

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente

(Comentario a la Sentencia del T. S. de 12 de noviembre de 1963)

ANTECEDENTES DE HECHO

En la villa de X existían dos fincas: la casa número 5 de la plaza de Y, y la casa fragua, sin número, de la calle de Z. Dichas dos fincas, aunque inscritas separadamente y cada una con individualidad propia en el Registro de la Propiedad, eran físicamente colindantes y en la realidad se venían explotando conjuntamente, estando comunicadas interiormente por una puerta. En 1937 don B. tomó en arriendo a su propietaria doña A. los locales que integraban los dos inmuebles citados, estableciendo en ellos la fonda P. Aunque no resulta claro de los términos del contrato que éste se extendiera a las dos edificaciones dichas, se afirma como cierto que venía ocupando ambas a título de arrendamiento, destinando los locales de la segunda finca a cocinas, servicios y galerías, adosados todos ellos a la casa principal de la plaza de Y, siendo la intención de los contratantes esa ocupación conjunta. En 1942 falleció don B., pasando el arriendo y la explotación de la fonda a su viuda, doña C. El 9 de enero de 1945 fue celebrado un nuevo contrato de arrendamiento de aquellos dos locales a favor de doña C. por don D., que ya había adquirido poco antes los inmuebles arrendados, si bien la formalización en escritura pública de la compra de D. no se hizo hasta después de celebrarse este nuevo arrendamiento. En la cláusula quinta de dicho contrato arrendaticio se estipuló que en el caso de venta de dicha finca, que no podrá realizarse sin el consentimiento de la arrendataria, ésta será la compradora preferida en análogas condiciones, y desde luego el adquirente vendrá obligado a respetar el contrato. Y el 12 de enero de 1956 don D. vendió a don E. la casa fragua, sin número, de la calle Z. Expresamente se reconoce que don E., al comprar la finca, conocía la ocupación de la misma por los arrendatarios y la existencia de una comunicación interior entre ambos inmuebles, si bien don D., al venderle la casa fragua, le advirtió que no estaba alquilada, por extenderse el contrato de arrendamiento vigente sólo a la otra casa, siendo los ocupantes de la casa fragua meros precaristas sin título. Fracasada una reclamación judicial de don E. contra doña C. para desalojarla de los locales arrendados, don E. vendió en 30 de octubre de 1956 a don F. la casa fragua que había comprado, habiéndose inscrito en el Registro estas sucesivas transmisiones de propiedad.

Los hijos y herederos de doña C. demandaron a don D., don E. y don F. ante el Juzgado de Primera Instancia, solicitando se declarara que el contrato de arrendamiento celebrado el 9 de enero de 1945 comprendía tanto

la casa número 5 de la plaza de Y como la casa fragua sin número de la calle Z en favor de los herederos de doña C.; que dicho contrato de arrendamiento debía consignarse en escritura pública con los requisitos necesarios para ser inscribible en el Registro de la Propiedad, condenando a los demandados al otorgamiento de esa escritura; y que la casa fragua sin número de la calle Z no había podido ni debido venderse eficazmente por don D. a don E. ni por éste a don F., ya que, según la cláusula quinta del contrato de arrendamiento, los arrendatarios tenían el derecho de ser notificados previamente del propósito de venta y de adquirir el inmueble arrendado con preferencia a los extraños, pidiendo que se declarara, en consecuencia, la nulidad e ineficacia de las transmisiones realizadas y de las inscripciones registrales practicadas, así como que se condenara a los demandados a otorgar la correspondiente escritura de venta en favor de los demandantes, por el precio que figuraba recibido en las transmisiones anteriores.

A su vez, don D., al oponerse a la demanda, trató de precisar que el contrato arrendaticio celebrado el 9 de enero de 1945 con doña C. nada tenía que ver con el primer arrendamiento concertado entre don B. y doña A. Según el nuevo contrato sólo se arrendaba la casa número 5 de la plaza de Y y la mitad de la huerta contigua, por plazo de doce años a contar del otorgamiento de la escritura de venta en favor del arrendador, quedando fuera del arrendamiento la casa fragua. Que, contra lo afirmado por los demandantes, no había existido confabulación entre don D. y don E., sino que este último había adquirido la casa fragua por interesarle sus locales para establecer un almacén, habiéndose realizado esta venta en escritura pública y en concepto de libre de toda carga, gravamen o arrendamiento la finca vendida.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y declaró que el contrato de arrendamiento celebrado el 9 de enero de 1945 entre don D. y doña C. era extensivo en favor de los hijos de doña C. a la casa fragua.

