

La eficacia de los derechos patrimoniales

RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

RESUMEN

La clásica y útil división de los derechos patrimoniales en derechos reales y derechos de crédito, siempre debatida, está sufriendo una trascendental relativización tanto en la doctrina como en la jurisprudencia españolas. Desde variados argumentos, algunos autores y sentencias propugnan cierta permeabilidad o indefinición en los límites que han identificado tradicionalmente la diferente eficacia entre los derechos reales y los de crédito. En especial, se defiende que el criterio decisivo para determinar dicha eficacia viene dado por el conocimiento que el tercero alcance sobre el derecho, y no por su naturaleza. Ello representa una profunda e indebida alteración de las bases del Derecho patrimonial español, desde consideraciones equivocadas sobre la trascendencia del principio de buena fe, que denota además una incorrecta comprensión acerca del alcance de la oponibilidad e inoponibilidad registral.

PALABRAS-CLAVE

Derechos patrimoniales: eficacia. Derecho real. Derecho personal. Oponibilidad. Inoponibilidad. Relatividad de los contratos.

ABSTRACT

Some Spanish legal literature and case law are trying to rework and blur the classical and useful distinction between proprietary and personal (credit) rights. Grounded on different legal arguments, some judgments support a sort of ambiguity on the different efficacy of those rights. The keynote for the

distinction, according to this case law, would be the knowledge of the third parties on the right's efficacy and not in their own legal nature. This approach would mean a deep and wrong change in the Spanish Patrimonial Law and a misunderstanding of the effects of good faith and the meaning of the publicity granted by registration in the Land Registry.

KEY-WORDS

Patrimonial rights: efficacy. Rights in rem. Proprietary rights. Personal Rights. Opposability. Non-opposability. Relativity or privity of contract.

SUMARIO: I. *La clásica bipartición de los derechos patrimoniales: derechos reales versus derechos de crédito.*—II. *La relativización de la distinción:* 1. La lesión del crédito por tercero. 2. La oponibilidad del contrato.—III. *La eficacia de los derechos patrimoniales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo:* 1. El principio de relatividad del contrato como criterio de resolución de conflictos. 2. La mención a la eficacia refleja, mediata o indirecta de los contratos. 3. La situación jurídica de los adquirentes de bienes a título singular respecto del contrato de su *tradens*: A) El contrato de adquisición de su *tradens* como fuente de derechos para el tercero. B) El contrato de adquisición de su *tradens* como fuente de obligaciones para el tercero. 4. La relevancia del conocimiento de los derechos reales. 5. La incidencia sobre el derecho de propiedad. 6. El contraste con el tratamiento del embargo y sus consecuencias.—IV. *A modo de conclusión.*

I. LA CLÁSICA BIPARTICIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES; DERECHOS REALES VERSUS DERECHOS DE CRÉDITO

La tradicional división de los derechos patrimoniales en derechos reales y derechos personales es uno de los tópicos jurídicos más reiterados, lo cual induce a asumir su necesidad, pero al mismo tiempo más discutidos.

Didácticamente, toda introducción al Derecho civil patrimonial empieza por distinguir los diferentes poderes de que el Derecho inviste a las personas para satisfacer sus intereses con contenido económico. No es otro el punto de partida de la distinción, que simplemente constata cómo tales intereses pueden atenderse bien con la mediación de la conducta de otra persona, bien con la actuación directa que el titular del derecho puede legítimamente desarrollar sobre el objeto de éste. En el primer caso, el Derecho debe

articular correcta y justamente las relaciones de cooperación entre las personas; en el segundo, los instrumentos de atribución de los bienes. Esta aproximación finalista a las dos categorías de derechos demuestra que el interés por su distinción no reside en un mero empeño teórico o académico, sino que descansa sobre consideraciones objetivas y realistas¹.

Como es sabido, dicha clasificación hunde sus raíces en el Derecho romano, donde halló expresión en la contraposición entre las *acciones in personam* e *in rem*, según existiera o no, frente a la pretensión del demandante, una previa obligación del demandado. Así, las acciones personales, dirigidas frente a la persona concreta y determinada del deudor, cuyo nombre aparecía ya en la *intentio* en el procedimiento formulario del Derecho clásico, contenían una condena a la realización de una conducta, a la que previamente el demandado se hallaba obligado. Todo lo contrario sucedía en las acciones reales, dirigidas a la defensa de la pertenencia o integridad de una cosa frente a cualquiera que, no ligado con el demandante por una previa obligación, entorpecía su disfrute.

Posteriormente, los glosadores y post-glosadores tradujeron en términos de *ius* estas posibilidades de actuación jurídica que, desarrolladas por los juristas sistemáticos del siglo XVI, son asumidas por la doctrina anterior a la Codificación y por ésta misma, que la recibe en los Códigos².

Ahora bien, desde mediados del siglo XIX surgen teorías críticas con la visión clásica de la distinción entre tales derechos, elaborada a partir de las concepciones romanas y centrada en el objeto de los mismos y en su contenido (elemento interno). Estas doctrinas críticas parten de la inter-personalidad de toda relación jurídica para negar la inmediatez como elemento estructural del derecho real. Consecuentemente, estas nuevas tesis centran en su absolutividad o eficacia *erga omnes* la caracterización de tales derechos (así, von Thurn). Desde esta aproximación subjetivista o personalista no llega a negarse totalmente la diferenciación entre los derechos reales y los personales: sí se afirma la identidad de su estructura, pero siguen admitiéndose las diferencias en su caracterización. Efectivamente, el derecho real presenta según estas tesis un contenido negativo, consistente en excluir a su titular de la prohibición general de abstención sobre la cosa que recae sobre los demás suje-

¹ En este sentido, Díez PICAZO afirma que la clasificación encierra un problema económico y social, pero también de técnica jurídica, *vid. Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo III, 4.ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 1995, p. 68.

² Como se menciona en el texto, no hay manual de derechos reales que no principie la exposición con una referencia, más o menos extensa, al origen y desarrollo de las *acciones in rem* e *in personam*; como ejemplo y por todos, *vid. Díez PICAZO, Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., p. 60.

tos (todos los no titulares). El titular, así, actuaría sobre la cosa no en virtud de un poder jurídicamente reconocido, sino porque a él no le afecta el deber general de abstención que para esta explicación conforma el contenido del derecho real (Winscheid). Desde esta aproximación personalista al derecho real, las diferencias con el de crédito se mantienen no tanto en cuanto a su estructura sino en cuanto a su desenvolvimiento concreto. Porque en esta tesis, la relatividad del derecho personal o de crédito, cuyo sujeto pasivo es determinado, se contrapone a la absolutividad del real cuyo sujeto pasivo es indeterminado. Además, en los derechos de crédito, la pretensión del titular puede tener contenido positivo o negativo, mientras en los reales sólo negativo, hasta su violación, que se convierte en una obligación de indemnizar positiva. Y, por último, el deber en que consiste el derecho real se entiende de naturaleza pública, universal y general, características todas ellas contrapuestas al deber que recae sobre el deudor en el derecho de crédito³.

Con posterioridad surgen las llamadas tesis intermedias, a finales del siglo XIX, que asumiendo parte de las objeciones opuestas a la doctrina clásica por la obligacionista, manifiestan también la artificiosidad de algunas de sus consideraciones. Estas tesis intermedias reafirman las diferencias estructurales entre los derechos de crédito y los reales al distinguir en éstos dos elementos, interno y externo. En virtud del primero, los derechos reales procuran a su titular inmediatividad o inherencia sobre la cosa, esto es, tutelan un poder jurídico que faculta al titular para dirigirse directamente sobre la cosa y obtener la satisfacción de su interés sin la intermediación de la conducta de otra persona. La extensión del poder del titular sobre la cosa identifica el contenido del derecho y su tipología, lógicamente de manera positiva y no negativa. Si el elemento interno considera las posibilidades de actuación del titular, el externo atiende a la eficacia del derecho respecto a quienes no son su titular. Se dice así que los derechos reales tienen eficacia *erga omnes*, oponibilidad *erga omnes*, absolutividad, reipersecutoriedad, haciendo referencia con todos estos términos a la posibilidad del titular de obtener la tutela de su derecho frente a cualquiera que entre en contacto con la cosa. La oponibilidad estructural del derecho real, así, consiste en la posibilidad de exigir de cualquier sujeto el respeto al poder que otorga el derecho real, porque cualquiera puede vulnerarlo. En contraposición, el derecho de crédito tutela un poder del acreedor consistente en la posibilidad de exigir una

³ Para una exposición detenida de la doctrina obligacionista de los derechos reales, por todos, *vid.* HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial CEURA, 1983, pp. 23 ss. y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Derecho real o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, Cedecs, 1998, pp. 28 ss.

determinada conducta o abstención de un deudor concreto. La vinculación creada así por el derecho de crédito es relativa, por cuanto sólo al deudor incumbe la posibilidad de incumplir la prestación objeto del derecho. Así, se afirma que los derechos de crédito son inoponibles a terceros, por cuanto no cabe exigir de éstos su cumplimiento.

Esta es la tesis que puede calificarse de mayoritaria en España, ya desde principios del siglo xx. Los autores presentan en sus exposiciones diferencias de matiz, relativas a cuál de los dos elementos resulta más determinante y característico para la identificación de los derechos reales, si el interno o el externo⁴, pero prácticamente todos los manuales inician la exposición del Tratado de los derechos reales con su identificación a partir de dichos elementos y en contraposición con los derechos de crédito⁵.

Ciertamente, también ha habido voces en España contrarias a la distinción, bien por negarla directamente, bien por advertir sobre los peligros de extremar la contraposición real/personal, dada la existencia de indudables zonas oscuras. Las objeciones y reticencias frente a las dos categorías tradicionales se han pronunciado desde distintos flancos. En estas páginas vamos a centrar nuestra atención sobre dos, por su clara interrelación.

II. LA RELATIVIZACIÓN DE LA DISTINCIÓN

1. LA LESIÓN DEL CRÉDITO POR TERCERO

Algunos autores critican la división clásica de los derechos patrimoniales al observar que también los terceros pueden lesionar el derecho de crédito, lo cual contrariaría la supuesta inoponibilidad frente a tercero de tales derechos personales. Es la opinión sostenida, por ejemplo, por Vallet de Goytisolo, quien en los años 60

⁴ Así, por ejemplo SÁNCHEZ ROMÁN observa que la radical diferencia entre unos y otros derechos viene dada por la consistencia del poder del sujeto activo, *vid. Estudios de Derecho Civil*, tomo III, 2.^a ed., Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1891, pp. 8 ss.; HERNÁNDEZ GIL, por el contrario, considera que ambos datos son concluyentes y no consecuencia uno de otro, porque cubren zonas diversas, *ob. cit.*, p. 41. Últimamente, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA ha insistido en la necesidad de volver a la visión clásica del derecho real, incidiendo en la inmediatez como característica esencial de la que se deriva la absolutividad, *ob. cit.*, pp. 291 ss.

⁵ *Vid.* por todos, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, 2.^a ed., tomo III, vol. 1.º, Barcelona, Bosch, 1971, pp. 6 ss.; Díez-PICAZO, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, 6.^a ed., Madrid, Tecnos, 1999, pp. 31 ss.; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derechos Reales*, vol. I, Granada, Comares, 2005, p. 19; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil III. Derechos reales*, vol. I, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 1 ss.

del pasado siglo tilda la distinción de idealista, conceptualista e inútil⁶. Entre otras quiebras denunciadas, Vallet de Goytisoló advierte que el deber general de respeto de cualquier derecho, real o personal, que incumbe a toda persona, niega la supuesta relatividad del derecho de crédito, y entiende además que entre tal deber que incumbe a cualquier tercero a una obligación y el existente frente a un derecho real no existe diferencia verdadera⁷.

Ahora bien, aceptar que un tercero distinto al deudor también puede lesionar un derecho de crédito no conduce ineludiblemente a la negación de la distinción entre éste y el derecho real. De hecho, la afirmación de que el deber general de respeto (o la obligación universal negativa) coexiste junto al deber privado del deudor de cumplir la prestación ha acompañado la clasificación real/personal desde sus albores. Así lo declara la doctrina medieval tardía del Derecho común, por influencia del Derecho natural⁸, y así lo afirman los teólogos juristas españoles⁹, con fundamento en el principio *non nemi-nem laedere*. Y ya con posterioridad al Código, Sánchez Román enuncia una completa tabla de paralelismos entre los derechos reales y los de crédito advirtiendo que la acción real defensora de los primeros y la personal de los segundos se acompaña, en ambos casos, de la acción general para pedir el respeto al propio derecho, consecuencia de la obligación de todos de respetar los derechos ajenos¹⁰. Idénticas consideraciones ofrecen De Castro y Bravo¹¹, Lacruz Ber-

⁶ VALLET DE GOYTISOLO, «La distinción es tan relativa y tiene tantas quiebras que no puede extraerse de ella ninguna consecuencia suficientemente sólida para aplicarla a la realidad, como si aquella conclusión fuera de un valor absoluto»; «Determinación de las relaciones jurídicas respecto a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero», en *Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, pp. 151 s.

⁷ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, *loc. cit.*, p. 134.

⁸ Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ob. cit.*, p. 259.

⁹ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, *loc. cit.*, pp. 135 s.

¹⁰ Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, tomo III, p. 12. Por ilustrativas, no me resisto a la cita de las siguientes palabras del autor: «todo derecho, en el propio sentido de la facultad en que le venimos usando, es correlativo de una obligación de cuyo cumplimiento se deducen las notas de su utilidad y eficacia; pero esta obligación es de dos especies: general o individual. General, en cuanto todos los asociados están en la precisión de respetar, de no oponer trabas al ejercicio del derecho de los demás: individual, porque existen relaciones jurídicas en las cuales, además de esta obligación colectiva, producto sólo del hecho social, concurre una particular y concreta que pesa sobre un sujeto determinado, a quien únicamente es imputada y referida, el cual ha de realizar ciertos actos, sin los que no se lograría la efectividad del derecho, o no se cumplirían los fines jurídicos para los que se estableció la relación. [...] La prestación colectiva es propiamente pasiva, de puro respeto, de mera abstención, genérica, indirecta y tácita: la prestación individual es afirmativa, directa, específica y expresa. Ahora bien; prescindase de la obligación general y colectiva, corolario preciso del hecho social que concurre en todas las relaciones jurídicas y es condición necesaria al goce y desarrollo de toda clase de derechos, y se apreciará perfectamente la diferencia», p. 7.

¹¹ DE CASTRO Y BRAVO, «Es cierto que los derechos absolutos suponen la exclusión general de todos los que no sean sus sujetos, respecto de su contenido; pero ello no es algo peculiar de esta clase de derechos, sino que es el efecto normal producido por la creación de cualquier situación jurídica: el de que todos deben respetarla. Los derechos absolutos

dejo¹² y Hernández Gil¹³. Pero no hay en esa exigencia general de respeto confusión con la reipersecutoriedad sobre la cosa propia de la acción real.

Efectivamente, el contenido y el fundamento respectivo de la acción real, de la personal y de la general de respeto a la esfera jurídica ajena se hallan totalmente diferenciados. La acción personal pretende el cumplimiento de la prestación en que consiste el crédito, y sólo puede exigirse al deudor, con fundamento en la vinculación por éste asumida en la obligación. La acción real defiende la integridad (física y jurídica) de la cosa, y como consecuencia de la reipersecutoriedad del derecho, puede ejercitarse frente a cualquiera que la comprometa. Ambas se fundamentan en el derecho subjetivo mismo, y suponen el ejercicio judicial del poder en que aquél consiste. En cambio, la acción consecuenta a la infracción del deber general de respeto no es manifestación misma del derecho real o personal, en ningún caso, sino de una obligación de indemnizar, ajena y posterior a aquél, en que ha incurrido quien por su conducta culposa ha causado un daño¹⁴. El fundamento de la acción es este daño, por ende, y se inscribe en el amplio ámbito de la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Por ello, el criterio de imputación para la procedencia de la indemnización habrá

suponen, además, la concesión de un poder inmediato sobre un objeto, que queda, por ello, jurídicamente vinculado al sujeto. Es precisamente para mantener esta situación por lo que el Derecho crea la obligación general de respeto. Las leyes caracterizan, por ello, los derechos según las facultades que contienen y no por las limitaciones que imponen a la generalidad», *El negocio jurídico*, reed., Madrid, Civitas, 1991, p. 590. Y luego, en relación con los derechos de crédito: en ellos «existe, junto con el deber general de respeto al derecho subjetivo, una persona especialmente obligada», p. 591.

