevadas hasta sus últimas consecuencias.

## 2. DEMOSTRACIÓN DE LA RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD

En tal sentido, Díez-Picazo (20), tras admitir sin paliativos que todo contrato puede desplegar una cierta eficacia frente a terceros, realiza un sucinto, pero muy preciso estudio de lo que denomina la eficacia contractual indirecta (precisamente la que se produce respecto de los terceros), distinguiendo dentro de ella la doble categoría de eficacia refleja y eficacia provocada. Cita a Ihering, que habla de efectos reflejos de los negocios jurídicos en relación con terceras personas; a Savatier, para quien «no existen apenas campos en que no sea posible de alguna manera que los efectos del contrato no incidan al menos en los intereses de terceros», razón por la que el propio Savatier censura el artículo 1.165 del Código francés - paralelo a nuestro 1.257-, y cita también Díez-Picazo a Giovene, quien afirma que «la norma que limita a las partes la eficacia del contrato no puede considerarse como absoluta y necesaria, pues presenta importantes excepciones.»

Para examinar ahora lo que ocurre en nuestro Derecho positivo vamos a realizar una distinción informal de dos diferentes categorías de terceros: terceros en general y terceros que a la vez resultan hallarse en posición acreedora de alguno de los contratantes.

En cuanto a los terceros acreedores, para demostrar la relatividad de la teoría de la relatividad, voy a permitirme utilizar la magistral terminología empleada por Roca Sastre para distinguir los negocios obligacionales de los dispositivos, si bien que modificándola en lo necesario para adaptarla a la finalidad que ahora nos interesa. Según ello, puede afirmarse que:

- El Derecho real menoscaba el patrimonio del tradens disminuyendo su activo, y
- El Derecho obligacional menoscaba el patrimonio del deudor aumentando su pasivo.

Si esto es cierto, y si el legislador ha adoptado rigurosas medidas de protección en favor de los acreedores contra indebidas disminuciones del activo de las personas, resultaría plenamente justificado que dedicase «na norma de alcance general -como nosotros defendemos que se utiliza el 1.279- para obstaculizar aumentos manipulados del pasivo del deudor, cuya masa patrimonial constituye la garantía de sus acreedores por imperativo del 1.911.

Ahora bien, esto es anticipar conceptos y descender excesivamente al detalle.

Quede patente según lo dicho, cuando menos, que resulta de todo punto evidente, según hemos creído demostrar, que los acreedores pueden resultar afectados gravemente por las obligaciones que sus deudores puedan contraer con posterioridad al nacimiento de su relación obligacional.

En cuanto a los demás terceros, de multitud de matices entre ellos, en cuyo examen pormenorizado no podemos detenernos, resulta igualmente bien sencillo demostrar el posible desbordamiento de las consecuencias del contrato más allá del círculo de los otorgantes, sus herederos y causahabientes. Nos limitaremos a nuestro Derecho positivo vigente para no hacer interminable la exposición.

Veamos, por ello, a título de ejemplo, los siguientes supuestos:

- Artículo 1.250, que impone al retrayente la obligación de asumir los efectos del contrato de arrendamiento pactado por el comprador.
- Artículo 1.540, que para el caso de recuperación de la cosa dada en permuta por pérdida por evicción de la entregada a cambio, deja a salvo los derechos adquiridos sobre la cosa con buena fe por un tercero; aquí la Ley no distingue, luego nosotros tampoco debemos distinguir, por lo que resulta obligado suponer que éstos derechos adquiridos sobre la cosa puedan ser tanto de carácter real como obligacional; tanto más cuanto que presenta proximidad de ratio legis con el supuesto anterior.

- Artículo 1.526, que impone a los terceros las consecuencias del contrato de cesión celebrado sin su concurso cuando se cumplan determinados requisitos.

- Artículos 1.551 y 1.552, que vinculan al subarrendatario con el arrendador, no obstante el hecho evidente de no haber concurrido ninguno de ellos a la celebración del contrato del otro.

- Artículo 1.186, que permite la interferencia de terceros en relaciones obligatorias ajenas, como cabe inferir del siguiente ejemplo: Cayo vende a Ticio un piso que tiene asegurado con Petronio; el piso se pierde antes de la entrega; la obligación se extingue (art. 1.182), pero al comprador Ticio se le atribuyen por efecto del 1.186 todas las acciones derivadas del contrato de seguro en el que no tuvo intervención alguna.