Apelada la sentencia por ambas partes, fue confirmada íntegramente por la Audiencia.

Contra la sentencia de la Audiencia los demandantes interpusieron recurso de casación por infracción de ley, fundado en diversos motivos. De ellos extractamos aquí sólo algunos de los más importantes:

a) Inaplicación de los artículos 1.089, 1.091, 1.124, 1.254 y 1.255 C. c. y del principio "pacta sunt servanda". Por cuanto se había desconocido la norma, contenida en la estipulación quinta del contrato de arrendamiento, que concedía a la arrendataria el derecho a ser notificada de la venta, recabando su consentimiento para ello. Ya que se había realizado la enajenación de la finca sin el cumplimiento de esos requisitos, lesionándose igualmente el derecho de la parte arrendataria de adquirir con preferencia a un tercero en caso de venta. Alegando, además, la falta de buena fe en don E. y don F.

b) Inaplicación de los artículos 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria. Por estimar que la sentencia recurrida vulnera esos preceptos en cuanto de ella resultan válidas transmisiones consideradas por los recurrentes nulas y

con mala fe, y se deniega la petición de nulidad de las inscripciones practicadas.

c) Inaplicación de los artículos 1.258, 1.279 y 1.280 C. c., 1, 2, 3, y 9 L. H. Porque, a juicio de los recurrentes, el contrato de arrendamiento y preferente adquisición debió elevarse a escritura pública con los requisitos necesarios para su inscripción en el Registro de la Propiedad, siendo el plazo pactado del arriendo superior a seis años. Y no cabe estimar la inutilidad de la inscripción, una vez vencido el plazo estipulado de doce años, como afirma la sentencia recurrida, porque el derecho de tanteo contractualmente originado sólo podía tener eficacia frente a terceros por la inscripción.

Con independencia de esos concretos motivos, el recurso se fundaba en otros varios de orden procedimental, relativos a la presunta incongruencia de la sentencia de apelación, por no resolver todas las cuestiones contenidas en la demanda; y a la correcta formulación de la demanda, no reconocida por la Audiencia, que no había entrado íntegramente en el fondo del asunto por ese defecto formal. A dichos motivos no nos referimos ahora por rebasar el ámbito puramente civil y sustantivo de esta nota.

LA SENTENCIA

El T. S., en Sentencia de 12 de noviembre de 1963, declara no haber lugar al recurso de casación en base a la siguiente doctrina:

«La cláusula quinta del contrato arrendaticio, antes transcrita, envuelve en realidad una limitación a la facultad de enajenar por cierto tiempo, voluntariamente impuesta por el propietario-arrendador, concediéndole (al arrendatario) la preferencia de adquisición del inmueble en el supuesto de que proyecte venderlo o lo haya vendido a otra persona: pero su incumplimiento por parte del obligado no puede tener la trascendencia que los demandantes pretenden de otorgarle efectos reales, porque a partir de la reforma de la L. H. promulgada en 30 de diciembre de 1944, mantenida por la vigente de 8 de febrero de 1946—y a sensu contrario de lo que ésta expresa en su artículo 27—las prohibiciones lícitas de disponer establecidas en actos a título oneroso, que no sean de las comprendidas en él, no tienen alcance real y, consiguientemente, en caso de infracción, como únicamente (*) proclama la doctrina, sólo producen, para la persona afectada por la limitación o prohibición, la obligación de abonar los daños y perjuicios causados» (Considerando 2.º).

«Así entendida la cláusula cuyo alcance se discute, se impone la desestimación del primer motivo del recurso, en el cual se denunció la infracción de los concretos preceptos del C. c. que sancionan el principio de derecho "pacta sunt servanda", con arreglo a los que, según los recurrentes, al venderse la finca litigiosa sin haberse dado conocimiento a la arrendataria del precio y condiciones en que proyectaba transmitirse, vulneró el vendedor la ley del contrato, y surgió en los causahabientes de la arrendataria—fa-

(*) Debe querer decir "unánimemente", debiendo atribuirse la redacción del adverbio referido a errata en la copia de la Sentencia.

vorecidos por la cláusula—un derecho de adquisición preferente de dicha finca que la sentencia recurrida desconoce; y se impone tal desestimación porque la cláusula comprensiva de esa limitación de la facultad de disponer, que voluntariamente estableció el propietario arrendador, no puede tener esa trascendencia real que se pretende, y su vulneración, aunque constituya una infracción de la ley del pacto, no puede originar más que la obligación de indemnizar daños y perjuicios que, en el presente caso, no han sido reclamados por los demandantes» (Considerando 3.º).