¹² LACRUZ BERDEJO, «Claro que el derecho real es también vinculación entre personas, como lo es todo derecho, pero de naturaleza distinta. En el derecho de crédito, además de la obligación de todos y cada uno, indeterminada y de Derecho público, de respetar la integridad del prójimo y su patrimonio, existe un deber privado del deudor, de observar determinada conducta, surgido de una concreta autorregulación de intereses: faltaría al deber público y habría de indemnizar quien perjudicase el crédito no siendo deudor (atropella y mata al pintor que debía el cuadro, o ayuda al deudor a ponerse en situación de insolvencia o eludir el pago), pero no sería él quien incumpliera la deuda, lo cual sólo es posible al deudor; y la pretensión de reparación no se actuaría invocando el derecho de crédito lesionado, sino el derecho nacido frente al culpable a consecuencia del daño sufrido por el acreedor impagado (responsabilidad aquiliana)», *Elementos de Derecho civil*, tomo III. vol. 1.º, Barcelona, Bosch, 1990, p. 15.

¹³ HERNÁNDEZ GIL, «El que el derecho de obligaciones sólo sea exigible del deudor no quiere decir que no quepa la lesión del mismo por un tercero y el ejercicio por el perjudicado de la acción consiguiente. [...] La reparación es exigible del tercero. Pero en cuanto a él no cabe actuar invocando el derecho de crédito lesionado, sino que ha de esgrimirse el nuevo derecho de crédito nacido, precisamente frente a él, por la lesión experimentada», *ob. cit.*, p. 44.

¹⁴ Frente a la clara separación existente entre la determinación del deudor en los derechos de crédito y la indeterminación del sujeto pasivo del derecho real, afirma HERNÁNDEZ GIL, «No ocurre lo mismo con las obligaciones derivadas de los actos ilícitos, en cuyo caso el deudor, dentro de la colectividad, se determina e identifica a través del acto de la transgresión; la transgresión es la que funda el derecho de crédito; falta un derecho precedente», *ob. cit.*, p. 44.

de ser, en nuestro Código, el de la culpa del artículo 1902 CC, cuando menos, si no otro más cualificado o exigente, según veremos más adelante.

Evidentemente, el deber general de respeto, o la obligación pasiva universal, no constituye el envés de un derecho: nadie incluye entre su haber el derecho a exigir el respeto a sus titularidades jurídicas, ni en su pasivo la obligación de respetar los derechos ajenos. Sólo cabe identificar el contenido y la naturaleza de los derechos a partir de los poderes que confieren a sus titulares, y la obligación pasiva universal no se encuentra en esta órbita, sino que es un presupuesto, un *prius* sobre el que se asienta el ordenamiento jurídico mismo. De ahí que asumir que también los derechos de crédito generan tal deber no conduzca necesariamente a la negación de la diferencia estructural entre aquéllos y los derechos reales. El deber general de respeto nos coloca en una órbita tan genérica como la del principio *non neminem laedere* y, por ende, en la tutela aquiliana del derecho de crédito, pero no necesariamente ante la negación de sus diferencias con el derecho real. De hecho, no todos los autores que admiten dicha tutela del crédito ante su lesión por tercero concluyen negando su diferencia estructural con el derecho real.

Por otra parte, debe advertirse que la admisión de tal tutela del crédito no puede calificarse, en nuestro Derecho, de pacífica, aunque sí de generalmente admitida¹⁵. El tema es controvertido porque su admisión exige superar obstáculos ligados a cuestiones tan básicas como la relatividad del contrato, la inoponibilidad frente a tercero de los derechos de crédito, la falta de notoriedad de estos derechos, el posible solapamiento de esta protección con la otorgada a los derechos reales (así cuando el tercero daña la cosa debida), así como disfunciones con preceptos concretos como el artículo 1186 CC¹⁶. Bien visto, estos obstáculos comparten como fondo cierta prevención contra la extensión del derecho de crédito al campo de la eficacia propia de los derechos reales.

Muy brevemente, la doctrina favorable a la tutela aquiliana del crédito ha entendido salvados dichos obstáculos con los siguientes argumentos. En primer lugar, la relatividad del contrato se entiende

¹⁵ Por todos, en este sentido, *vid.* DUALDE, «Todavía sobre el concepto de tercero», *R.D.P.*, 1947; GULLÓN BALLESTEROS, «En torno a los llamados contratos en daño de tercero», *R.D.N.*, 1958, (abril-junio), pp. 111-160; VATTIER FUENZALIDA, «La tutela aquiliana de los derechos de crédito», en *Libro Homenaje al Prof. J. Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 851; y PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2005.

¹⁶ En este sentido, *vid.* GULLÓN BALLESTEROS, *loc. cit.*, p. 147; GIL RODRÍGUEZ, en *Manual de Derecho civil*, tomo II, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 281-283, y MORALES MORENO, en el prólogo a PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana...*, *cit.*, pp. 19 ss.

compatible con la oponibilidad del mismo, bajo ciertas condiciones, a los terceros. Lo cual termina conduciendo a la oponibilidad, si no general, sí bajo tales condiciones, de los derechos de crédito. En segundo lugar, la falta de notoriedad de los derechos de crédito exige que para admitir su tutela aquiliana sea presupuesto imprescindible el *conocimiento* adquirido por el tercero del crédito que con su actuación vulnera. De manera que sólo quien *antes* de actuar conoce que su actuación comporta la vulneración de un derecho ajeno, responde del daño causado por aquélla. El conocimiento, así, se equipara a la mala fe, y ésta se convierte en el criterio de imputación para la responsabilidad del tercero infractor: esta mala fe se identifica con la culpa del artículo 1902 CC. Por último, el posible solapamiento entre la tutela de los derechos reales y los de crédito se supera señalando el carácter subsidiario de la responsabilidad aquiliana y advirtiendo sobre la existencia de diferentes medios de tutela que responden a las diferentes pretensiones de posible articulación¹⁷.

La argumentación dirigida a salvar los obstáculos existentes termina conduciendo al fundamental campo de los presupuestos o requisitos de aplicación de la responsabilidad aquiliana del tercero, según ha podido verse. En este punto, los autores coinciden en reconocer la necesidad de proceder de forma restrictiva, a fin de no abrir un indeseable reducto de inseguridad jurídica¹⁸. Y así, Gullón Ballesteros limita su aplicación a los que denomina «contratos en daño de tercero»: «aquellos en los que un tercero [...] recibe un daño como consecuencia de un contrato, bien sea esa consecuencia querida por las partes que han celebrado el contrato precisamente para producirla, bien se haya producido sin esa intención dolosa»¹⁹. Otros autores adoptan una visión más amplia y genérica, advirtiendo que aunque la heterogeneidad de los supuestos impide su tratamiento unitario, la lesión del crédito ajeno por el tercero puede ser directa, indirecta o en colaboración con el deudor²⁰. Se señala además la necesidad de que la conducta desarrollada por el tercero sea positiva y no de mera abstención, que produzca efectivamente un daño, y que entre aquélla y éste exista relación de cau-

¹⁷ Así, *vid.* GULLÓN BALLESTEROS, *loc. cit.*, pp. 130-132.

¹⁸ Así, GULLÓN BALLESTEROS muestra su preocupación por «que los contratos en perjuicio de tercero se conviertan en cómodo reducto al que se acuda para huir de las dificultades que surgen de la debida caracterización de algunos institutos jurídicos», *loc. cit.*, p. 112 y PÉREZ GARCÍA, desde su tesis claramente favorable, declara: «el reconocimiento de este supuesto de responsabilidad debe realizarse de manera restrictiva y debe construirse con gran cuidado, no sólo por la no oponibilidad de los derechos de crédito frente a los terceros, sino también por la no cognoscibilidad, con carácter general de esta clase de derechos por los terceros», *ob. cit.*, p. 452.

¹⁹ GULLÓN BALLESTEROS, *loc. cit.*, p. 115.

²⁰ *Vid.* por todos, PÉREZ GARCÍA, *ob. cit.*, pp. 131 ss.

salidad. Aún con mayor concreción, se requiere que la posición jurídica alcanzada por el tercero a través del contrato celebrado sea incompatible con la satisfacción del crédito cuya tutela aquiliana se pretende. Finalmente, y como presupuesto más importante, se advierte que el criterio de imputación no puede ser la culpa genérica del artículo 1902, como sinónimo de falta de diligencia, sino una culpa cualificada, consistente en el conocimiento previo al contrato de la existencia de un derecho de crédito ajeno cuya satisfacción aquél viene a imposibilitar.

Ciertamente, éste es el punto más candente de esta responsabilidad, y en el que resulta de interés contemplar cómo se ha planteado la cuestión en el Derecho comparado. En primer lugar, cabe establecer una distinción entre países que admiten la tutela aquiliana del derecho de crédito frente a su lesión por tercero, y los que no. Los argumentos empleados en cada bloque coinciden con los expuestos hasta el momento en referencia al Derecho español. Por la admisión se inclinan en la actualidad Francia, Bélgica e Italia, desde la afirmación del deber general de respeto al derecho ajeno, la oponibilidad del contrato, la formulación legal abierta o atípica de la responsabilidad extracontractual y la exigencia de conocimiento del derecho ajeno por el tercero como criterio de atribución asimilable a la culpa. En este último punto, en Francia existe cierta polémica por cuanto parte de la doctrina sostiene la necesidad de exigir un criterio de imputación cualificado: el acuerdo fraudulento entre el tercero y quien previamente contrató con el acreedor ahora lesionado.

En la posición contraria se alinean ordenamientos que formulan una aproximación típica a la responsabilidad extracontractual, ligada a la vulneración de derechos absolutos y no relativos, que defendiendo la relatividad del contrato niegan la existencia de un deber general de respeto atinente a los derechos de crédito. Es el caso de Alemania y Suiza. Ahora bien, incluso estos países admiten, como excepción, la responsabilidad del tercero que en connivencia con el deudor contrata con éste o le incita a incumplir el contrato primero. En estos casos se aprecia una conducta dolosa contraria a las buenas costumbres que sí ocasiona una obligación de resarcir²¹.

Por consiguiente, se llega así a un punto de encuentro de todos los ordenamientos europeos, incluido el nuestro. Cuando un tercero contrata con un deudor previamente vinculado con otro acreedor, con la voluntad de defraudar el interés de éste, a sabiendas de que este nuevo contrato imposibilita el cumplimiento del primero, el acreedor original puede dirigirse frente al tercero. El acuerdo termi-

²¹ Vid. los resúmenes ofrecidos por PÉREZ GARCÍA, *ob. cit.*, pp. 48-78 y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ob. cit.*, p. 260 notas 20 y 21.

na al precisar cuál es el fundamento legal de esta acción: para unos, radicaría en la lesión del derecho de crédito y en su posible tutela aquiliana, según se ha expuesto; para otros, en la represión del fraude en cuanto conducta contraria a las buenas costumbres²².

Resuelto el problema con fundamento en la existencia de fraude, la separación entre los derechos reales y los de crédito se mantiene con mayor nitidez. Con menor nivel de exigencia, el mero conocimiento del derecho de crédito ajeno como criterio de imputación de la responsabilidad extracontractual del tercero, aunque según se ha dicho no conduce necesariamente a la negación de la distinción entre los derechos reales y los de crédito, *de facto*, sí aproxima su desenvolvimiento práctico. Máxime al tener en cuenta que la indemnización del artículo 1902 CC puede traducirse no sólo en una cantidad de dinero, sino también en la entrega de cosa específica, cuando ése fuera el contenido del crédito lesionado entre el deudor y el tercero. El contrato de opción de compra ofrece el ejemplo más socorrido: cuando el propietario del bien lo vende a tercero sabedor éste de la existencia del contrato que vincula a aquél con el optante, según lo expuesto, éste podrá dirigirse contra el tercero y exigirle no una indemnización pecuniaria, sino la venta del bien en las condiciones concertadas con el concedente de la opción. Y ello, aun partiendo de la configuración de tal derecho de opción como personal: aparentemente, la diferente eficacia de los derechos personales y los reales se desdibuja. El titular de la opción no tiene acción real y su derecho carece de reipersecutoriedad, sin lugar a dudas su pretensión tiene naturaleza personal, al consistir en la posibilidad de exigir del tercero la realización de una conducta, pero a efectos prácticos, consigue alcanzar la cosa²³.

Sin embargo, una consideración más técnica del tema permite no sólo mantener la división tradicional de los derechos patrimoniales, sino distinguir sus efectos y presupuestos con las habituales consecuencias prácticas. Esto es, la posible tutela aquiliana del derecho de crédito constituye una defensa del acreedor que completa la nacida del crédito en cuanto cada una cubre ámbitos diferentes. Aquélla puede

²² Así, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, firme negador de la posible tutela aquiliana del crédito con fundamento en la diferencia estructural entre éste y el derecho real, admite como excepción la «interferencia contractual nociva de tercero frente a un contrato anterior», pero advierte que su tutela no viene dada desde la órbita de la responsabilidad extracontractual por lesión del derecho de crédito, sino desde la lucha contra el fraude: «En virtud del principio *fraus omnia corrumpit*, la ley no puede tolerar manifestación fraudulenta alguna que dañe a un acreedor. Y esto no por ningún pretendido deber negativo universal de abstención extendido a los derechos de crédito ni de los principios de la culpa aquiliana, sino por virtud de otro concepto de lo ilícito, fundado en una conducta inspirada en el fraude»; «El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero», *R.J.C.*, 1962, p. 601.

²³ PÉREZ GARCÍA, «En la práctica, la reparación *in natura* puede producir efectos parecidos a la oponibilidad que resulta de los derechos reales», *ob. cit.*, p. 445.

ejercitarse frente a quien por no ser deudor no está vinculado, ni por ende obligado a cumplir; el principio *neminem laedere* fundamenta una responsabilidad extracontractual nacida del daño generado al acreedor y sometida a sus presupuestos, con una especial atención a la apreciación de la culpa. La tutela del acreedor surgida del crédito se dirige frente al deudor a través de las acciones de cumplimiento y de responsabilidad contractual, sometidas a sus propios presupuestos. En ambos casos nos hallamos ante pretensiones de carácter personal, pero la ostentada frente al tercero no surge del crédito, tiene un origen independiente. En cambio, las pretensiones frente a cualquiera que niegue, perturbe o vulnere un derecho real, surgen de él mismo, de su natural eficacia *erga omnes*, nunca de hechos en los que resulte determinante la intencionalidad del tercero.

Frente a esta última afirmación podrá alegarse que la buena o mala fe también es relevante para determinar la eficacia propia de los derechos reales. Y ciertamente, así es, pero sólo *excepcionalmente*, para dibujar *no* su ámbito normal de eficacia, sino el de su especial *ineficacia*. O sea, la general afección de los terceros al derecho real se excepciona para establecer que, frente a un tercero concreto, tal derecho no puede oponerse, por haber ganado aquél una protección adicional que requiere, siempre, de su buena fe, o sea, de su ignorancia no culpable. La intencionalidad del tercero no es así un requisito de oponibilidad, sino de *inoponibilidad*.

Al margen de estas apreciaciones, el conocimiento del derecho ajeno parece haberse constituido, en piedra angular de la doctrina de la general oponibilidad de los derechos, con independencia de su carácter real o personal. Que encuentra apoyo, además de en las consideraciones expuestas ligadas al deber general de respeto del derecho ajeno, en la doctrina de la oponibilidad del contrato. De modo que esta doctrina viene a ser el desenvolvimiento natural de la afirmada tutela aquilina del derecho de crédito. Veámoslo.