- Artículo 1.280, número 2.º, que a las claras previene la posibilidad de que una relación meramente obligatoria, como es el arriendo, pueda imponerse a terceros, pues cualquiera que sea la tesis que se mantenga sobre la naturaleza real u obligacional del arriendo inscribible, es lo cierto que a efectos de investigar sobre la mens legislatoris, el 1.280 lo califica claramente de obligacional, pues, tras implantar forma pública para los contratos sobre derechos reales inmobiliarios (núm. 1.º), exige lo mismo para los arriendos inmobiliarios en el número 2.º, recogidos en apartado distinto de aquéllos.

La muestra realizada, a mi entender, resulta suficiente para dejar acreditado que en el mundo de las obligaciones el tercero tiene también importancia decisiva.

Esta demostración era una premisa indispensable a la doctrina que mantenemos, y de ahí el breve detenimiento en la materia.

Volvamos ahora ya sobre la formulación de nuestro pensamiento.

### 3. MÁS SOBRE LA FORMULACIÓN

De las anteriores conclusiones se deduce nuestra tesis de que la existencia de dos diferentes clases de intereses provocan la necesidad de regulación de ambos en las relaciones jurídicas generadas por los contratos: el de las partes, por un lado, que se rige por la regla del artículo 1.278, y el de los terceros, por otro, amparados por la del 1.279.

Dicho de otro modo, cabría proclamar la concurrencia de dos principios generales, de aplicación cada uno de ellos a cada cual de los dos ámbitos mencionados; y así, el principio general en las relaciones entre los contratantes es el de absoluta libertad de forma (de acuerdo con nuestro Derecho medieval y moderno y las tendencias de los últimos tiempos del Derecho romano), de manera que los contratantes no necesitan de formalización alguna para exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, hasta sus últimas consecuencias. En este ámbito no ha considerado necesario el legislador imponer requisito alguno de formalidad más que en aquellos supuestos en que la exige con carácter ad solemnitatem.

Y el principio general en las relaciones de los contratantes frente a los terceros resulta ser el de que si la Ley exige de una forma determinada para hacer efectivas frente a ellos las obligaciones propias del contrato, ésta resultará de obligado cumplimiento por cuanto que, de lo contrario, no se podrá obtener aquel resultado. Y esto representa la gran novedad histórica, introducida por nuestro codificador, de tan original inspiración que de nada sirve recurrir a la doctrina extranjera (como, por otro lado, se hizo tan frecuentemente) para explicar su exacta formulación y alcance.

Y esto se explica perfectamente si observamos que, ya sólo en el ámbito de los terceros, a resultas de la confrontación de los artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil, el legislador español impone un mandato revestido de una sanción:

El mandato, la solemnización del contrato.



La sanción a su incumplimiento: la imposibilidad de hacer efectivas frente a los terceros las obligaciones derivadas de aquel contrato. En consecuencia, y puesto que para cumplir el mandato no basta la buena disposición de una parte, sino que será necesaria la colaboración de la otra, ya que nos hallamos ante una relación que vincula a dos o más personas, ante la posibilidad de que una de ellas se niegue a prestar su concurso, resultaba indispensable la disposición contenida en el último inciso del 1.279, según la que «aquél podrá compelerle judicialmente a su cumplimiento».

Ello explica, a nuestro juicio, tres cuestiones que han suscitado dudas a los intérpretes del Código Civil:

1.a La aparente contradicción queda resuelta por regular el 1.278 la plena efectividad del contrato informal entre las partes, previniendo el 1.279 y el 1.280 la exigencia de forma para ciertos contratos para poder hacerlos valer frente a terceras personas.

2.a Los términos imperativos empleados en el primer inciso del artículo 1.280, ya que, según se dijo, este precepto establece, en efecto, un verdadero mandato y de obligado acatamiento para obtener un determinado resultado (la posibilidad de imponer a los terceros la existencia de un contrato en el que no hayan intervenido). Y

3.a El procedimiento judicial previsto en el 1.279 ni ha de preceder ni ha de seguir al que se interponga para reclamarse las partes el cumplimiento de lo pactado en el contrato, pues tiene una finalidad bien distinta: la de hacer efectivas frente a terceros las obligaciones propias del mismo.

Ahora bien, el hecho de que en virtud de esta interpretación, más o menos ingeniosa, encajen con aparente fortuna las piezas del rompecabezas diseccionado, no constituye por sí mismo base suficiente para considerar cumplidamente fundada la tesis mantenida.

Por ello anuncio ahora, e intentaré después, la justificación de esta doctrina mediante los diferentes medios del procedimiento hermenéutico.

Pero antes de esto debo de completar a grandes rasgos la formulación de la teoría sostenida examinando el alcance y consecuencias de la idea a que tan fatalmente conduce nuestro planteamiento:

El movedizo concepto de la inoponibilidad.

Inoponibilidad que se concede a los terceros frente a los contratantes como sanción por el incumplimiento del mandato legal de formalización, y con el indudable objeto de proteger a dichos terceros de las posibles manipulaciones que sobre ciertos contratos podrían tener lugar en su perjuicio si no constaran en forma documental, pública, en los casos del primer inciso del 1.280, privada en los del segundo, y la que corresponda según la norma que lo establezca para los demás supuestos.

#### 4. LA INOPONIBILIDAD

El concepto de inoponibilidad que ahora nos ocupa, de contornos imprecisos en la doctrina civilista patria por haberse abandonado su estudio al Derecho hipotecario, referido al 1.279, nos lleva al examen de tres cuestiones:

- 1) Requisitos de la inoponibilidad;
- 2) Improcedencia del concepto opuesto -oponibilidad- por cumplimiento de la forma exigida, y
- 3) Ámbito de aplicación de este concepto.

## 1) Requisitos

En tema de requisitos quiero precisar solamente que la inoponibilidad defendida despliega toda su eficacia aun cuando se demuestre que quien pretenda utilizarla tenía conocimiento de la existencia del contrato, pues creemos haber demostrado que no nos movemos en el ámbito de la prueba, sino en el de una sanción impuesta por el legislador a la actitud rebelde de las partes al cumplimiento de la exigencia de formalización. Así pues, resulta intrascendente que el tercero conozca o no el contrato informal (dejando en todo caso a salvo la posibilidad de que se pueda apreciar mala fe destruyéndose su protección), así como el hecho de que tal contrato pueda o no ser demostrado por cualquiera de los procedimientos de prueba previstos en los artículos 1.214 y siguientes del Código Civil; el escudo de la inoponibilidad protegerá igualmente al tercero conocedor de la existencia del acto, puesto que con ella se castiga al incumplidor de su observancia.

## 2) Improcedencia de la oponibilidad por cumplimiento de la forma

Si hemos defendido que el incumplimiento del mandato de formalización provoca el efecto de la inoponibilidad, podría pensarse como lógica consecuencia que deberíamos defender el concepto opuesto para el caso de cumplimiento del mandato.

Pero esto no es así.

Para que ello ocurriese sería preciso, en primer lugar, que el continente, es decir, la forma exigida, estuviese por sí misma dotada de poder de afección a terceros. Y esto sólo sucede con la escritura pública, en aplicación del 1.218, pero no con los restantes documentos públicos y menos aún con los privados del último inciso del artículo 1.280.

Pero es que, además, ni siquiera los actos instrumentados en escritura pública resultarían siempre oponibles, como inmediatamente veremos, lo que demuestra una vez más la necesidad de separar en el examen de nuestra materia los conceptos «forma prueba» y «forma requisito». Veamos dos ejemplos bien ilustrativos de estas afirmaciones, ambos recogidos expresamente en el Código civil.

El primero es el del número 2 del primer inciso del artículo 1.280 y el resultado de su confrontación con el 1.549. Aquél dice que deberán de constar en documento público los arriendos de bienes inmuebles por seis o más años siempre que deban perjudicar a tercero. Si no constan, no les perjudican; es decir, se produce la inoponibilidad. Pero para que haya lugar a la oponibilidad no basta con el documento público; el artículo 1.549 establece otro requisito más al decir: «Con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad.»

Veamos ahora, como segundo ejemplo, lo que ocurre con la cesión de créditos del artículo 1.526, también prevista en el número 6 del artículo 1.280, ambos del Código civil.

Respecto del deudor del crédito cedido, tercero especialmente cualificado en la relación jurídica entre el cedente y el cesionario, no bastará el documento público (1.280) ni siquiera en este caso la inscripción en el Registro (que exige el 1.526.2), sino que, además, para hacer efectiva contra él la cesión (es decir, para que le resulte oponible), aunque sólo sea a ciertos efectos, se exige su puesta en conocimiento y hasta su aceptación, como se infiere del 1.527 («El deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación»); el 1.198.2 («Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores») y el 1.198.3 («Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores, hasta que hubiere tenido conocimiento de la cesión»).

Así, pues, para que ciertos efectos de la cesión alcancen al deudor de la relación obligacional base, además de la escritura, la inscripción en su caso y la notificación, será incluso necesario

su expreso consentimiento. El incumplimiento de cualquiera de estas fases producirá la inoponibilidad del contrato de cesión frente a él, pero graduada ésta de mayor a menor, a medida que se vayan cumpliendo aquellos requisitos. Y sólo cuando se cumplan todos y no sólo el de la forma, se conseguirá la oponibilidad, para alcanzar la cual, por tanto, no es suficiente el cumplimiento del requisito de formalidad.