2. LA OponIBILIDAD DEL CONTRATO

La genérica obligación de respetar el derecho ajeno, con independencia de cuál sea su naturaleza, se halla también en la base de la doctrina de la oponibilidad del contrato. Que desarrollada sobre todo en Francia, donde ha recibido mayor atención y aporte dogmático, ha sido recibida en España por los autores y la jurisprudencia. Interesa destacar que la afirmación de la oponibilidad del contrato no viene a negar, ni a excepcionar siquiera, el principio de relatividad del mismo. En puridad de conceptos, la oponibilidad del contrato completa dicho principio básico en la descripción de la eficacia contractual.

Efectivamente, ésta puede abordarse desde ámbitos o perspectivas distintas. La identificada por la regla *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest* atiende a la perspectiva interna, limitada a las partes contratantes, y se refiere a sus efectos normativos y constitutivos o de vinculación. Consecuencia del principio de autonomía de la voluntad, implica que los derechos y deberes derivados del contrato se aplican con exclusividad entre las partes que lo celebraron. Si la descrita suele denominarse eficacia directa del contrato, cabe distinguir de ella la eficacia indirecta, refleja o de oponibilidad, términos que algunos autores emplean como sinónimos, aunque otros diferencian matizadamente. Este es el ámbito de afección de los terceros por el contrato: dado que incide en la realidad y la cambia, también quienes no han intervenido en él pueden resultar afectados por su celebración. Por consiguiente, las partes pueden oponer el contenido del contrato frente a los terceros.

Según puede verse, la oponibilidad del contrato no es sino otra forma de afirmar el deber general de respeto por las situaciones y derechos ajenos. Frente a la vinculación directa del contrato que como fuente de obligaciones permite al acreedor exigir una conducta o una abstención del deudor, la oponibilidad de aquél no comporta sino la obligación general de abstención y no vulneración de los derechos ajenos, y nos conduce de nuevo al ámbito de la responsabilidad extracontractual²⁴. La escasa doctrina española que se ha ocupado con algún detenimiento de la cuestión presenta entre sí algunas diferencias importantes, según se expondrá seguidamente, pero coincide en señalar, con la jurisprudencia, como supuesto más interesante de esta oponibilidad del contrato la posibilidad de impugnar el contrato celebrado en daño de tercero²⁵.

²⁴ Por todos, LACRUZ BERDEJO, «El efecto vinculante se da entre las partes, pero los terceros no pueden pretender ignorar que ha tenido lugar: el contrato, con todas sus consecuencias, en principio es oponible a los terceros. O sea: el efecto directo del contrato es la obligación que ha creado. Decir que el efecto del contrato es relativo, significa que el contrato no puede hacer nacer una obligación a cargo o en provecho de persona extraña a su conclusión: pero esto no suprime el deber de los terceros de respetar las relaciones que la convención ha establecido entre las partes: cuando éstas la oponen al tercero, no pretenden vincularle sin su voluntad extendiendo a él las deudas, sino hacerle respetar los efectos que dicho contrato ha producido entre ellos: más visible esto cuando se transmite la propiedad o se constituye un usufructo, ya que son derechos con eficacia *erga omnes* y en cuanto tales se imponen a todos, pero también operante en tema de relaciones obligacionales, pues los terceros deben respetar todas las válidamente constituidas, y si causan un perjuicio injusto al crédito ajeno mediando negligencia, incurren en responsabilidad extracontractual. Hay que distinguir cuidadosamente, de un lado, el efecto, y, de otro, la oponibilidad de la obligación: esta última no vincula a los terceros, pero existe frente a ellos y les es oponible. En particular, las titularidades anteriores son oponibles a los adquirentes por contrato ulterior»; en *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. 2.º, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1987, p. 322. La cita se mantiene inalterada en la 3.ª ed., 1994, pp. 546 s.

²⁵ En este sentido, GONZÁLEZ PAKANOWSKA, quien señala como manifestación más interesante de esta oponibilidad la posibilidad de declarar la ineficacia del segundo contrato, con fundamento en su inoponibilidad, si bien advierte que no es la solución habitual-

La afirmación de la general oponibilidad del contrato conduce a la de la situación jurídica surgida del mismo, con independencia de la naturaleza de los derechos en él creados²⁶. Desde ahí, una parte de la doctrina da un paso más, y llega a negar la diferencia esencial entre los derechos reales y los personales, a partir de la afirmación de la general oponibilidad *erga omnes* de todos los derechos²⁷, mientras que otra parte la sigue sosteniendo, con fundamento en la diferente cualidad que aquélla presenta en cada uno de tales tipos de derechos. Para este último sector de la doctrina, los derechos reales gozarían de una oponibilidad natural, frente a la necesitada de publicidad de los derechos de crédito²⁸.

Se advierte así que la oponibilidad de los contratos depende de su *documentación*, de que se hayan cumplido ciertos requisitos de forma. Tal sería el sentido de los arts. 1218, 1219, 1230 y 1865 CC, entre otros varios que pueden citarse. O bien de su inscripción registral. Por el contrario y frente a estos requisitos, la doctrina clásica parte de la oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales desde su constitución, no dependiente de la forma, ni de la inscripción registral, ni aún menos del conocimiento de los terceros. Lo cual niegan los partidarios de la general oponibilidad de las situaciones jurídicas, que consideran al *conocimiento efectivo* por el tercero factor clave para la eficacia de los derechos, con independencia de su naturaleza²⁹.

Desde tal postura, algunos autores han llegado a defender (*de lege ferenda*) la conveniencia de la general inscripción de los derechos de crédito, como modo de asegurar su cognoscibilidad y la con-

mente adoptada en la jurisprudencia: *vid.* «Comentario al artículo 1257», en *Comentarios Edersa*, tomo XVII, vol. 1-A, Madrid, Edersa, 1993, pp. 372 ss. y «Notas sobre la oponibilidad de los contratos», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1993, pp. 1472 ss.

²⁶ Es la postura que sostienen GONZÁLEZ PAKANOWSKA, «Comentario al artículo 1257», en *Comentarios Edersa*, *cit.*, p. 370; RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 87 y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Madrid, Colex, 2000, p. 161. Frente a ella, la regla excepcional sería la inoponibilidad: de ahí que sus supuestos se hallen legalmente enunciados.

²⁷ Así, RAGEL SÁNCHEZ, «admitido que la oponibilidad *erga omnes* es una cualidad que puede predicarse respecto de todo tipo de derecho», *ob. cit.*, p. 160.

²⁸ En este sentido, *vid.* RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 186 y 189.

²⁹ Así RAGEL SÁNCHEZ, «En ambos casos cabe la oponibilidad o la inoponibilidad; en ambos supuestos es oponible el acto cuando es conocido efectivamente por el tercero, antes de adquirir sus derechos», *ob. cit.*, p. 162. Y el mismo autor: «A nuestro entender, la teoría de la oponibilidad de los actos jurídicos como regla general es una consecuencia del movimiento pendular y radical producido como reacción frente a la tesis clásica y también radical de la oponibilidad como atributo exclusivo de los actos que tenían por objeto derechos reales. Ambas teorías son inexactas. La regla general de la oponibilidad de los actos jurídicos debe matizarse de esta manera: el acto jurídico es oponible, en todo caso, al ser conocido efectivamente por los terceros, antes de que éstos entren en contacto jurídico con las partes». *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Obligaciones y contratos*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 312.

siguiente responsabilidad de los terceros por su vulneración³⁰. A mi modo de ver, tal conclusión revela bien a dónde puede conducir una indebida confusión de conceptos y acciones: a la quiebra de principios tan básicos como la libertad del dominio y la de mercado³¹.

El criterio del conocimiento como determinante de la efectividad de los derechos nos sitúa frente a una pregunta de radical importancia: ¿toda actuación de un tercero incompatible con una titularidad previa merece el reproche del ordenamiento jurídico? ¿Es totalmente irrelevante determinar si tal titularidad es crediticia o real? La afirmativa a esta segunda pregunta deja en el aire la función económico-social de los derechos reales, y su inmediatividad natural. La general afirmativa a la primera limita sustancialmente la libertad contractual y de mercado. A mi entender, el mero conocimiento de la titularidad previa no ofrece suficiente fundamento para la responsabilidad del tercero, porque en este ámbito, la culpa del artículo 1902 como criterio de imputación señala más hacia el fraude que hacia la mera carencia de buena fe. Al menos, en una aproximación general: de ahí que se haya señalado la imposibilidad de adoptar una solución unívoca en materia de eficacia hacia tercero del contrato, por depender de la valoración de todos los intereses concurrentes³².

III. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A partir de las tendencias doctrinales expuestas, con el deseo de clarificar y exponer cuál es la concreta aplicación que de la eficacia respectiva de los derechos obligacionales y reales viene realizando el Tribunal Supremo, expongo seguidamente las referencias jurisprudenciales que tras el análisis exhaustivo de las sentencias recaí-

³⁰ Vid. PÉREZ GARCÍA, *ob. cit.*, pp. 447 s. y, en especial, *Derechos de crédito y Registro de la Propiedad*, Madrid, Colegio de Registradores, 2004.

³¹ Y así, me parece altamente ilustrativo que PÉREZ GARCÍA, en referencia a un convenio de opción de compra, emplee la expresión «cosa gravada con un derecho de opción de compra», *La protección aquiliana...*, *cit.*, p. 443.

³² En este sentido, GONZÁLEZ PAKANOWSKA, «La celebración de contratos en el marco de una economía de mercado no supone evidentemente una actuación ilícita. El perjuicio que de su celebración pueda derivarse será considerado injusto o no según los principios básicos de nuestro Ordenamiento. En este sentido, siempre merecerá reproche la conducta contraria a la buena fe que deba presidir la actividad contractual en un ámbito determinado. Y deberá ser responsable el tercero que conoce o dadas las circunstancias no podía desconocer las consecuencias lesivas del contrato que celebra en relación con un contrato anterior», en *Homenaje a Lacruz Berdejo*, *cit.*, p. 1481. Y más adelante observa que entre los intereses a tener en cuenta, «están no sólo los referidos a la libre iniciativa económica que nuestra Constitución admite y que pudiera invocarse a favor del tercero, sino también el derecho al trabajo del propio deudor [...]», *loc. cit.*, p. 1489.

das sobre el tema desde 1990 he estimado de mayor interés. He incluido, además, algunas resoluciones anteriores, bien por venir citadas en aquéllas, bien por haber sido resaltada su importancia con posterioridad.

Obviamente, en la jurisprudencia no se plantea la distinción entre derechos reales y personales desde una aproximación dogmática o de principios, sino desde una perspectiva práctica. Para facilitar el análisis y exposición de las sentencias, he procedido a su sistematización en seis puntos tópicos.

1. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DEL CONTRATO COMO CRITERIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Según cabe esperar, la resolución de litigios mediante la aplicación, en sus términos, del artículo 1257 CC, es muy frecuente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La regla contenida en el primer párrafo de dicho precepto es habitual punto de partida para la determinación del alcance de las relaciones entre los litigantes y de la consiguiente existencia, o no, de acción entre ellos, así como para la fijación de los límites entre la responsabilidad contractual y extracontractual³³. Por su especial interés, enunciare sólo las resoluciones que siguen, como exponentes de esta aplicación en sus términos de la regla general sobre la relatividad del contrato. La lectura de la sentencias que integran este primer grupo muestra la indudable vigencia y utilidad de la relatividad del contrato como fundamento de resolución de conflictos, que comporta la exclusión de los terceros de su ámbito de actuación. Se advierte cómo el Tribunal Supremo distingue, en orden a sus efectos, entre los pactos con trascendencia real y los que no la tienen, y guarda, aquí, silencio absoluto sobre la relevancia del conocimiento por los terceros de estos últimos pactos, que no pueden ejercitarse frente a ellos.

➤ Contratada por el dueño de la mercancía la desestiba y descarga de aquélla a una empresa, y subcontratadas ambas actuaciones a otra, carece ésta segunda de acción frente a la propietaria, y no existe afección real sobre la mercancía, por aplicación del artículo 1257 CC y carecer tal crédito de privilegio alguno: STS de 3 de diciembre de 1990³⁴.

³³ Expresando que la responsabilidad *ex* artículo 1101 CC sólo procede entre las partes contratantes, siendo de aplicación el artículo 1902 cuando el daño viene producido por un tercero ajeno a la relación, entre muchas otras: SSTS de 17 de octubre y 4 de diciembre de 2001.

³⁴ El Tribunal Supremo advierte sobre la ausencia de consentimiento a la subcontrata y de cláusula alguna en el contrato que permitiera la delegación, lo cual, señala, sí generaría, no responsabilidad subsidiaria, sino directa de la propietaria.

➤ En el contrato de arrendamiento de la planta baja de una finca urbana, se incluye una cláusula con el siguiente tenor literal: «En caso de venta de la finca, en bloque o por plantas, el arrendatario tendrá derecho de preferente adquisición en igualdad de condiciones». El Tribunal considera que no puede calificarse de retracto convencional, en el sentido de pacto de retro, sino «de una especie de opción de compra, graciosamente concedida al margen de su condición de arrendatario». Al producirse la enajenación, el arrendatario demanda a los adquirentes exigiéndoles el cumplimiento de su derecho de adquisición, desestimándose su demanda por la aplicación exquisita del artículo 1257 CC, sin perjuicio de las consecuencias obligacionales ligadas al incumplimiento contractual, a ejercitar sólo frente al arrendador: STS de 9 de febrero de 1994³⁵.

➤ El principio de relatividad de los contratos se excepciona cuando la relación negocial constituida se dirige a atribuir derechos a un tercero, que «de esta manera se incorpora a la relación creada entre promitente y promisario»: STS de 27 de noviembre de 1998.

➤ Se estima eficaz un contrato de promesa de venta frente a un sujeto diferente a quien lo celebró, tras haberse probado la existencia de una ulterior asunción de deuda acumulativa, con concurrencia de las voluntades de acreedor y deudores de constituirla; de ahí el rechazo del Tribunal Supremo a la alegación del artículo 1257 CC: STS de 30 de noviembre de 1998.

➤ Otorgado un aval en favor de los créditos que el deudor contrajera con una entidad, cuando ésta se fusiona con otras desapareciendo como tal, procede la extinción de aquél, al no constar su aceptación y asunción por la nueva entidad surgida: STS de 3 de julio de 1999.

➤ Encargado un proyecto arquitectónico en nombre de la empresa propietaria de un Club de Golf por un representante sin poder para ello, se desestima la demanda del arquitecto frente a la empresa propietaria, porque al considerar el Tribunal Supremo inaplicable el régimen de la gestión de negocios ajenos y reiterar el principio general de la relatividad de los contratos, niega que aquél

³⁵ STS de 9 de febrero de 1994: «Esta cláusula o pacto es rigurosamente válido a tenor del artículo 1255 CC, y consecuentemente obliga a las partes otorgantes y a sus herederos (art. 1257); pero de ninguna forma puede extenderse esta vinculación a las cuatro personas demandadas como compradores de la finca, ni tampoco puede el demandante subrogarse en el lugar que ellas ocupan en el contrato de compraventa; se trata de unos terceros ajenos al compromiso que el dueño de la finca contrajo en su día, y de un nuevo contrato celebrado por los herederos del primitivamente obligado y esos terceros extraños al mismo; y todo ello, claro está, sin perjuicio de las consecuencias obligacionales que de aquel pacto incumplido puedan derivarse».

tenga acción ninguna frente a dicha propietaria: STS de 23 de julio de 1999³⁶.

➤ Los propietarios de dos inmuebles colindantes conciertan la apertura en una de las propiedades de dos huecos de luces en dos pisos. Previa la calificación de que tal acuerdo no constituye un derecho de servidumbre de luces, el Tribunal Supremo entiende que «dicha concesión no obliga a los que adquieren posteriormente la propiedad, sin ser legítimos herederos de su titular»; «en este caso no hay razón para obviar el principio de relatividad de los contratos, puesto que las partes procesales ahora intervinientes, no sólo no fueron parte en el convenio plasmado en el referido documento-acta, y sobre todo, porque no son legítimos herederos de los primitivos contratantes»: STS de 19 de septiembre de 2002.