En otras palabras, que el legislador exige, para alcanzar la oponibilidad, el cumplimiento de una serie de requisitos. Uno de ellos es el de la forma, sin el cual el tercero podrá siempre escudarse en la inoponibilidad; pero no siempre este requisito será el único; al contrario, las más de las veces serán necesarios otros, por lo que, desde tal punto de vista, cabría definir la forma exigida en el 1.280 y concordantes del Código civil, utilizando terminología hipotecaria, como requisito mínimo de oponibilidad.

### 3) Ámbito de dicho concepto

Esta cuestión nos obliga a recordar que nuestro estudio versa sobre unas normas encuadradas en la disciplina de los contratos; que por imperativo del artículo 1.254 del contrato no pueden nacer otra cosa que obligaciones; y que, por todo ello, debemos de referir la tan proclamada inoponibilidad al ámbito exclusivo de las obligaciones generadas por contratos para los que se establece forma no constitutiva.

Respecto de los generadores de obligaciones que no tienen por finalidad última la producción de una mutación real, no se plantea problema alguno.

Respecto de los que tienen una finalidad dispositiva, es decir, los que tienden a producir una mutación real, concretamente los citados en el número 1 del artículo 1.280, se puede producir un gran confusionismo por la incidencia sobre la materia de la teoría del título y el modo.

Así, entre los seguidores de la tesis que al principio hemos denominado de la forma como medio de protección de terceros, algunos sostienen que esta finalidad del 1.279 se deduce de las reiteradas alusiones explícitas que en el 1.280 se hace a los terceros entendiendo que existe también una alusión implícita a los mismos en el número primero a través de los efectos erga omnes del derecho real.

Opino, por el contrario, que cuando la titularidad real ha sido ya creada por intermedio de la tradición, exista o no documento público, ya no puede predicarse ningún efecto proveniente del artículo 1.280, puesto que esta norma sólo puede disciplinar lo que es estrictamente de su competencia, es decir, el contrato y las obligaciones que de él se deriven. No los derechos reales nacidos o extinguidos como consecuencia del cumplimiento de aquéllas.

Es lo cierto, sin embargo, que, a los efectos que examinamos, resulta muy difícil deslindar el aspecto obligacional del real en relación a lo dispuesto en el número 1.º del 1.280, puesto que, erigiéndose la escritura pública (por regla general) en la frontera entre ambos aspectos por efecto de la tradición instrumental prevista en el 1.462.1 del Código, el cumplimiento de la exigencia de la que depende la destrucción de la exceptio inoponibilitatis (permítaseme la expresión) provoca, precisamente y al mismo tiempo, la transformación del derecho obligacional en real, ganando oponibilidad erga omnes; pero no ya en función del hecho de la documentación, sino del referido cambio de naturaleza.

Ahora bien, ello no es obstáculo al mantenimiento de los principios enunciados.

Veamos, por ejemplo, las siguientes secuencias referidas al contrato de finalidad traslativa por excelencia, cual es la compraventa. Se perfecciona por el acuerdo sobre cosa y precio, creando en el vendedor la obligación de transmitir el dominio mediante la traditio o entrega, y en el comprador la de pagar el precio pactado. Desde este momento, y hasta que se otorgue la escritura pública exigida en el artículo 1.280, los acreedores del vendedor podrán oponer a las pretensiones del comprador (y los de éste a aquél), el incumplimiento del mandato de solemnización del artículo 1.280; pero no sólo los acreedores, sino que en este supuesto en

particular, también el arrendatario escriturado a quien el vendedor hubiere arrendado la cosa en fecha posterior a la de la venta privada, el propietario de la cosa vendida, caso de venta de cosa ajena, si el comprador pretende imponerle la adquisición derivada de usucapión ordinaria; el colindante de finca rústica o el copropietario del vendedor a quienes se hubiere notificado fehacientemente el contrato de venta, si se les pretendiere negar su derecho de precepción por el transcurso de los nueve días del artículo 1.524 del Código civil, etc.

En tales casos, la falta del documento exigido en el tan repetido artículo 1.280 protegería con la inoponibilidad al arrendatario contra un posible intento de desahucio, al propietario contra la usucapión del comprador poseedor y al retrayente contra la caducidad de su derecho por transcurso del plazo legal.

Y ello (como ya se ha dicho y repito por la importancia de este punto) porque la inoponibilidad defendida despliega su eficacia aun cuando se demuestre que quien la pretenda tenía conocimiento del contrato indocumentado, pues ya hemos dicho y repetimos que no nos movemos en el ámbito de la prueba, sino en el de una sanción impuesta por el legislador al incumplimiento del mandato de formalización del acto.

Ahora bien, si interrumpiendo las secuencias dichas entre el pacto y la documentación tuviere lugar la traditio, el desplazamiento del derecho real de dominio quedaría consumado y, por tanto, completamente inoperantes los preceptos que examinamos, puesto que para tal caso desaparecería el derecho obligacional, dando lugar a un derecho real en el accipiens. Ello en aplicación del 1.278, pues los contratos que examinamos, como también hemos dicho ya, despliegan toda su eficacia entre las partes sin necesidad de la forma en perfecta armonía con lo dispuesto en los artículos 609, 1.095, 1.450 y 1.461 del Código civil. Todo sin perjuicio de que, hasta la formalización, siga rigiendo el 1.279 en relación a los terceros interesados en el patrimonio del comprador mientras permanezca viva su obligación de pagar el precio.

Perfilados así los contornos de la inoponibilidad defendida, cúmplenos ahora, para terminar, intentar su fundamentación utilizando los habituales mecanismos del procedimiento hermenéutico.

## VII.-FUNDAMENTACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN MANTENIDA SOBRE EL SIGNIFICADO DEL ARTICULO 1.279

Abordaremos la materia desde los diferentes puntos de vista histórico, sistemático, literal, teleológico o finalista y doctrinal.

### 1. Histórico

Los antecedentes remotos, ya aludidos anteriormente, no arrojan luz sobre la materia, como hemos creído demostrar.

El más próximo, la Ley de Bases de 5 de mayo de 1888, parece en principio desautorizar la opinión defendida, pero lo cierto es que la Comisión de Códigos no ha seguido en absoluto sus directrices en la materia que tratamos; mas si se tiene en cuenta que antes de su aprobación ya se encontraba redactado el texto que analizamos sin sufrir apenas retoques en el texto definitivo.

Por ello, desde este punto de vista, nos interesa aludir a otros dos aspectos históricos que influyen en la redacción del 1.279:

A) Ambiente reinante al tiempo de la promulgación del Código civil.

B) Sentido de la evolución social que provoca el retorno hacia los formalismos.

A) Desde el primer aspecto, en pleno auge los estudios hipotecaristas, que ante todo y sobre todo pretenden el logro de la máxima seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario, su doctrina

influye de tal manera en el codificador que raro es el capítulo en que no se contengan una o varias alusiones a los terceros o extraños a las relaciones jurídicas, bien sea de forma directa o bien mediante múltiples remisiones al Registro de la Propiedad; estas remisiones se realizan tan indiscriminadamente que en ocasiones han dado lugar a dislates tales como el del párrafo 2.º del artículo 1.473, en el que se resuelve el problema de la doble venta en favor del comprador que primero haya inscrito en el Registro, dando lugar a un asombroso supuesto de adquisición a non domino, así como el del párrafo 2.º del artículo 1.526, que, introducido en la segunda redacción del Código, niega a la escritura notarial el valor que le reconoce el 1.218 cuando la cesión se refiere a inmuebles, ámbito natural de nuestra actuación, e ignora el contenido del 1.527, pues reputándose conocido el contenido registral debiera de haberse exceptuado tal supuesto de la necesidad de notificación.

Esta tan generalizada preocupación por el tercero nos sugiere que de entre las razones del retorno a la forma escrita a que luego aludiremos, el codificador parece dar especial importancia a la de la seguridad del tráfico, y de ahí nuestra interpretación del 1.279. Pero para ilustrar aún más el ambiente codificador en el sentido dicho, citaré una resolución de nuestro Centro Directivo que data, precisamente, de la época en que la labor codificadora entra en su recta final y que constituye un precioso argumento jurisprudencial en defensa de nuestra opinión: la Resolución es de 2 de noviembre de 1879 y en su primer considerando se lee textualmente: «Cualquiera que fuera la época en que don N.G.C. adquirió las nombradas fincas en virtud de contrato privado, esta adquisición, válida y eficaz en sí misma con arreglo a la doctrina de nuestras leyes, sólo produce sus efectos entre los contratantes, siendo necesario para que los produjese respecto de terceros que conste por escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad.»

Es lógico que lo reciente y novedoso de la Ley Hipotecaria de 1861 imprimiera honda huella en los civilistas de la época, inspirando no sólo al codificador, sino, como se ha visto, a la propia Dirección General en sentido muy próximo al que nosotros defendemos.