➤ Enajenación de un solar a una constructora, a cambio de precio y piso futuro, en escritura pública. El contrato contiene la siguiente cláusula, en relación con el piso que habrá de entregar la constructora a la vendedora del solar tras la correspondiente obra y división de la propiedad horizontal: «se abstendrá en todo momento de constituir cualquier derecho o garantía sobre el mismo en favor de terceros, sea o no de carácter real, así como de cualquier acto o negocio de carácter dispositivo que suponga menoscabo del derecho expectante de la vendedora». Cuando tras diversas incidencias contractuales la constructora constituye una hipoteca sobre el piso mencionado, la vendedora insta su nulidad, negando el carácter de tercero del artículo 34 LH al acreedor hipotecario. El Tribunal Supremo, en una Sentencia que puede calificarse de «modélica» en cuanto a la definición y aplicación de los principios clásicos delimitadores de la diferencia entre los derechos personales y los reales y la eficacia registral, desestima tal pretensión, considerando que dicha prohibición de disponer, aun inscrita, carecía de eficacia real: STS de 28 de octubre de 2002³⁷.

➤ Frente a la excepción de litis consorcio pasivo necesario opuesta por la demandada al pago del precio de una compraventa mercantil, basada en su asociación con otra empresa, se recuerda la

³⁶ STS de 23 de julio de 1999: «...en general, no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento y, por ello, los derechos y obligaciones que han de ser declarados en todo pleito promovido para el cumplimiento de un contrato, sólo han de afectar a los litigantes conforme a las relaciones jurídicas contraídas entre ellos, como así lo tiene declarado reiterada doctrina jurisprudencial».

³⁷ STS de 28 de octubre de 2002: la simple referencia a la escritura de venta original «en la de constitución de hipoteca en modo alguno dotaba de naturaleza real, en contra del acreedor hipotecario, a la prohibición de disponer y gravar contenida en aquélla, no sólo por el cúmulo de razones ya expuestas, sino también porque en dicha escritura la transmisión de la hoy recurrente a la mercantil que adquiría se hizo libre de cargas y resulta, por tanto, que cuando ésta hipotecó el piso sí tenía la libre disposición del mismo, sin perjuicio de sus obligaciones personales frente a la hoy recurrente derivadas del contrato de compraventa».

relatividad del contrato y la consiguiente exigencia de consentimiento del acreedor para la asunción de la deuda: STS de 15 de noviembre de 2002.

➤ La acción directa que confiere al subcontratista contra el dueño de la obra el artículo 1597 CC dentro de sus límites cuantitativos no puede decirse que infrinja el artículo 1257 CC, por cuanto es una excepción legal al mismo, concebida para atenuar el rigor de la eficacia relativa de los contratos con fundamento en la equidad: SSTS de 16 de marzo de 1998 y 27 de julio de 2000.

➤ Por último, resulta de interés advertir cómo, en no pocas ocasiones, el Tribunal Supremo ha recurrido a la doctrina del levantamiento del velo para impedir que la aparición de un tercero meramente ficticio o instrumental defraude la correcta aplicación del Derecho. Por ejemplo, la STS de 31 de diciembre de 1999 declara que el artículo 1257 se excepciona legítimamente en los supuestos de aplicación correcta del principio del levantamiento del velo de las personas jurídicas. Y en la STS de 9 de octubre de 1995 se impide con tal principio la aplicación de la inoponibilidad a terceros de la resolución contractual³⁸.

2. LA MENCIÓN A LA EFICACIA REFLEJA, MEDIATA O INDIRECTA DE LOS CONTRATOS

En muchas ocasiones, el Tribunal Supremo advierte acerca de la no absolutividad de la regla contenida en el artículo 1257 CC, en virtud de la llamada eficacia refleja, indirecta o mediata del contrato, que *viene a proyectar sus efectos también respecto de terceros cuando lo conocen*. En algunas resoluciones, sin embargo, se recurre innecesariamente a estas declaraciones, porque quienes se califican de terceros, son verdaderas partes contractuales. Obsérvese:

➤ Un ente administrativo celebra un contrato de obra con una empresa y un ingeniero, y luego, con el mismo objeto, sólo con éste. Planteándose litigio sobre el pago del precio de la obra por cada uno realizada, se resuelve conforme a las reglas de la responsabilidad contractual surgida de cada uno de los contratos. En declaraciones *obiter dicta*, sin embargo, el Tribunal Supremo se refiere, aunque sin concreción alguna, a la mencionada eficacia refleja del contrato frente a terceros, así como a la relevancia del

³⁸ STS de 9 de octubre de 1995: «es permisible penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal –de respeto obligado, por supuesto–, se puedan perjudicar intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo de fraude».

conocimiento alcanzado por éstos del contrato. La pregunta es: ¿dónde está aquí el tercero? Sólo existen propias y verdaderas relaciones contractuales, aun a tres bandas: STS de 5 de diciembre de 1996³⁹.

➤ Cesión de un contrato de promesa de venta a tercero: se considera eficaz frente al contratante cedido, a quien se condena a indemnizar dado su incumplimiento contractual: STS de 29 de diciembre de 1998. Si el sentido del fallo es comprensible, sorprende la argumentación, dado que no se aprecia sino eficacia directa, entre las partes contractuales, supuesta la existencia de cesión contractual⁴⁰.

➤ Celebrado un contrato de arrendamiento por un esposo casado en régimen de separación de bienes, se admite la acción de rendición de cuentas contra la esposa, quien había tenido actuaciones relevantes dirigidas a la celebración del contrato, pero atención, por considerarla también parte arrendataria: STS de 25 de febrero de 2004. Desde tal afirmación, de nuevo, las referencias de la sentencia a los efectos reflejos del contrato quedan en el aire⁴¹.

➤ También cierta indefinición en la delimitación entre quién es parte y quién tercero en el contrato se aprecia en la STS de 12 de julio de 2007, que contiene también referencias a la jurisprudencia sobre interpretación flexible del artículo 1257 por la eficacia indirecta, refleja o mediata de los contratos hacia terceros. Vendido por el demandado un solar a una constructora, es condenado a prestar colaboración para que ésta, vendedora de varias viviendas cons-

³⁹ STS de 5 de diciembre de 1996: «respecto a la relatividad del contrato, tiene establecido esta Sala su eficacia indirecta, refleja o mediata para los terceros, que han de respetar la situación jurídica creada si la conocen, lo que les obliga a no celebrar con alguna de las partes otro contrato incompatible con el anterior, que frustre su cumplimiento o el interés del otro contratante, es decir, que el principio de la relatividad del contrato no es principio tan absoluto que permita a un tercero desconocerlo, pues le obliga el principio general del derecho de la buena fe, que con mayor razón ha de afectar a quien se aprovecha en beneficio propio del trabajo realizado por el otro contratante en el primer contrato...».

⁴⁰ STS de 29 de diciembre de 1998: «dicha eficacia relativa no puede ni debe entenderse como estimatoria de los contratos como unidades absolutamente estancas, y por ello la doctrina científica moderna, regida por la jurisprudencia de esta Sala reduce la norma antedicha de eficacia relativa de los contratos a la denominada eficacia indirecta de los mismos con respecto a terceros, especialmente en aquellos casos en que los terceros ostentan derechos que de algún modo encuentran su fundamento en anteriores contratos. Esta teoría de efectos colaterales de los contratos, se puede y se debe aplicar totalmente a la presente contienda judicial».

⁴¹ STS de 25 de febrero de 2004: (en referencia a la relatividad contractual) «llevada a sus límites extremos tal consideración se haría una estimación aislada del contrato, lo que supondría olvidar que la determinación de los efectos contractuales se producen en una realidad social impregnada de múltiples relaciones jurídicas, y es entonces cuando surge lo que la doctrina científica moderna denomina la «sombra del contrato»[...] «es procedente afirmar que la esposa era parte arrendataria aunque no figurara como tal en el contrato suscrito, y que por ende está obligada a la rendición de cuentas, sin que por ello sea menoscabado el principio de la relatividad contractual en el sentido que ha sido antedicho al principio».

truidas sobre aquél a los demandantes, otorgue escritura pública en su favor. En el pleito se demuestra que el demandado conocía la venta ulterior de las viviendas por la constructora adquirente e incluso había extendido parte de los recibos pagados por los demandantes⁴².

➤ Mayor pertinencia en la alegación de tal eficacia refleja se observa en la STS de 7 de marzo de 2007. Concertado entre dos empresas de transporte un régimen de riesgos que alteraba las reglas legales de su distribución, en beneficio de quien finalmente resulta causante del daño, niega el Tribunal Supremo a la aseguradora que pagó a la perjudicada la indemnización, la acción directa frente a la causante del daño. El fundamento de tal negativa se hace recaer en la eficacia indirecta del contrato, perjudicando así a la aseguradora los pactos celebrados entre su asegurada y la causante del daño, que impidieron el nacimiento de acción de aquélla frente a ésta. Obviamente, desde el concepto de la acción directa, la solución es obvia: no cabe su ejercicio dado que no surgió en favor de la víctima del daño⁴³.

3. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS ADQUIRENTES DE BIENES A TÍTULO SINGULAR RESPECTO DEL CONTRATO DE SU *TRADENS*

Aun sin reconocerlo, ya que en muchas ocasiones considera el Tribunal Supremo que sus declaraciones no excepcionan el artículo 1257 CC, desde una aproximación al concepto de parte cuando menos discutible, una fuente interesante de excepciones a la relatividad contractual viene dada por la sumisión o afección de los terceros, adquirentes a título singular de los bienes, a las condiciones pactadas en el contrato determinante de la titularidad de su *tradens*. Ello, tanto en un sentido *activo*, lo cual procura a los terceros el ejercicio de derechos que encuentran su causa en dicho contrato en el que no han intervenido, como *pasivo*, en cuanto los identifica como deudores. Veámoslo en este mismo orden.

⁴² STS de 12 de julio de 2006: «resulta por tanto que al demandado debe considerarse obligado frente a los cónyuges compradores».

⁴³ STS de 7 de marzo de 2007: el principio recogido en el artículo 1257 «no excluye una eficacia indirecta del contrato en la esfera jurídica del tercero, entre otras razones, por repercutir en ella la situación creada o modificada por aquél. Ni tampoco impide que en esos supuestos, pueda el tercero utilizar o servirse del contrato ajeno, frente a las partes que lo perfeccionaron o frente a quienes, como en el caso de al subrogación, ocupan su posición jurídica».

A) El contrato de adquisición de su *tradens* como fuente de derechos para el tercero

➤ Al vender un solar a una promotora, el vendedor, que se reserva una cuarta parte de la finca matriz, asume la obligación de no edificar en ella, pacto que no accede al Registro. Para estimar que su cumplimiento puede exigirse por los propietarios adquirentes de los pisos construidos por la promotora compradora original, aun calificándose de obligación sin carácter real, el Tribunal Supremo ratifica la calificación de la Audiencia de que tal era una estipulación a favor de tercero, y que la promotora, al contratar con los nuevos propietarios, «vino a ceder tal beneficio, posibilidad negocial que no sólo ampara el artículo 1255 CC, sino que no contraría lo dispuesto por el artículo 1257»: STS de 1 de julio de 1996⁴⁴.

Obsérvese que ambos argumentos resultan muy discutibles: el primero, porque la estipulación en favor de tercero tiene su propio régimen y no parece encajar con lo expuesto en el supuesto; y el segundo, porque la cesión requiere el consentimiento del deudor. Ambos denotan un esfuerzo dirigido a fundamentar la vinculación del deudor a tal pacto de no edificar desde mecanismos obligacionales. Así, los terceros adquirentes son contemplados como partes contractuales.

➤ Los subadquirentes (causahabientes a título singular y por actos *inter vivos*) pueden instar del vendedor de su *tradens* la elevación del contrato a escritura pública, por cuya omisión no pueden reanudar el tracto registral e inscribir el dominio en su favor, sin que a ello se oponga el artículo 1257 CC, dada la previsión del artículo 1112 CC en favor de la general transmisibilidad de las obligaciones: STS de 31 de diciembre de 2001⁴⁵. El supuesto es

⁴⁴ STS de 1 de julio de 1996: «lo cierto es que en las mismas escrituras de ventas de los pisos construidos por el comprador de la finca segregada (el beneficiario de aquella limitación...), se hace constar expresamente cuanto aparece en esa cláusula inserta de limitación de edificación, por lo que [...] no habiéndose revocado el contenido de dicha estipulación y sin necesidad de que exista esa aceptación explícita la cual se deriva de los actos posteriores inmanentes, y, sobre todo, del efecto beneficioso para los propietarios de los pisos adquiridos con esa constancia de tal limitación a su título adquisitivo, y sin que exista renuncia por parte de ellos a los efectos derivados sino todo lo contrario, es claro, que el contenido de dicha calificación favorece a los hoy actores, de tal suerte que su incumplimiento podrá ser rebatido mediante el ejercicio de la correspondiente acción de reclamación...; lo que, por otro lado se ratifica porque el propio beneficiario de aquella limitación de no sobreedificar, el citado demandado, vino como a ceder el derecho a su exigencia a los hoy actores al incluirse el contenido de dicha cláusula en sus respectivas escrituras de compraventa», lo cual se entiende amparado en el artículo 1255 CC.

⁴⁵ STS de 31 de diciembre de 2001: «En aras de la protección de los derechos de los adquirentes de todo o parte de una edificación, la regla de la eficacia relativa de los contratos establecida en el artículo 1257 del Código Civil no impide que éstos reclamen del vendedor, en su condición de causahabientes a título singular y por actos «*inter vivos*» del mismo, así como de otro litigante conectado contractualmente con aquél en la calidad de vendedor del después vendedor, la elevación a escritura pública de un precedente docu-

muy similar al resuelto, en igual sentido pero con fundamentación en la eficacia refleja o indirecta del contrato, en la STS de 12 de julio de 2007, expuesta en el epígrafe inmediatamente anterior.

De cualquier manera, las sentencias más numerosas de este apartado responden todas ellas a un problema concreto: el reconocimiento de legitimación para ejercitar la acción contractual por vicios en la construcción a los sucesivos adquirentes de vivienda contra los constructores, contratistas y promotores, aun no habiendo contratado con ellos. Lo consolidado de la doctrina jurisprudencial afirmada en estas sentencias, su frecuente aplicación práctica y el razonable criterio de justicia material que sustenta tal legitimación no impide constatar la variada, discutible y en muchas ocasiones endeble argumentación técnico-jurídica presente en las resoluciones, que por ello resultan de trascendental interés para el objeto de este trabajo. De hecho, la acción de responsabilidad civil que «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales» enuncia el artículo 17 de la Ley 5/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, parece alumbrar un deseo legislativo de reconducir la cuestión a las categorías jurídicas habituales, al separar los ámbitos contractual y extracontractual⁴⁶.

Los argumentos aducidos por el Tribunal Supremo para legitimar dicha extensión de la eficacia contractual se acumulan en las sentencias, y aunque se enuncian en un sentido global, declarando que el subadquirente asume tanto obligaciones como derechos, en los supuestos concretos planteados se aplican exclusivamente a éstos. Tales variados argumentos pueden sistematizarse del modo siguiente:

➤ El adquirente de las viviendas, calificado como causahabiente a título particular, no es tercero, sino que «está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido» (STSS de 5 de octubre de 1975, 1 de abril de 1977, 2

mento privado de compraventa suscrito por los últimos, de cuya omisión formal, por la actitud negativa de uno o de los dos, deriva un daño a los recurrentes ante la imposibilidad de completar el tracto registral, que se traduce en el impedimento de inscribir la titularidad del derecho de dominio sobre los apartamentos o locales comprados en el Registro de la Propiedad, habida cuenta, además, de que, en virtud del artículo 1112 del Código Civil, «todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las Leyes, si no se hubiese pactado lo contrario».

⁴⁶ Artículo 17 de la Ley 5/1999, de 5 de noviembre: «Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación. 1. Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas».

de noviembre de 1981⁴⁷). Desde esta aproximación al concepto de tercero (que excluye, adviértase la argumentación de la sentencia, al adquirente a título singular, *inter vivos* o *mortis causa*, en una interpretación ciertamente extensiva del art. 1257 CC), el Tribunal Supremo considera que dicha legitimación no excepciona el principio de relatividad de los contratos⁴⁸.

➤ En estrecha relación con el argumento anterior: el causante a título particular soporta los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella si influyen en el derecho que se transmite, como consecuencia de la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*: SSTS de 5 de octubre de 1975⁴⁹, 1 de abril de 1977, 30 de junio de 1997⁵⁰. En la misma línea, se alega que como consecuencia de la transmisión de la cosa ven-

⁴⁷ Demanda al promotor un comprador, adquirente de quien había adquirido de aquél: la STS de 2 de noviembre de 1981 admite la legitimación pasiva del primero, observando que los causahabientes a título particular «penetran en la situación jurídica creada mediante negocio celebrado con el primitivo contratante»; porque contrariaría a la equidad que la obligación de cumplir en los términos pactados «no afectara al promotor-vendedor de la misma, si el que reclama por la imposibilidad de su uso es adquirente a título singular de aquél a quien originariamente se la transmitió, siendo, además, indudable que quien compró al promotor adquirió el derecho que representaba el uso de la plaza en cuestión, derecho que, exigible por él al referido promotor, era transmisible conforme autoriza la preceptiva contenida en el artículo 1112 CC».

⁴⁸ STS de 1 de abril de 1977: «el principio de la relatividad de los contratos [...] es mucho más complicado de lo que su formulación aparenta, puesto que la palabra tercero adolece de gran imprecisión, ya que no sólo excluye a los contratantes mismos y a las personas representadas por ellos, sino que además, según nuestro Código civil excluye también a los herederos de los que los otorgan, es decir, a los causahabientes, bien a título universal, bien a título singular –legado, compraventa, donación– por lo que únicamente quedan marcados de la eficacia de los contratos los terceros que son completamente extraños a los contratantes, o sea, los llamados *penitus extrañei*; consiguientemente, y por virtud de la regla *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido».

⁴⁹ STS de 5 de octubre de 1975: la relatividad del contrato «no es obstáculo para que en otro aspecto el contrato pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título singular, cuando se adquiere por uno de los contratantes por un acto *inter vivos*, cual la venta y como consecuencia de la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*, el causante a título particular soporta los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella si influyen en el derecho que se transmite, por cuyas dos razones no puede considerarse tercero en el orden civil».

⁵⁰ STS de 30 de junio de 1997: «tal y como ha venido estableciendo la jurisprudencia, pasan al segundo comprador las acciones que asisten a los directos adquirentes del inmueble contra la promotora, [...] y, por tanto, el comprador de una vivienda que la adquiere de quien fue comprador de ella al promotor, está activamente legitimado para reclamar de éste lo debido según el primer contrato de compraventa [...]. Por virtud de la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido...». En su fundamento de Derecho séptimo, esta sentencia sustenta su criterio contrario a entender vulnerado el artículo 1257 CC en el cumplido resumen de todos los argumentos ofrecidos por las sentencias anteriores, mostrando así la consideración de que todos ellos discurren en la misma dirección.

didada, pasan con ella los derechos que por razón de la misma asistieran al vendedor contra otros: STS de 27 de marzo de 1995⁵¹.

➤ Las relaciones contractuales entabladas por el vendedor y propietario primitivo de la obra se transmiten a los compradores con ocasión de su adquisición, quienes reciben así todos los derechos y obligaciones transmisibles surgidos del contrato primitivo: así, SSTS de 5 de mayo de 1961⁵², 3 de octubre de 1979⁵³, 20 de febrero de 1981⁵⁴, 30 de junio de 1997⁵⁵. Ello comportaría una suerte de subrogación, según llega a explicitar la STS de 8 de junio de 1992⁵⁶. Es destacable cómo, en la STS de 5 de mayo de 1961, se refiere esa transmisión de derechos contractuales a la defensa y garantía del dominio adquirido, desde una contemplación indiferenciada de las acciones personales y reales.

➤ Obviamente, la existencia de subadquirentes no afecta al mantenimiento de las relaciones contractuales entre los contratantes primitivos. Así, la responsabilidad solidaria de constructor y promotor

⁵¹ STS de 27 de marzo de 1995: «En relación con la venta de pisos y los defectos en la construcción la regla de la eficacia relativa de los contratos no impide que los compradores tengan acción frente a los directos responsables del daño como consecuencia de la transmisión con la cosa vendida de los derechos que por razón de la dicha cosa tuviera el vendedor contra otros [...] Los sucesivos adquirentes, pues, pueden ejercitar acciones derivadas de un contrato en el que no fueron parte».

⁵² STS de 5 de mayo de 1961: «el comprador o adquirente recibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, resultando, por tanto, evidente, que está revestido de la acción que le concede el artículo 1101 del CC con carácter general, y específicamente el 1591, al señalar la responsabilidad del Arquitecto y del contratista en caso de ruina del edificio durante el plazo de diez años, sin distinguir si la finca ha cambiado o no de propietario». Adviértase la irrelevancia, para el Tribunal Supremo, entre las acciones reales defensoras del dominio, y las contractuales.

⁵³ STS de 3 de octubre de 1979: «los derechos y obligaciones del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular que penetran en la situación jurídica mediante negocio celebrado con el primitivo contratante, y por lo que concierne al contrato de ejecución de obra la legitimación activa del subadquirente de un piso en régimen de propiedad horizontal para entablar acciones por prestación defectuosa o vicios en la cosa viene reconocida, con diverso fundamento, por la doctrina de los autores y ha sido sancionada por la STS de 5 de mayo de 1961». Tras la cita de otras sentencias en el mismo sentido, afirma: «también pasan al comprador las acciones que asisten al comitente en el contrato de obra para combatir la ejecución defectuosa en cuanto protectora del derecho transmitido al subadquirente, no existiendo razones válidas para propugnar un régimen diferente respecto de la legitimación según se trata de vicios causantes de ruina o defectos que no la entrañen pero signifiquen prestación irregular y como tal desprovista de efectos liberatorios por no ajustarse a las reglas del arte».

⁵⁴ STS de 20 de febrero de 1981: «en los supuestos de simple ejecución defectuosa de la obra hace permisible que los derechos dimanantes del contrato primitivo a favor del comitente de la obra frente al contratista de la misma se transfieran al subadquirente de los pisos o viviendas».

⁵⁵ STS de 30 de junio de 1997: «pasan al segundo comprador las acciones que asisten a los directos adquirentes del inmueble contra la promotora».

⁵⁶ STS de 8 de junio de 1992: «están legitimados por subrogación los sucesivos compradores de los pisos, quienes al adquirirlos adquirieron también la cobertura que el artículo 1591 CC proporcionó al originario dueño de las obras. Los sucesivos adquirentes, pues, pueden ejercitar acciones derivadas de un contrato en el que no fueron parte».

frente a terceros adquirentes de los pisos «trae derivativamente su causa del contrato de obra», pero no impide que la promotora, aun habiendo ya enajenado gran parte de los pisos y como consecuencia de la aplicación en sus términos del artículo 1257 CC, mantenga la acción frente a la constructora: STS de 17 de julio de 1990.

B) El contrato de adquisición de su *tradens* como fuente de obligaciones para el tercero

➤ Se impone en testamento al designado heredero de un negocio el pago de una pensión vitalicia a su hermana. Transmitido el negocio, y demandado por aquélla el pago de la pensión tanto al heredero transmitente como al adquirente, se estima, aun partiendo del carácter personal y no de carga real del contrato de renta vitalicia: STS de 8 de mayo de 1992⁵⁷. Llama la atención cómo el Tribunal Supremo considera existente «una afección implícita y lógica del negocio comercial al pago de la pensión vitalicia» sin fundamentación jurídica alguna: no hay recurso a la causa del contrato, ni al conocimiento del tercero, y se niega expresamente que sea necesario para ello la constitución de una carga real. El único apoyo técnico a la decisión de la sentencia se encuentra en que entender lo contrario vulneraría la buena fe contractual.

En las sentencias inscribibles bajo el presente subapartado, junto a la argumentación mencionada en el anterior, basada en la regla *nemo plus iuris*, se ofrece repetidamente como fundamento de la vinculación del tercero, el conocimiento por él alcanzado del contenido del contrato antecedente, y por ende de las obligaciones asumidas por su *tradens*.

➤ En un contrato de compraventa instrumentado en escritura pública, el vendedor se compromete a no construir en un solar de su propiedad situado frente al apartamento adquirido por la compradora: dicha limitación no se inscribe en el Registro. A la muerte del vendedor, sus herederos venden el solar a una sociedad integrada, entre otras personas, por algunos de aquéllos, sin que conste en la escritura la obligación de no construir. Calificada tal limitación de obligación, y no de derecho real⁵⁸, concluye el Tribunal Supremo en

⁵⁷ STS de 8 de mayo de 1992: El contrato «afecta a los causahabientes a título particular de los contratantes [...], y en general al adquirente de los derechos de los contratantes, [...]. De seguir un criterio adverso se quebrantaría la buena fe contractual y las consecuencias de ellas derivadas, tal y como impone el artículo 1258 CC. Todo ello sin necesidad de constituir cargas reales propiamente dichas, sino a lo más unos derechos impropriadamente denominados subjetivamente reales, en cuanto con ello quiso expresar la Sala de instancia la afección implícita y lógica del negocio comercial al pago de la pensión vitalicia».

⁵⁸ STS de 4 de junio de 1990: las limitaciones del dominio «requieren respectivamente para su eficacia *erga omnes* o la general inscripción o bien [...] su acceso mediante

la STS de 4 de junio de 1990 que es eficaz frente a la sociedad adquirente, por dos razones: *a)* el conocimiento que de aquélla cabe presumir a la sociedad, dados sus integrantes, lo cual excluye la protección a la buena fe (y, aun sin referencia expresa, conecta con la doctrina del levantamiento del velo), y *b)* la adquisición de la parcela sometida a la «carga» (así la denomina el Tribunal Supremo, aun habiendo declarado su carácter personal) original, a consecuencia de la *regla nemo dat quod non habet*, que persistirá en tanto no sobrevenga un tercer adquirente de buena fe⁵⁹.

Es destacable en esta sentencia la referencia a la oponibilidad, expresamente calificada *inter partes*, y no *erga omnes*, de la «condición» (recojo el término empleado por la sentencia, pero no existe tal, en sentido técnico) de no construir, fundada en su integración en la determinación misma de la parcela transmitida. Y la referencia a que la falta de inscripción de la «carga» pueda propiciar la aparición de un tercero de buena fe, calificación que no merece la sociedad hoy demandada.

➤ Celebrados en favor de empresas distintas dos contratos de exclusiva consecutivos para la explotación de un modelo de ordenador, el Tribunal Supremo considera que la segunda empresa resulta afectada por el primer contrato en cuanto éste delimita el objeto de lo recibido, máxime cuando *conocía* el contenido del mismo, lo cual impide que se entienda excepcionado el principio de la relatividad contractual: STS de 29 de septiembre de 1997⁶⁰.

Dentro de este sub-apartado, mención aparte merecen varias sentencias dictadas en relación con el derecho de opción de compra. La doctrina jurisprudencial en ellas presente hace depender la

la garantía real adosada, por lo que al carecer de aquella constancia *ab initio* no cabe esa proyección de efectos».

⁵⁹ STS de 4 de junio de 1990: «y a igual resultado de oponibilidad –*inter partes* que no *erga omnes*– de la condición de no construir se llega si se contempla la sanción transmisiva del artículo 1257 a la luz del principio elemental inmerso en el *nemo dat quod non habet*, por cuanto si las codemandadas adquieren por herencia de su esposo y padre la parcela litigiosa, la adquieren tanto en derechos como en limitaciones y, por ello, les afecta la controvertida, y si, a su vez, la transmiten a la sociedad demandada, ésta la recibe persistiendo el *onus* o gravitación de la misma restricción, por lo que por esa cadena transmisiva, es claro que el contenido del derecho así deferido/adquirido para los interesados contratantes de tales negocios, habrá de integrarse con la inclusión de esa limitación a la facultad de construir de todo propietario, salvo claro es, que por la no inscripción de la condición existiese un tercer adquirente de buena fe que, como tal, hubiese devenido en titular adquisitivo de la referida parcela, que, desde luego, no es aplicable a la sociedad codemandada».

⁶⁰ STS de 29 de septiembre de 1997: «El primer contrato de transmisión de determinados derechos repercute en el segundo, pero no en el sentido de crear obligaciones para las partes que intervienen en este último, sino sólo respecto al contenido de los derechos recibidos y al momento en que el adquirente podrá ejercitar los derechos, efecto éste que, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, no contraviene lo dispuesto en el artículo 1257, y menos en el supuesto litigioso, cuando la limitación de los derechos transmitidos era conocida por la entidad adquirente en virtud de contrato posterior».

eficacia de tal derecho ya no de su naturaleza real o personal, sino del conocimiento alcanzado por el tercero sobre el mismo.

➤ Constituido por el propietario de un solar un derecho de opción no inscrito en el Registro, que el Tribunal Supremo califica de personal, se establecen sobre el mismo solar, sucesivamente y en favor de personas distintas del primer optante, un derecho de superficie, una hipoteca y una compraventa. Ejercitado por el optante su derecho, insta la nulidad de tales contratos posteriores al suyo, y la transmisión del solar en su favor, lo cual se estima, con fundamento en: a) la vinculación del sucesor a título particular a los contratos celebrados por su causante, respecto de los que se entiende no ostenta el carácter de tercero⁶¹. b) el conocimiento alcanzado por dicho sucesor a título particular (tercer adquirente) del derecho de opción conferido en favor del actor, que excluye su posible refugio en el artículo 34 LH⁶². c) el vicio que afectaba a la titularidad transmitida por cuanto el *tradens*, dado su compromiso con el titular de la opción, carecía de titularidad (¡!): STS de 24 de octubre de 1990⁶³.

Ciertamente, la fundamentación presente en esta sentencia ofrece muchos puntos para la discusión, pero se revela errónea tanto en cuanto a la falta de titularidad de quien transmite un bien habiendo previamente otorgado un derecho de opción sobre él como en cuanto al carácter viciado de tal enajenación. A diferencia de las prohibiciones de disponer, que afectan al poder de disposición del titular del bien, no así el derecho de opción, que no impide al titular del

⁶¹ STS de 24 de octubre de 1990: «Es de observar que la fuerza obligatoria de los contratos, relatividad de lo acordado en ellos, afecta generalmente sólo a los contratantes y sus herederos; pero ya de antiguo (STS de 14 de mayo de 1928) se declaró que también obliga el contrato al sucesor a título particular de los contratantes y en general a los adquirentes de los derechos de éstos [...]; el contratante a título particular, como lógica consecuencia de la relatividad de los contratos, ha de soportar los efectos de los que celebró con anterioridad quien le transmitió el derecho adquirido, sin que sea obstáculo dicha relatividad para que en otro aspecto pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título singular, entre los que está la actual recurrente, que ha de soportar los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella, por lo que no puede reputársele tercero en el orden civil».

⁶² STS de 24 de octubre de 1990: «Tal situación de mala fe a efectos registrales, y también civiles, deriva en este caso de la noticia perfecta de la situación jurídica extratabular o de fuera del Registro que tenía la recurrente mencionada, es decir, tanto del objeto de las enajenaciones como de las posibles causas susceptibles de enervar el derecho de su transferente».

⁶³ STS de 24 de octubre de 1990: «la recurrente no puede ser protegida por la fe pública registral, en cuanto las inscripciones no convalidan los actos defectuosos ante situaciones de discordancia del Registro con la realidad jurídica (arts. 33 y 39 LH); como fue la titularidad transmitida a Esso Española, viciada de los efectos de que adolecía de titularidad del transmitente, comprometido con la recurrida a soportar los efectos del ejercicio de un derecho de opción válido y eficaz». Más adelante, la sentencia retoma el argumento, en parecido sentido: «resuelto el derecho del transmitente por haber incumplido el tan citado derecho de opción, quedan resueltos los actos posteriores que tal transmitente efectuó a espaldas de tal derecho; es decir, los actos basados en una transmisión viciosa de su derecho».

bien celebrar actos dispositivos válidos y eficaces⁶⁴. En este correcto sentido se manifiesta entre otras la STS de 9 de junio de 1990, dictada por tanto cuatro meses antes que la de 24 octubre. En el supuesto resuelto en aquélla, el derecho de opción constaba inscrito en el Registro: el Tribunal Supremo declara que «con la inscripción y por efecto de la publicidad registral el derecho de opción se opone *erga omnes*», pero ello no impide al propietario enajenar la finca ni ocasiona cierre registral: simplemente, ejercitada en plazo la opción, triunfará frente a cualquier adquirente⁶⁵.