B) En el segundo aspecto de la argumentación histórica, hay que decir que las razones que la mejor doctrina aduce para justificar la conveniencia del retorno a la forma escrita en los contratos, además de los abusos a que dio lugar el sistema espiritualista absoluto, hay que buscarlas en una doble finalidad que nos pone de manifiesto Roca Sastre (21) al decir: «Se ha llegado al convencimiento de que precisamente, sólo por medio de un sistema de formas bien calculado, podría lograrse la tan deseada seguridad del tráfico y sólo por medio de estas formas se consigue la tan deseada y necesaria libertad», pues, según el propio autor, la forma es la hermana grande de la libertad contractual.

Libertad y seguridad en el tráfico son, pues, los objetivos que persigue el legislador al reinstaurar el requisito de forma en la contratación.

Y pienso que el artículo 1.279 responde a la última de estas necesidades, es decir, la de dotar al tráfico de seguridad jurídica, pues la libertad queda ya suficientemente salvaguardada por los diversos supuestos en el que el legislador impone forma con carácter ad solemnitatem; y en los demás, por el uso que de otra libertad superior pueden hacer las partes al concluir sus pactos preliminares, cual la libertad de pacto del artículo 1.255 del Código civil, según la cual pueden imponer como requisito del contrato la observancia de una determinada formalidad dotándola de los efectos que consideren oportunos.

La importancia que en general debe de dar el legislador al principio de la seguridad del tráfico jurídico se acrecienta a medida que las relaciones humanas se despersonalizan a consecuencia del hacinamiento y masificación de los colectivos humanos constituidos en comunidades jurídicas, cuyo fenómeno se dejó sentir especialmente con la revolución industrial de finales de siglo y la inmigración rural hacia los grandes núcleos urbanos. Si, por ello, dicha seguridad del tráfico debe de reputarse objetivo prioritario del codificador, no es de extrañar que se hayan dedicado preceptos tan importantes a tal objeto, elevando la defensa de los terceros a la categoría de principio general del derecho de obligaciones y contratos, extensible a la teoría general del Derecho como consecuencia de su generalización.

## 2. Sistemática

En este aspecto, y puesto que ya hemos hecho referencia a la ubicación del 1.279 en el articulado del Código así como su interpretación contrastada con otros preceptos, sólo quiero ahora ponerlo en relación con tres contratos específicos para demostrar que sus normas conducen a la tesis mantenida:

El de compraventa, el de sociedad civil y el de constitución del derecho real de prenda.

El artículo 1.450, para el primero de ellos, dice que la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor y será obligatoria para ambos si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado. Instauro el más puro sistema espiritualista para la perfección de este contrato. Pues bien. Confrontándolo con el 1.280.1, que para la venta de inmuebles exige documento público, no cabe conciliación posible entre dos normas de tan diferente signo si no es admitiendo que estén refiriéndose a aspectos diferentes de la misma realidad, y ello se induce aún más claramente de los términos empleados por el 1.450, que habla de la perfección de la venta entre comprador y vendedor, dando a entender la posible existencia de otros sujetos interesados en la relación jurídica creada por el contrato, abandonando la regulación de estos efectos frente a terceros a otras disposiciones del mismo cuerpo legal.

En tema de contrato de sociedad civil me interesa destacar cómo el Tribunal Supremo, mitigando el rigor con que se pronuncian los artículos 1.667 y 1.688 al exigir ciertas formalidades cuando se aporten a la sociedad bienes inmuebles, ha considerado reiteradamente (por todas, las sentencias de 24 de abril de 1953 y la de 28 de enero de 1957) que el incumplimiento de la exigencia de escritura pública priva al acto de fuerza para dotar al conjunto de voluntades de personalidad jurídica, pero no de fuerza obligatoria entre los contratantes, sentando una doctrina idéntica a la que defendemos; pues entre partes el contrato será obligatorio no obstante la falta de forma, produciendo esta falta solamente la inconsecución de personalidad jurídica cuyo aspecto, por definición, es el que, en el contrato de sociedad, trasciende a los terceros.

Así, el contrato sin forma obliga plenamente a los contratantes, pero en modo alguno podrán hacerse efectivas frente a terceros las obligaciones propias del contrato o, mejor dicho en este caso, las consecuencias propias del contrato como es el nacimiento de una nueva personalidad.

Y respecto del contrato de constitución de prenda, el artículo 1.865 dice que «no surtirá efectos la prenda contra terceros si no consta por instrumento público la certeza de la fecha».