Volviendo a la STS de 24 de octubre de 1990, la cuestión más interesante planteada no es tanto la inconsistente negativa a la condición de tercero del adquirente a título singular, cuanto la vinculación al cumplimiento del contrato del tercero conocedor de aquél, con fundamento en su mala fe⁶⁶. La afección así de los terceros a las obligaciones contraídas por otros resultaría una consecuencia del

⁶⁴ Así, GAVIDIA SÁNCHEZ, comentando esta sentencia, observa que la sanción frente a los contratos entorpecedores de la opción habría de ser no la nulidad, sino la resolución, por no estar afectados por vicio que afecte a su validez: «la resolución permite salvar la eficacia del contrato en tanto no se ejercite el derecho lesionado: la decisión de ejercitarlo operaría como cumplimiento de una condición resolutoria del artículo 1123 CC, que estaría implícita en todos los contratos celebrados por los demandados, por su condición de causahabientes de mala fe, en mi opinión; en la del TS, parece que la razón estaría en que los causahabientes a título particular no tienen la consideración de terceros en los contratos celebrados por el transmitente»; «Comentario a la STS de 24 de octubre de 1990», *C.C.J.C.*, núm. 24, septiembre-diciembre de 1990, p. 1133.

⁶⁵ STS de 9 de junio de 1990: «con la inscripción y por efecto de la publicidad registral el derecho de opción se opone *erga omnes*, de suerte que su existencia afectará o perjudicará a todo adquirente posterior a la inscripción del derecho de opción de compra, pero sin que tal inscripción opere el cierre del Registro, por lo que el propietario de una finca concedente de un derecho de opción de compra, aun después de su inscripción en el Registro, puede enajenar o gravar la cosa ya que tal derecho no implica prohibición de disponer o de enajenar y sí sólo una facultad preferente de adquirir a favor del optante, si bien cuando un ulterior comprador adquiere el inmueble objeto de la opción inscrita, éste surte efecto contra ese comprador, esto es, el derecho de opción registrado opera contra el subadquirente como derechohabiente que es del que concedió la opción».

⁶⁶ En este sentido, GAVIDIA SÁNCHEZ, «Podría discutirse si el derecho de adquisición preferente de la demandante era o no oponible a causahabientes a título singular de la concedente, que fuesen de buena fe y cuya situación no estuviese protegida especialmente, bien por la fe pública, bien por la inoponibilidad de lo no inscrito frente a titular inscrito, bien por la protección que resulte a favor del poseedor de bienes muebles, bien por la usucapión. Pero no era éste el caso de autos. En mi opinión debía ser la mala fe de tales causahabientes lo que excluyera cualquier protección que no fuera la de la usucapión extraordinaria, frente al derecho de adquisición preferente de la demandante. Máxime cuando, según el propio Tribunal, su naturaleza es meramente obligacional. Considero defendible que la mala fe no sólo excluye la fe pública, sino que impide igualmente ampararse en la relatividad de la eficacia obligatoria del contrato —en el sistema de título y modo es, en principio, la única eficacia prevista—, y ello no sólo porque así pudiera deducirse de los arts. 1473 y 1474 CC, sino porque en la medida en que pueda hablarse de un derecho del tercero a no resultar afectado, sobre todo, negativamente, por un contrato en el que él no es parte sin su consentimiento, tal derecho estaría en su ejercicio sujeto a la exigencia de buena fe, lo cual permitiría, precisamente, considerar contrario a la buena fe alegar la relatividad del contrato del que surgía un derecho que, conscientemente, se ha contribuido a lesionar», *loc. cit.*, p. 1131.

principio general de buena fe, que se superpondría a, o pondría radicalmente en cuestión, la eficacia personal o real de los derechos.

➤ La misma doctrina acerca de que el conocimiento de un derecho de opción, aun personal, vincula a su cumplimiento a quien no lo otorgó se halla presente en la STS de 24 de febrero de 1993, si bien sus declaraciones han de entenderse como meros *obiter dicta*, dado que en el caso, el titular de la opción venía a impugnar la aportación social de la finca hecha por el concedente a una sociedad: se declara que tal aportación no merece reproche, ni frustra *per se* el derecho de opción, que persiste⁶⁷, de nuevo en aplicación de la doctrina correcta acerca de que la constitución de una opción no excluye la facultad dispositiva del propietario.

➤ Concedido por la sociedad propietaria un derecho de opción sobre una finca que por no hallarse inscrito se califica de personal, y aportada la finca a otra sociedad, le afecta a la segunda, por la mitigación al principio de la relatividad de los contratos que implica su trascendencia respecto a causahabientes a título particular⁶⁸ por conocer su existencia, lo cual excluye la buena fe de la segunda sociedad, y por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, que revelando la coincidencia entre ambas sociedades, impide que a la segunda haya de tenerse por totalmente ajena al Contrato origen del derecho de opción: STS de 13 de febrero de 1997⁶⁹.

Ha de destacarse que el último argumento de esta sentencia, que reconduciría el tema a la vinculación de la segunda sociedad por su carácter mismo de parte contractual, resulta postergado en favor del más arriesgado relativo a la buena o mala fe de la socie-

⁶⁷ STS de 24 de febrero de 1993: «Los propietarios de la finca efectivamente limitaron sus derechos de disposición de la misma, en la parte en que otorgaron la opción de compra, pero en forma alguna, por la aportación social que efectuaron de la misma, al integrarse en la compañía [...] como socios, la frustraron y por tanto el derecho opcional persiste [...]. Por otra parte (la sociedad adquirente) reconoció expresamente que conocía la existencia del contrato de opción que afectaba a la finca aportada al patrimonio de la misma, asumiendo tal situación [...]. En consecuencia, ha tenido lugar un contrato con terceros no incompatible con la opción convenida».

⁶⁸ STS de 13 de febrero de 1997: «El principio de la relatividad de los contratos, en cuanto a sus límites subjetivos, ha sido mitigado en su rigidez por la doctrina de esta Sala, al admitir que las obligaciones y los derechos dimanantes de los mismos trasciende a los causahabientes de uno de los contratantes a título particular por actos *inter vivos* que se introducen en la relación jurídica creada, mediante negocio posterior celebrado con el primitivo contratante».

⁶⁹ STS de 13 de febrero de 1997: «Existiendo un contrato de opción vigente y conocido por la recurrente –conforme hecho probado firme– en el momento de la incorporación de las dos fincas a su haber social, no le asiste condición blindada de tercero de buena fe, ajeno a la relación de opción, la que le afecta, así como sus consecuencias en cuanto a su cumplida ejecución [...], pues aplicando la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas entre DECSA y Aridcal, S.A., se da coincidencia de intereses y actuación que hacen que esta última no se la reputa como tercero totalmente ajeno, pues se burlarían los efectos de una opción ejercitada en forma eficaz y vinculante, por lo que ha de soportar las consecuencias del contrato celebrado con anterioridad por el causante de la transmisión, y contribuir a su ejecución, sin perder su propia naturaleza personal».

dad, ligada a su conocimiento o no de la existencia de la opción. Por el contrario, en las anteriores en el tiempo SSTS de 22 de junio de 1956 y 21 de febrero de 1969, ante casos similares (el contrato de opción, no inscrito, se había otorgado sobre finca que luego fue aportada a la sociedad conformada por los propietarios concedentes de la opción), el Tribunal Supremo encuentra en la doctrina del levantamiento del velo el fundamento para exigir a la sociedad el cumplimiento de la opción pactada por los socios.

➤ La estela de las SSTS de 24 de octubre de 1990 y 13 de febrero de 1997 es seguida por la STS de 5 de junio de 2006: el titular de un derecho de opción no inscrito, demanda a la concedente y a las sucesivas adquirentes del bien objeto del derecho, en ejercicio de dicho contrato. Se condena exclusivamente a la concedente a la indemnización de daños y perjuicios, advirtiendo que las subadquirentes *desconocían* la existencia del contrato de opción, lo que posibilita su protección bajo el amparo del artículo 34 LH⁷⁰.

➤ Mención aparte merece la STS 26 septiembre 1991. En el supuesto planteado, se otorga una opción de compra en documento privado; el concedente, posteriormente, dona la finca objeto de la misma, ésta vez en escritura pública. Ejercitada la opción frente al concedente, éste interpone la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse demandado a la donataria, que es estimada por el Tribunal Supremo, sin entrar en los demás motivos del recurso, relativos a la responsabilidad contractual⁷¹. Sin embargo, esta sentencia para nada se refiere al conocimiento de la opción como fundamento de dicho litisconsorcio, ya que lo basa, exclusivamente, en el carácter real del derecho de opción, aun no inscrito⁷².

⁷⁰ Tras la mención de las dos sentencias referidas en el texto, la STS de 5 de junio de 2006 declara: «Sin embargo, en el presente supuesto, la mala fe del tercer adquirente no es declarada en la sentencia de apelación, pues en modo alguno se ha declarado probado que la entidad [...] tuviera conocimiento de la existencia de la cláusula de opción de compra otorgada (...) y no inscrita en el Registro de la Propiedad, después de que varias entidades adquirieran sucesivamente la titularidad de la finca arrendada, estando amparada por el principio de exactitud registral, y la presunción de buena fe que en el artículo 34 LH se establece a favor del tercero que adquiere amparado en el Registro, buena fe que cabe desvirtuar mediante prueba en contrario cuya carga incumbe a quien invoca su ausencia, sin que la parte recurrente haya dirigido su actividad probatoria a tal fin».

⁷¹ STS de 26 de septiembre de 1991: «es de admitir, la figura jurídica, dentro de los derechos reales de adquisición, de la opción de compra, con el efecto de que el titular de ella pueda exigir de cualquiera que sea su propietario, de ser precedente, que se le transmita la finca o derecho objeto de la opción [...]; para que pueda alcanzarse esa efectividad se requiere demandar en el procedimiento entablado al efecto no solamente al que se designa concedente del referido derecho de opción, sino que también al que resulte actual titular de la finca a que afecte la opción».

⁷² STS de 26 de septiembre de 1991: «ante la división de los derechos reales limitados, según su contenido, en derechos de disfrute, derechos de realización, derechos de realización de un valor pecuniario y derechos de adquisición que atribuyen a su titular la facultad de adquirir, en ciertas circunstancias, la propiedad de una cosa o derecho, pudiendo ser de creación legal o constituirse con carácter real en negocio jurídico, es de admitir la

Ciertamente, la discutida naturaleza del derecho de opción no ayuda a clarificar la postura jurisprudencial sobre su eficacia. La sentencia que se acaba de referir parte indubitadamente de su naturaleza real como fundamento de la afección del tercer adquirente: de ahí que su conocimiento o no sobre la existencia del derecho ni se mencione. La aproximación al supuesto debatido parte, pues, de la calificación de la naturaleza del derecho, no de la posición subjetiva del tercero.

En la misma línea argumental expuesta pueden citarse las siguientes resoluciones, donde la negativa a la eficacia respecto de terceros de las obligaciones incluidas en el contrato causa de la titularidad de su *tradens*, se funda bien en la improcedencia de aplicación de la regla *nemo plus iuris*, bien en la falta de conocimiento del subadquirente.

➤ La STS de 5 de marzo de 1992 declara que el principio *nemo plus iuris transferre potest* no puede alegarse por el vendedor originario para exigir, a los titulares actuales del piso con quienes él no contrató, la cantidad impagada del precio por el comprador y subsiguiente *tradens* de aquéllos⁷³. Para ello sería imprescindible la cesión del contrato.

➤ Hallándose vigente un contrato de cesión discográfica con una compañía, un artista contrata con una segunda: la demanda sobre validez de contrato, concurrencia desleal e incumplimiento de contrato presentada contra el artista y la segunda compañía por la primera es estimada sólo en cuanto al artista, al no haberse probado que aquélla *conociera* el contrato que ligaba al artista con la primera, en aplicación del artículo 1257 CC: STS de 20 de marzo de 1995⁷⁴. Por consiguiente, el artista resulta condenado a indem-

figura jurídica, dentro de los derechos reales de adquisición, de la opción de compra, con el efecto de que el titular de ella pueda exigir de cualquiera que sea su propietario, de ser precedente, que se le transmita la finca o derecho objeto de la opción, procediendo judicialmente, en caso de resistencia, para llevar a cabo, de apreciarse con efectividad jurídica el negocio en que fue constatado, el compromiso o promesa de venta».

⁷³ STS de 5 de marzo de 1992: «los causahabientes a título particular, por vía de cesión del contrato, pueden verse afectados, lo que no puede admitirse es que, en ausencia de tal cesión, como sucede en el presente caso, incumplida por los compradores parcialmente su obligación de pagar el precio del solar transmitido, sucesivos propietarios de éste o de los pisos y garajes que, según el contrato, debieran ser entregados al vendedor como parte del precio, se vean obligados a cumplir tal contraprestación, pues ello violaría los límites personales del contrato sancionados en el artículo 1257 [...]; sin que por otra parte pueda invocarse con éxito el principio *nemo plus iuris transferre potest qui ipse habet*, dado que se adquirió el solar sin limitación alguna».

⁷⁴ STS de 20 de marzo de 1995: «Al no haber resultado acreditado que la sociedad recurrente conociera la realidad del contrato inicialmente suscrito entre el señor O. Y la sociedad actora, su manifiesta falta de intervención en él y su condición de tercero al respecto, conduce, de modo ineludible, a concluir que el Tribunal a quo aplicó indebidamente los artículos 1254 y 1278 e inaplicó, también de manera indebida, al igual que el Juez de Instancia, el artículo 1257 CC».

nizar a la primera compañía, pero el contrato celebrado con la segunda es declarado válido y eficaz.

Ahora bien, frente a esta numerosa jurisprudencia centrada sobre el conocimiento adquirido por el tercero, pueden encontrarse también resoluciones donde no se atiende a este criterio. Lo cual advierte acerca de lo inseguro del mismo, por una parte, y por otra, sobre su esencial dependencia no sólo respecto de las concretas circunstancias del caso planteado, sino también del modo de articular la pretensión procesal. De ello ofrecen buen ejemplo las dos siguientes resoluciones.

➤ STS de 3 de noviembre de 1992: se transmite un local comercial sito en una Cooperativa de Viviendas con una prohibición contractual de destinación a farmacia por un plazo de quince años, previéndose para caso de incumplimiento la resolución automática del contrato con pérdida del precio por la compradora. Al celebrar ésta un contrato de arrendamiento para farmacia (con su propio hijo), la vendedora insta y obtiene la resolución de la mencionada venta⁷⁵. Posteriormente, y a esta pretensión responde la sentencia mencionada, los titulares de locales para farmacia ubicados en dicha Cooperativa de Viviendas, y adquiridos de la misma vendedora, instan la nulidad del contrato de arrendamiento. Su pretensión es desestimada, considerando el Tribunal Supremo que los demandantes carecían de legitimación, por no presentar el contrato ni causa ilícita, ni estipulación en favor de tercero, advirtiendo que de merecer alguna sanción, ésta sería la anulabilidad, y la acción ha prescrito. Destaca la expresa negativa a calificar como abusiva la conducta del arrendatario, aun dado su conocimiento del pacto⁷⁶.

➤ Por su parte, la STS de 16 de diciembre de 2004 resuelve la pretensión del titular de un derecho de tanteo convencional que se califica de personal desde la necesaria eficacia *inter partes* del mismo, inhábil por tanto para producir efectos jurídicos directos en la esfera jurídica del adquirente. Y ello, aun asumiendo la creciente tendencia a la oponibilidad del contrato frente a terceros y las consecuencias de la admisión del contrato con daño para tercero, que la sentencia exige deslindar de la eficacia propia de los derechos reales. Por todo ello, y en contra el criterio de la Audiencia, deniega el ejercicio del retracto frente al tercer adquirente del bien, poniendo el acento en que tal era la acción ejercitada, y no la

⁷⁵ En las dos instancias, criterio confirmado en casación por la STS de 29 de mayo de 1982. La vendedora, sin embargo, no insta la resolución del contrato de arrendamiento.

⁷⁶ STS de 3 de noviembre de 1992: «aun cuando el arrendatario conociese la prohibición, su facultad de contratar no permite asimilarla, en absoluto, al supuesto de abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo que contempla el artículo 7.2 CC».

de impugnación de la venta o la de indemnización de daños y perjuicios⁷⁷.

A mi entender, esta sentencia acierta plenamente al apuntar las diversas vías ofrecidas por el ordenamiento jurídico para abordar la cuestión debatida desde consideraciones técnicas mucho más satisfactorias y específicas que el conocimiento del tercero, cuyo engarce concreto no es otro distinto al principio general de buena fe.

4. LA RELEVANCIA DEL CONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS REALES

Por otra parte, el análisis jurisprudencial revela que el conocimiento del tercero no sólo se convierte en el criterio determinante de la eficacia de los derechos de crédito, sino también de los derechos reales. Pueden citarse sentencias que fundamentan la eficacia *erga omnes* de un derecho real sobre el conocimiento de quien pretende vulnerarlo, constatado en el proceso. Ello supone un importante error de enfoque y trae como consecuencia la introducción de un requisito añadido, sin apoyo legal, para la eficacia *erga omnes* característica de los derechos reales.

➤ Así, la STS de 20 de mayo de 1992 recurre al argumento de que no puede ampararse el tercero en la falta de inscripción de una

⁷⁷ STS de 16 de diciembre de 2004: «La afirmación de que tanteo y retracto son dos modalidades de un mismo derecho de adquisición preferente no constituye más que una verdad relativa, ya que, precisamente, al operar uno antes de la venta y el otro después de ella, el que en el segundo haya siempre terceros directamente afectados en sus derechos dota a ambos de sustantividad jurídica, por más que pertenezcan al mismo género»: [...] la calificación del tanteo como derecho personal deja resuelta la cuestión, ya que «sólo se podía ejercitar *inter partes* y no frente a terceros, para quienes era *res inter alios*. [...] Como derecho de crédito que es, el tanteo convencional no produce efectos *erga omnes*, de modo que, en caso de incumplimiento de la obligación correlativa (es decir, de omitir la deudora la notificación y celebrar la venta sin respetar la preferencia), la acreedora podía exigir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, pero no convertirse en compradora sustituyendo al tercer adquirente [...] Es cierto que la doctrina y la jurisprudencia, sin negar la eficacia meramente relativa del contrato, admite su oponibilidad a terceros, cuando éstos han conocido su contenido o debido conocerlo de obrar diligentemente; y que han protegido en cierta medida al titular de la preferencia frente al tercer adquirente (SSTS de 24 de octubre de 1990 y 25 de abril de 1992). Además, la categoría del contrato en daño del tercero (vinculado a una de las partes por una relación jurídica que resulta lesionada con él) se señala como una excepción al principio general de eficacia relativa de los contratos (art. 1257 CC), para legitimar al perjudicado por el que celebraron otros, en orden a impugnar la adquisición infractora de su preferencia (art. 1275 CC). Sin embargo, una cosa es que el contrato que dio vida a la preferencia sea oponible al tercero que lo conoce, otra que el contrato de compraventa se pueda calificar como dañoso para el titular del tanteo (y, por lo tanto, ser impugnado) y otra distinta que el adquirente deba soportar en su esfera jurídica la eficacia directa del primer contrato o, con otras palabras, la preferencia adquisitiva cual si se tratase de un derecho real y no meramente de crédito. Y ha de recordarse que en la demanda se ejercitó una acción de retracto y no de impugnación de la venta o de indemnización de daños».

servidumbre cuando hay constancia de que conocía su existencia, bien por su carácter aparente, bien por otras vías (como se había acreditado en el caso)⁷⁸. Es preciso advertir que quien pretendía negar la eficacia de la servidumbre no había inscrito su derecho de propiedad en el Registro (adquirió en documento privado), de manera que en el pleito no se ventilaba una cuestión de inoponibilidad de una servidumbre no inscrita frente a un tercero hipotecario, sede en la que sí es relevante la buena fe (o sea el desconocimiento) del tercero, sino la eficacia propia o institucional de la servidumbre (en el caso, negativa, de no dividir) calificada como tal.

Por consiguiente, obsérvese que no resulta afectado el tercero por el mero carácter real del derecho, sino por el conocimiento adquirido sobre el mismo. La eficacia *erga omnes*, la oponibilidad natural del derecho real se sustituye por la buena fe del tercero: si éste conoce el derecho real, no la tiene y por tanto le es oponible; si no lo conoce, no, dada su buena fe. Esta construcción argumental representa una sustancial alteración del efecto de inoponibilidad de los *derechos reales no inscritos* procurada por el Registro. El principio de inoponibilidad registral protege la titularidad real de quien inscribe frente a quien (ostentando también una titularidad real) no lo ha hecho, y requiere de la buena fe de aquél (tercero hipotecario del art. 32 LH), dado que comporta una excepción al normal desenvolvimiento y eficacia de los derechos. Tiene sentido que esa ultra-eficacia de los derechos reales dispensada por el Registro exija al titular beneficiado requisitos adicionales, y el principal es su buena fe, el desconocimiento de la existencia de un derecho que contraría el propio. Pero tal requisito no pertenece a los elementos propios, estructurales, de los derechos reales.

➤ Con cita de numerosa jurisprudencia: el conocimiento de la existencia de servidumbre por el adquirente de la finca, presunto cuando hay signos ostensibles o manifiestos e indubitados, «no permite la protección registral que la Ley Hipotecaria proporciona a los adquirentes»: STS de 23 de marzo de 2001.

Considero del mayor interés comparar los supuestos y declaraciones de estas dos últimas sentencias: en la primera, frente a un derecho real no inscrito, el Tribunal Supremo defiende su oponibilidad como consecuencia de ser conocido por el tercero; en la segunda, es el conocimiento por el tercero, y por ende su falta de buena fe, no lo que brinda oponibilidad al derecho real, sino lo que impide al tercero conseguir inoponibilidad frente al mismo. Aquí si nos hallamos en el ámbito propio de aplicación de la buena fe, en

⁷⁸ STS de 20 de mayo de 1992: «pese a no hallarse inscritas las servidumbres, cuando conste que el tercero conocía su existencia, bien sea por su carácter aparente, o bien – como sucede en el presente supuesto– por haberse acreditado por otros medios, no puede ampararse el tercero en tal falta de inscripción».

sede de inoponibilidad de lo no inscrito que se conoce *frente a lo que sí está inscrito*. A mi modo de ver, en la confusión entre estos dos importantes y radicalmente dispares ámbitos se encuentra el germen de la insegura situación en que se encuentra hoy en nuestro Derecho la eficacia de los derechos patrimoniales.

➤ Otro ejemplo de aplicación correcta del ordenamiento jurídico, también ante un supuesto de servidumbre, lo brinda la STS de 17 de octubre de 2006. El adquirente inscrito de una finca pretende ampararse en su condición de tercero hipotecario para negar eficacia frente a él a una servidumbre no inscrita constituida con anterioridad sobre aquélla. El Tribunal Supremo reitera su doctrina acerca de que no puede ampararse en tal condición quien conoció la existencia de la servidumbre, como puede acreditarse bien por las características de aquélla, bien por otros medios ⁷⁹.

5. LA INCIDENCIA SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD

La relativización que las resoluciones reseñadas muestra entre trascendencia real y meramente personal de los derechos, ha llegado incluso a afectar a la configuración misma del derecho de propiedad.

➤ En la venta de una vivienda unifamiliar, el vendedor se reserva, con carácter vitalicio, el derecho de habitación sobre la planta alta y el garaje, incluyéndose en el contrato de compraventa la siguiente cláusula, que se inscribe en el Registro: «Por lo tanto el comprador tendrá derecho a la utilización sin restricción de planta baja y jardín de la total finca, desde la firma de la presente escritura. Este derecho es personal para el comprador y su madre». Ante la ulterior venta de la vivienda por el comprador, el primer vendedor interesa la resolución del primer contrato de compraventa, advirtiendo que la subadquirente conocía las condiciones en que el comprador adquirió. La STS de 1 de abril de 1998 estima tal pretensión, aun negando a dicha cláusula el carácter de prohibición de disponer, con fundamento en una sorprendente calificación del dominio y de la posesión como «facultad personal» ⁸⁰.

⁷⁹ STS de 17 de octubre de 2006: El artículo 13 LH ha sido interpretado por la Sala [...] «en el recto sentido de desposeerlo de imperatividad absoluta y terminante, ya que aunque tal gravamen real carezca de constancia registral, cuando el tercero conoce su existencia, bien por su carácter permanente, o bien por haberse acreditado por otros medios, no puede ampararse dicho tercero en tal falta de inscripción expresa, pues cuando los signos de la servidumbre son ostensible, permanentes y perfectamente exteriorizados, tal apariencia indubitada produce una publicidad en semejanza a la inscripción en el Registro».

⁸⁰ STS de 1 de abril de 1998: «No se trata de una prohibición de disponer, inaplicable en un contrato a título oneroso, ni de una obligación, sino de la configuración de la facul-

6. EL CONTRASTE CON EL TRATAMIENTO DEL EMBARGO Y SUS CONSECUENCIAS

Frente a la expuesta permeabilidad en la frontera entre los derechos reales y los de crédito, resalta la jurisprudencia (numerosísima) recaída en relación con la eficacia del embargo, la de su anotación preventiva y los requisitos de procedencia de la tercería de dominio. Desde una escrupulosa aplicación del concepto y efectos de las categorías jurídicas tradicionales (esto es: respectivamente, eficacia *inter partes* y *erga omnes* de los derechos de crédito y de los reales), el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado alumbraron una doctrina uniforme con anterioridad a la promulgación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil que ha recibido refrendo legal en ésta, y cuyos pilares fundamentales se asientan sobre la atribución de eficacia real al embargo desde su práctica (art. 587 LEC, aun antes de su anotación pero sin perjuicio entonces de las normas de protección del tercero de buena fe) y el reconocimiento de legitimación para la tercería de dominio sólo a quien demuestre la adquisición de la titularidad dominical antes de la traba (art. 595 LEC). El análisis de dicha doctrina arroja interesantes consecuencias en cuanto comporta la aproximación a las difíciles y numerosas cuestiones jurídicas implicadas y su resolución desde la aplicación estricta de la distinción entre las titularidades crediticias y reales y sus diferentes exigencias.

Por la claridad de sus declaraciones y las numerosas sentencias del Tribunal Supremo que cita, la RDGR de 6 de septiembre de 1988 ofrece un inmejorable punto de partida para la exposición de la jurisprudencia relativa a tales cuestiones. El Registrador de la Propiedad había denegado la inscripción del auto de adjudicación de la mitad indivisa de una finca objeto de un procedimiento ejecutivo, por constar en el Registro la inscripción de una adquisición sobre ella posterior a la traba, si bien el acceso de tal adquisición al Registro había sido posterior también a la anotación preventiva del embargo. Con revocación de la nota del Registrador, la Dirección General declara lo siguiente:

- Al provocar un embargo, el crédito determinante de la ejecución no ve alterada su naturaleza, de personal en real ⁸¹.

tad, más que de un derecho, derivada de la compraventa y de la adquisición de la propiedad, de posesión como facultad personal. Al transmitirse la propiedad a un tercero, se incumple la cláusula contractual».

⁸¹ RDGR de 6 de septiembre de 1988: «La traba del embargo, a diferencia de la hipoteca, no produce vinculación exclusiva del bien afecto al crédito que lo determina; esa vinculación opera en beneficio del proceso en que se acuerda, al efecto de facilitar la actuación de la Justicia y asegurar la efectividad de la ejecución ya acordada o que pueda acor-

- El embargo sí tiene trascendencia real, al conferir a los órganos judiciales poderes inmediatos sobre las cosas y restringir las facultades dominicales, por cuanto una vez decretado, sólo podrán enajenarse los bienes embargados sometidos a las resultas de éste ⁸².
- Para esta trascendencia real, la anotación preventiva de embargo carece de naturaleza constitutiva: dada la falta de un precepto en tal sentido, han de aplicarse las reglas generales de nuestro sistema, partidario de la inscripción declarativa aun «en el supuesto de que se trate de derechos reales que no lleven aneja la facultad de posesión inmediata» ⁸³.
- Lo anterior es lo más conforme con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la tercería de dominio, que sólo se estima en favor de quien presenta un título de dominio ya vigente al practicarse judicialmente la traba ⁸⁴.
- La colisión entre el embargo no anotado y la adquisición del bien embargado, en cuanto relativo al campo de los derechos reales, se resolverá por la regla *prior tempore potior iure*, «a salvo el derecho del tercer protegido por la legislación hipotecaria» ⁸⁵.

darse en el futuro, independientemente de cuál sea el crédito que, en definitiva, resultará satisfecho con el importe realizado, ya sea el del actor, ya sea el de un tercero que interponga y triunfe en la tercería correspondiente [...]. Así pues, el embargo para nada altera la naturaleza del crédito del actor, que sigue siendo un derecho personal; el que el artículo 1923.4.º CC le conceda determinada preferencia a partir de la anotación, excepcionando la regla general de igualdad de trato de los acreedores, no trasciende a esa naturaleza personal y sólo juega para decidir, en una posible incidencia del proceso de ejecución, cuál sea el crédito que debe ser satisfecho preferentemente con el importe realizado».

⁸² RDGR de 6 de septiembre de 1988: «Lo dicho anteriormente no quiere decir que el embargo, en sí, carezca de trascendencia real. Se trata de una medida cautelar que, como otras que pueden ser adoptadas en diversas actuaciones judiciales [...], a la vez que confiere a los órganos judiciales poderes inmediatos sobre las cosas, que pueden ser actuados aun sin la mediación de su dueño, restringe claramente las facultades dominicales. Y así ocurre que sólo será posible la enajenación respetando el embargo y que el dueño de los bienes embargados no puede darles, en su caso, en hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento».

⁸³ RDGR de 6 de septiembre de 1988: «Pero ha de reconocerse que en ningún precepto se establece expresamente el carácter constitutivo de la anotación preventiva. Habrá de estimarse, pues, que, respecto de este acto modificativo de los derechos reales inmobiliarios rigen las normas generales de nuestro sistema, según las cuales la inscripción, como regla, no tiene carácter constitutivo ni siquiera en el supuesto de que se trate de derechos reales que no lleven aneja la facultad de posesión inmediata, como, por ejemplo, ocurre con los censos consignativos, las servidumbres negativas, sobre todo las no aparentes, o el retracto convencional».

⁸⁴ RDGR de 6 de septiembre de 1988: al ser la tercería de dominio una cuestión de preferencia, «se precisa invocar un título dominical vigente al efectuarse judicialmente la traba para que pueda el tercerista obtener el respeto y protección que reclama [...]; de conformidad con los principios procesales de economía y celeridad, «no tendría sentido que la protección de las adquisiciones posteriores a la traba (y anteriores a la anotación de la traba en el Registro) fuera excluida de la vía de la tercería, y se dejara, en cambio, abierta la acción reivindicatoria en proceso independiente que, de prosperar, haría inútil toda la ejecución ultimada».

⁸⁵ RDGR de 6 de septiembre de 1988: «La colisión entre el embargo no anotado y el acto dispositivo sobre el bien embargado se decidirá, puesto que afecta al campo de los derechos reales, según el principio *prior tempore potior iure*, a salvo el derecho del tercer protegi-

La eficacia real del embargo desde su práctica, hoy recogida en el artículo 587 LEC, y el carácter no constitutivo de su anotación preventiva, cuya trascendencia radica en impedir la aparición de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral, tras un largo y fructífero debate jurisprudencial y doctrinal ⁸⁶, puede calificarse hoy de verdad pacíficamente admitida: entre otras muchas, pueden verse la RDGR 8 noviembre 1996 ⁸⁷ y las SSTS de 7 de abril de 2000 y 10 de mayo de 2004.