El Código, en esta parte de su articulado, incurre en frecuente confusión entre el aspecto obligacional y el real de la relación jurídica; así, en el 1.863 habla de entrega como requisito para constituir el contrato, cuando debería de haberse referido al derecho, y niega efecto frente a terceros al derecho, cuando por ser de naturaleza real ello constituye un atributo de su propia esencia, debiendo de referirse aquí al contrato, como se induce además de la referencia a la certeza de la fecha, aludiendo evidentemente a la de la celebración del pacto. Por ello, supliendo los términos erróneamente utilizados, nos encontramos una vez más con otro ejemplo del criterio que sustentamos, porque lo que hace el artículo 1.865 es, en definitiva, negar eficacia frente a terceros al contrato de constitución de prenda mientras no conste por instrumento público la certeza de la fecha.

Dicho en otras palabras: se produce una secuencia en tres tiempos: pacto, escritura y entrega.

Los dos primeros entran en el ámbito de lo obligacional en su tránsito hacia lo real, como sucede con los demás supuestos del número 1 del artículo 1.280. Con sólo el pacto, éste no surte efecto contra tercero (1.865). La escritura tiene esa virtualidad, pero no la de crear el derecho real a pesar de su valor traditorio, pues el legislador ha considerado necesario en este caso que para que el derecho real nazca, por tratarse de cosa mueble, debe de mediar además

entrega efectiva de la posesión (1.863). El pacto obliga a las partes sólo y no se puede imponer a tercero, la escritura destruye la inoponibilidad y la entrega produce el nacimiento del derecho real de prenda.

### 3. Literal

En tema de interpretación literal, sólo vamos a exponer los distintos significados que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua tienen los términos efecto y efectividad empleados, respectivamente, por los artículos 1.278 y 1.279.

Así, se define el efecto como «lo que se sigue por virtud de una causa» ; en otras palabras, la consecuencia directa de lo pactado.

Y la efectividad, como «real y verdadero en oposición a la quimérico, dudoso o nominal».

De esto se sigue:

1.º Que no son términos de idéntico significado.

2.º Que puesto que del último inciso del 1.279 cabe deducir que las obligaciones a que se refiere ya son reales, verdaderas o existentes, es decir, efectivas, cuando exige al principio una determinada forma para alcanzar la efectividad, ésta no puede predicarse en relación a los que han creado el vínculo por el que ya están realmente ligados.

3.º Que si la efectividad no es predicable de los contratantes, debe entenderse referida a los demás miembros de la comunidad, pues, sustituyendo sinónimos, la expresión «para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato» resultaría sustituible por la de «para hacerlas presentes (efectivas reales o verdaderas)» o, lo que es lo mismo, imponerlas frente a quienes pretendan ignorarlas.

Bien es verdad, como observa Vázquez Bote, que «es de sobra conocido que el Código civil no es escrupuloso en la terminología» y de ahí que desde el presente punto de vista no insistamos más, dejando solamente apuntado el razonamiento expuesto.

### 4. Teleológica o finalista

En este campo aludiré a dos finalidades que pudieron ser tenidas en cuenta por el legislador al implantar los principios que examinamos, según la interpretación que de ellos defendemos:

A) Una primera, ya apuntada anteriormente, sería la necesidad de dotar de la debida protección a quienes puedan verse afectados por las relaciones jurídicas creadas por personas a las que les une cualquier tipo de vínculo. Si esto se produce, como ya se dijo, en el ámbito de los derechos reales, con normas como las del artículo 1.111 (acción pauliana), 1.291 y siguientes (acción rescisoria), 1.922 y concordantes (concurso y prelación de créditos) y la vasta normativa de la legislación hipotecaria, es obligado considerar que, demostrada la existencia del tercero obligacional, éste también deba de ser dotado de preceptos que le protejan de posibles maquinaciones fraudulentas de los contratantes.

B) Y una segunda finalidad, verdaderamente importante según el sentido expuesto de la evolución histórica, tuvo que ser sin duda la de alentar, impulsar, promover o incentivar en lo posible la formalización de los pactos, dadas las evidentes ventajas que la forma escrita, y en especial la pública, ofrece en la contratación; pues es la forma, como dice Ihering, enemiga de arbitrariedades y gemela de la libertad. Fracasado el intento de forma ad solemnitatem del Proyecto de 1851 y la de finalidad recaudatoria de la Novísima Recopilación, el codificador pretende inducir a los contratantes a la formalización por una vía indirecta: atribuyendo a su ausencia el efecto negativo que la inoponibilidad del tercero le puede acarrear.

Así soluciona el codificador la conciliación entre las dos corrientes de opinión preponderantes en 1889: la formalista, de la pandectística alemana, y la espiritualista, favorecida por iusnaturalistas y canonistas, de tanta fuerza secular en nuestra patria.

## 5. Doctrinal

Desde el punto de vista doctrinal, la teoría defendida esta noche no es nueva entre nuestros autores.