Por otra parte, el reconocimiento de legitimación activa para el ejercicio de la tercería de dominio sólo a quien presente título dominical de fecha anterior a la práctica de la traba (ver el vigente art. 595 LEC) se acompaña en la jurisprudencia de numerosas declaraciones relativas a los requisitos que nuestro sistema transmisivo impone para la adquisición de la propiedad, que distinguen nítidamente entre el ámbito obligacional del contrato y el real de la adquisición de la propiedad.

➤ Así, para que proceda la tercería de dominio es imprescindible que el contrato transmisivo venga seguido de la tradición real, instrumental o *ficta*, dado que en nuestro sistema aquél no basta para hacer propietarios: SSTS de 20 de febrero de 1995 ⁸⁸, 25 de febrero ⁸⁹ y 10 de mayo de 2004.

do por la legislación hipotecaria. Es decir, producido el embargo, aunque no esté anotado el dueño del bien, sólo puede transmitirlo en la medida en que es suyo, o sea, con la carga del embargo; a salvo el caso en que el que hubiere adquirido el bien, con posterioridad al embargo, reuniera los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria».

⁸⁶ No quisiera incurrir en manifiesta frivolidad, hurtando al lector la mención de la viva polémica doctrinal y jurisprudencial vivida en nuestro Derecho acerca de cuándo había de entenderse al embargo dotado de eficacia *erga omnes*, si desde su práctica o desde su anotación, polémica nacida al abrigo de la derogada LEC de 1881 y que ha venido a superar la vigente, cuyo artículo 587 deja bien asentado lo primero. La bibliografía al respecto es numerosísima: el lector interesado puede encontrar un resumen de las diversas posturas en TALMA CHARLES, *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, pp. 296 ss.

⁸⁷ RDGR de 8 de noviembre de 1996: «La traba del embargo es una medida cautelar, susceptible de adopción en el procedimiento ejecutivo que, aunque no altera la naturaleza del crédito para cuya efectividad se practica, tiene eficacia real en cuanto vincula *erga omnes* el bien trabado al procedimiento en el que se decreta y, una vez anotado, atribuye al crédito que lo motiva, respecto a los bienes embargados, preferencia frente a créditos posteriores a la anotación (art. 1923.4 CC), siendo la fecha de aquella traba determinante a efectos de tercerías, precisándose la necesaria anotación para que no quede inutilizado ante la eventual aparición de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral».

⁸⁸ STS de 20 de febrero de 1995: «El *ius ad rem* no pasa de ser un derecho personal a la entrega de la cosa, que todavía no se ha producido. [...] El título obligatorio, únicamente, sin *traditio* o entrega, no puede ser protegido por la tercería de dominio, ya que éste sigue teniendo como titular al vendedor que no ha realizado aquella entrega, doctrina de total aplicación a las demás acciones protectoras del dominio como son la reivindicatoria y la declarativa».

⁸⁹ STS de 25 de febrero de 2004: «Es imprescindible que el tercerista acredite el dominio pleno y excluyente y la antigüedad del negocio de transmisión, así como la efectiva tradición de lo enajenado».

➤ La transmisión del dominio no requiere de escritura pública ni de inscripción registral, sino de un contrato traslativo unido a la tradición: SSTs de 19 y 20 de julio de 2004⁹⁰.

➤ No procede la tercería cuando el auto judicial de aprobación de cesión en pago tiene fecha posterior a la del embargo, ya que aquélla determina, y no la del convenio, la transmisión de la propiedad: STS de 19 de octubre de 1992.

➤ La prueba de la fecha de la adquisición del dominio puede hacerse por cualesquiera medios, sin que la enumeración del artículo 1227 CC haya de entenderse taxativa en cuanto a los contratos celebrados en documento privado: SSTs de 25 de febrero⁹¹, 29 de marzo y 10 de mayo de 2004⁹², que citan otras muchas anteriores.

➤ Ahora bien, el reconocimiento de eficacia probatoria al documento privado no implica otorgarle eficacia sustantiva o traditoria; de ésta carece: STS de 20 de julio de 2004⁹³.

Adviértase la riqueza de matices de las declaraciones jurisprudenciales sobre la eficacia de la escritura pública y el documento privado. La primera tiene un efecto sustantivo, en cuanto equiparada legalmente a la tradición efectiva (art. 1262.2 CC), del que carece el segundo. De manera que *a falta de tradición real*, sin escritura pública, no existe transmisión del dominio. Ahora bien, a los efectos probatorios de la *celebración* del contrato, la trascendencia del documento privado no queda restringida a los estrictos límites del artículo 1227 CC, cuyo supuesto es la inexistencia de otros medios probatorios para demostrar la certeza de la fecha constante en tal documento privado. Esto es, si el documento privado se ve

⁹⁰ STS de 19 de julio de 2004: «Aun cuando los contratos privados no hacen prueba frente a terceros del hecho de su otorgamiento ni de los pactos que contienen, ello no implica, en modo alguno que no pueda justificarse mediante otras pruebas, la existencia de dichos pactos y su virtualidad jurídica, que los hace operativos frente a dichos terceros, máxime cuando a través de dicho contrato, unido a la tradición, se produce la transmisión del dominio, para la que no es requisito constitutivo el otorgamiento de escritura pública, ni su inscripción en el Registro de la Propiedad».

⁹¹ STS de 25 de febrero de 2004: «La doctrina jurisprudencial autoriza a advenir la fecha de los documentos privados por cualquier medio probatorio de los previstos en el artículo 1215 CC. Esto es así, pues los supuestos especificados en el artículo 1227 CC no forman núcleo cerrado y la veracidad de la data se puede admitir cuando resulta debidamente demostrada por actos que alejen la plena sospecha de falsedad o simulación».

⁹² STS de 29 de marzo de 2004: el artículo 1227 CC opera «sólo cuando el hecho a que se refiere el documento no se puede acreditar más que a través de él, lo que no ocurre si la realidad de la fecha se corrobora por otras pruebas practicadas».

⁹³ STS de 20 de julio de 2004: Que el documento privado no ofrezca duda sobre su autenticidad no le confiere efecto real: «la incorporación de un documento privado a una Oficina o Registro Público o su mera protocolización no producen el efecto traditorio del artículo 1462.2 CC»; lo dispuesto en el artículo 1225 sobre el reconocimiento al documento privado del mismo valor que a la escritura pública se refiere sólo a la eficacia probatoria, pero no a la sustantiva, «ni siquiera a la eficacia documental genérica, de la que aquélla (la probatoria) es únicamente una faceta».

apoyado por otros cauces probatorios, afecta a tercero: adviértase que la jurisprudencia mencionada presupone el conflicto de intereses con terceros, los ejercitantes de la tercería de dominio. De manera que, acompañado de una tradición real, basta para transmitir el dominio.

De modo que en cuestión tan relevante para el tráfico y la seguridad jurídica como es la eficacia del embargo y la procedencia o no de la tercería, el Tribunal Supremo aplica de forma impecable las categorías tradicionales, hallando en la técnica diferenciación entre los derechos reales y los de crédito puerto seguro para la resolución de los más complejos supuestos fácticos.

Ello obliga a reflexionar acerca de la exactitud de la afirmación habitual de que la creación, modificación y extinción de los derechos reales, para ser oponible a tercero, precisa de un documento público. Y de la aún más genérica según la cual el documento privado y su fecha carece de efectos para quien no intervino en él, siendo siempre inoponible frente a documento público incompatible.

Adviértase el supuesto de la STS de 18 de noviembre de 1991: el propietario de una finca la vende en documento privado de fecha 1 de septiembre de 1973. Posteriormente, dicho vendedor dona la misma finca a su hijo, esta vez en escritura pública de 19 de mayo de 1980. El comprador demanda al vendedor y a su hijo instando la nulidad de esta donación. Los demandados alegan, precisamente, que el documento privado carece de efectos para quien no intervino en él y no vale frente a documento público incompatible. En las dos instancias y en casación triunfa la pretensión del demandante, aplicando el Tribunal Supremo en su sentencia la doctrina expuesta acerca de que no sólo el reconocimiento legal puede conferir virtualidad probatoria al documento privado⁹⁴. Además, el Tribunal Supremo niega la condición de tercero civil al hijo del vendedor, aunque con argumentación bastante oscura y poco fundada, y considera que de seguirse el criterio del recurrente, se infringirían los artículos 1256 y 1258 CC⁹⁵.

⁹⁴ STS de 18 de noviembre de 1991: «Es reiterada la jurisprudencia que declara que la falta de reconocimiento de documento privado aportado a la litis no le priva íntegramente del valor que le otorga el artículo 1225 y puede ser tomado en consideración ponderando su grado de credibilidad atendiendo a las circunstancias del debate. [...] El conjunto de la prueba practicada en la fase oportuna de primera instancia acredita, como ya se indicó, la certeza de la fecha, y en este sentido se ha declarado [...] que el artículo 1227 no es aplicable cuando existen otras pruebas que acreditan la realidad de la fecha que aparece en el documento». En el mismo sentido, STS de 15 de marzo de 1991, con abundante cita de jurisprudencia en el mismo sentido.

⁹⁵ STS de 18 de noviembre de 1991: «No puede considerarse tercero civil a los efectos del artículo 1225 y 1227 CC a quien intervino como parte contratante frente a quien fue a su vez contratante en el anterior contrato de compraventa aunque en éste último aquél no interviniera, máxime cuando entre ambos media un vínculo de parentesco paterno-filial. [...] De accederse al recurso, teniendo en cuenta la resultancia probatoria expuesta en el apartado

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

A la vista de la jurisprudencia que con pretensión no exhaustiva, sino meramente ilustrativa he expuesto, se aprecia con claridad una situación de inseguridad e indefinición en la determinación de los efectos que los contratos y las situaciones jurídicas en ellos creadas producen respecto de terceros. Junto a sentencias que resuelven los conflictos planteados desde una estricta aplicación del principio de la relatividad de los contratos, considerando que los terceros no intervinientes en ellos no pueden estimarse vinculados a cumplir lo en ellos dispuesto, ni quedan afectados por pactos o cláusulas carentes de trascendencia real, coexisten otras que, desde diferentes fundamentaciones, llegan a consecuencias radicalmente contrarias. Los argumentos jurídicos alegados para alcanzar tales resultados son:

- Las menciones o referencias, no siempre relevantes o procedentes, a la eficacia refleja, mediata o indirecta del contrato;
- El recurso a entender presentes figuras tales como la cesión de contrato o la subrogación en el crédito, aunque sin exigir sus requisitos;
- La general transmisibilidad de las obligaciones recogida en el artículo 1112 CC;
- La consideración como parte contractual a los adquirentes a título singular de los bienes objeto de un contrato anterior;
- La oponibilidad de los contratos, afirmándose que el conocimiento de lo celebrado en ellos impone a los terceros un deber de abstenerse de realizar actuaciones entorpecedoras para el cumplimiento de aquéllos, con fundamento en el principio *neminem laedere* y en las exigencias de la buena fe;
- Y, finalmente, la aplicación de la regla *nemo plus iuris transferre potest quod ipse habet* más allá del ámbito de las titularidades reales, admitiendo así que los pactos con trascendencia meramente personal, de conocerse, vinculan a terceros.

En algunas de esas sentencias, y así claramente en las que reconocen legitimación a los subadquirentes para reclamar por defectos en la construcción, se encuentra una exigencia de justicia material fácilmente comprensible y compatible, pero no por ello dejan de presentar dudas y dificultades desde un punto de vista de técnica jurídica.

anterior, se infringirían los artículos 1256 y 1258 CC, que no permiten que la validez y el cumplimiento de un contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes, y que exige estar a las consecuencias que se deriven de lo pactado, de la buena fe, del uso y de la ley».

En suma, se aprecia que en muchas resoluciones el Tribunal Supremo aborda y resuelve la eficacia de los derechos no desde la calificación de su naturaleza jurídica real o personal, sino desde la consideración de su conocimiento o no por el tercero, llegándose a la afirmación de la general oponibilidad de cualquier derecho, por exigencias del principio de buena fe, frente a quien conoce su existencia. Afirmación que, si surge para ampliar la eficacia de los derechos personales, también ha encontrado aplicación en los derechos reales, cuya eficacia frente a terceros se hace depender del conocimiento adquirido por éstos. Y ello, desde afirmaciones relativas a la trascendencia de la publicidad registral más que discutibles.

Esta situación de indeterminación y por ende de franca inseguridad jurídica, puede quizá ser consecuencia de una incorrecta interpretación de la doctrina relativa al contrato en daño de tercero, que ha terminado conduciendo a una confusión entre los mecanismos jurídicos de defensa propios de los derechos personales y los correspondientes a los derechos reales. O, si se quiere, a una vulgar confusión entre las vías contractuales y extracontractuales de afrontamiento de los conflictos. Y ello, porque si en un primer momento se plantea la eficacia frente a terceros de lo dispuesto en un contrato en relación con los pactos de exclusiva, desde éstos se ha propagado también a derechos de adquisición preferente de origen convencional, situaciones susceptibles de configurar servidumbres o pactos limitativos de las facultades de disposición del dueño. Ni que decir tiene que la doctrina presente en las resoluciones expuestas comporta una radical revisión de la general presunción de libertad del dominio y de las bases mismas del Derecho patrimonial y el inmobiliario registral.

Por contraste, toda la jurisprudencia relativa a cuestiones relacionadas con el embargo permanece ajena a las disquisiciones expuestas. El Tribunal Supremo resuelve los complejos problemas de preferencia y eficacia que aquél plantea desde la más estricta aplicación de los principios técnicos tradicionales que distinguen los derechos reales y los de crédito. Ninguna resolución ha hecho depender la eficacia del embargo del conocimiento que el adquirente del bien posterior a la traba haya obtenido sobre él.

A mi entender, en la práctica (y también en parte de la doctrina), la buena fe ha pasado de ser un presupuesto legal para gozar de una protección excepcional al sistema a convertirse en un indebido criterio definidor de la eficacia propia de los derechos. Tiene sentido que el Registro de la Propiedad exija, a quien pretende ampararse en él para gozar de una protección más allá del sistema, gozar de buena fe. Así, el tercero del artículo 32 LH, que logra la inoponibi-

lidad frente a su titularidad real de lo que pudiendo estar inscrito, no lo está. E igualmente, el tercero del artículo 34 LH, que consigue obviar cuanto pudiendo perjudicar a su derecho, no ha llegado al Registro⁹⁶. Pero *nunca* la eficacia de los derechos reales se ha hecho depender de su conocimiento por terceros cuando no procede la aplicación de las reglas registrales. Los derechos reales no inscritos siguen siendo reales, y tienen oponibilidad como tales. De ahí que el sistema desee y estimule su inscripción, y no a efectos constitutivos sino de mera publicidad⁹⁷. Los derechos de crédito, todo lo contrario: no se inscriben porque no son oponibles, porque no amenazan la libertad del dominio. Defender la conveniencia de su general oponibilidad a partir del conocimiento por los terceros supone alterar las bases de nuestro sistema de Derecho patrimonial. De ello ofrece cumplida prueba el exceso a que tal afirmación conduce a parte de la doctrina, que termina propugnando su general inscripción. Nada más contrario a los presupuestos sobre los que se ha asentado nuestro Registro de la Propiedad desde la primera Ley hipotecaria y, de paso, a la libertad del dominio.

⁹⁶ Doctrina correcta, poniendo de manifiesto cómo la buena fe es relevante ante un problema de oponibilidad, puede leerse en las SSTs de 11 de octubre de 2006, y 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007.

⁹⁷ Así se expone con total claridad en la reciente STS de 7 de septiembre de 2007: «Se comprende mejor, así, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 cuando indicaba que el comprador que no inscribiera la venta, *aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción*, pues no se trataba de negar la oponibilidad frente a todos de un derecho real como es el de propiedad, sino de que prevaleciera la seguridad jurídica fomentado la inscripción».