Ya hemos dicho al principio que existe recientemente una corriente de opinión que ve en la forma del artículo 1.279 un instrumento de protección de terceros.

Así lo han apuntado juristas de la talla de Rodríguez Adrados y Díez-Picazo.

El primero dice textualmente: «a llamar la atención sobre los terceros en Derecho Notarial está también dedicado nuestro trabajo, pues no debe de olvidarse que precisamente en interés de los terceros exige en general el Código la intervención notarial», aludiendo acto seguido al 1.280 para demostrar este aserto.

Y Díez-Picazo (22) manifiesta que: «Los contratos a que se refiere el artículo 1.280 existen entre las partes, y las partes, para su plena eficacia, pueden compelerse recíprocamente a llenar el requisito de forma. La forma parece, sin embargo, exigible para que tales contratos puedan ser eficaces respecto de terceros.»

Desgraciadamente, ninguno de estos dos grandes juristas desarrollan la doctrina apuntada, al menos en los textos de donde he extraído las afirmaciones expuestas.

Quien sí lo hace, aunque tampoco como tema central de su trabajo, y cuyas conclusiones admite recientemente sin paliativos Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, es Alvaro Calvo Soriano en su trabajo La unidad de acto y el otorgamiento sucesivo, ponencia pronunciada en el II Congreso Internacional del Notariado Latino, haciendo una apretada e interesante defensa de la tesis mantenida, pero sin desarrollarla extensamente por no ser el motivo central de su obra.

Difiero en diferentes puntos de las conclusiones del mencionado autor, pero estos nombres y la autoridad doctrinal que representan sirven a este humilde jurista como argumento último y quizás más sólido para disculpar su atrevimiento.

Muchas gracias.

-----  
(1) Sin desconocer los importantes matices que separan los conceptos «forma solemne» y «forma constitutiva», los utilizaremos indistintamente a lo largo del trabajo, contraponiéndolos al bloque de «forma del artículo 1.279» a la que no damos denominación específica por constituir la investigación de su significado el objeto de esta conferencia.

(2) Federico de Castro: «El negocio jurídico», en Colección Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, tomo X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pág. 282.

(3) Peña Bernaldo de Quirós: «El Anteproyecto del Código Civil español», en Colección del Centenario de la Ley del Notariado, Sección 4.a, Fuentes y Biografía, volumen I, ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1965, páginas 10 y ss.

(4) Mucius Scaevola: Código Civil comentado y concordado, tomo XX, Madrid, 1904, pág. 804.

(5) Clemente de Diego: Instituciones de Derecho civil español, tomo II, imprenta de Juan Preyo, Madrid, 1930, pág. 85.



- (6) Tirso Carretero: «Retornos al Código Civil», R.C.D.I., núms. 406 y 407 (1962), páginas 227 y ss.
- (7) Pérez González y Alguer, recogidos por J. Castán Tobeñas: ob. cit., página 283.
- (8) Federico de Castro: ob. cit., pág. 283.
- (9) Roca Sastre: Estudios de Derecho privado, vol. I, ed. R.D.P., Madrid, 1948, páginas 105 y ss.
- (10) Manresa: Comentarios al Código Civil, tomo VIII, págs. 655 y ss.
- (11) R. Núñez Lagos: «Valor jurídico del documento notarial», A.A.M.N. (1943), tomo I, págs. 393 y ss.
- (12) González Palomino: Instituciones de Derecho notarial, pág. 105.
- (13) M. Hermida Linares: «Interpretación de los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código Civil», R.C.D.I., núm. 304 (1953), pág. 643.
- (14) A. Calvo Soriano: «La unidad de acto y el otorgamiento sucesivo», en Publicaciones del II Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, tomo III, Madrid, 1950, págs. 30 y ss.
- (15) I. Lora Tamayo Rodríguez: «Seguridad jurídica del contrato», R.D.N., número 116 (1982), pág. 84.
- (16) Díez-Picazo: Fundamentos de Derecho civil patrimonial, vol. I, 1.\* ed., Tecnos, Madrid, 1979, pág. 176.
- (17) Rodríguez Adrados: «Escrituras contraescrituras y terceros», A.A.M.N. (1959), tomo XXII, vol. II, pág. 238.
- (18) Von Thur: Tratado de las obligaciones, tomo I, Madrid, 1934, pág. 169.
- (19) R. Núñez Lagos: ob. cit., pág. 392.
- (20) Díez-Picazo: ob. cit., págs. 264 y ss.
- (21) Roca Sastre: ob. cit., pág. 45.
- (22) Díez-Picazo: oh. cit., pág. 176.