“A mayor abundamiento, como esa limitación de la facultad de disponer no se hizo constar en el Registro de la Propiedad, no puede afectar al tercero que de buena fe adquirió a título oneroso de quien en él figuraba con facultades para transmitir, pues está favorecido por la protección registral que le dispensa el artículo 34 L. H., que sólo se le podría negar destruyendo la presunción de buena fe que le atribuye el párrafo segundo de dicho artículo, presunción que, en el caso de autos, no estimó el Tribunal a quo que estuviese destruida por la prueba suministrada por quienes la impugnan, pues no hizo declaración de tal mala fe, limitándose a afirmar que esas transmisiones se habían efectuado “para complacer a don D.”, pero sin proclamar esa falta de buena fe precisa para enervar aquella presunción” (Considerando 4.º).

“Tampoco cabe afirmar, como pretendían los recurrentes, que la Sentencia de la Audiencia vino a convalidar transmisiones originalmente nulas, hechas con mala fe, ni que dejaba vivas y vigentes inscripciones que debieran declararse nulas, según los artículos 33, 34 y 38 L. H., porque ni la cláusula pactada, de preferencia para caso de venta, tiene esa pretendida eficacia real, ni ha sido reflejada en el Registro de la Propiedad para que pudiera afectar a terceros adquirentes, ni se estimó por la Sentencia recurrida que en ese tercer adquirente que inscribió su derecho concurriese la mala fe precisa para privarle de la protección registral que le otorga el artículo 34, 2.º L. H.” (Considerando 9.º).

COMENTARIO

De las diversas cuestiones implicadas en el caso que motiva la presente Sentencia, vamos a excluir inicialmente las de orden estrictamente procesal (incongruencia, defecto formal en la formulación de la demanda), así como las relativas a la determinación exacta del objeto arrendado (si comprendía los dos inmuebles colindantes o sólo uno de ellos; cuestión de interpretación contractual que la Sentencia de instancia da por resuelta en forma extensiva). Con esas voluntarias limitaciones queda reducido el contenido de esta nota a examinar la calificación del contrato celebrado y, especialmente, a matizar su posible eficacia.

I. A la vista del contrato arrendaticio celebrado el 9 de enero de 1945, se observa que nos encontramos en presencia de un contrato complejo o de múltiple contenido. En efecto, según su cláusula quinta “En el caso de venta de dichas fincas antes de expirar este contrato, que no podrá realizarse sin el consentimiento de la arrendataria, ésta será la compradora

preferida en iguales condiciones, y, desde luego, el adquirente vendrá obligado a respetar este contrato". Al lado de las estipulaciones estrictamente arrendaticias (cesión de los locales por plazo de doce años y determinada renta), se consignaban otras complementarias, pero inseparables. Por virtud de ellas se establecía: a) la necesidad del consentimiento de la arrendataria para la válida enajenación de las fincas arrendadas; b) su derecho de adquisición preferente en caso de venta de los locales; c) la subsistencia del derecho arrendaticio así creado frente a los posibles adquirentes de las fincas. Es decir, al lado de la cesión del uso arrendaticio, una restricción a las facultades dispositivas del dueño arrendador, un derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario, y el establecimiento de la eficacia frente a terceros del arrendamiento concertado.

De esa variedad de contenido deducimos la calificación de contrato complejo. Complejidad que deriva de la yuxtaposición de las diversas estipulaciones. Más que de atipicidad legal del contrato, podría hablarse aquí de mixtura o multiplicidad en su contenido (1). En este sentido, pudiera ser útil la escueta consideración por separado de esos diversos pactos concurrentes. Sobre todo, para tratar de precisar su respectiva eficacia, que es lo que ahora más nos interesa.

Pero antes conviene orillar una dificultad que surge fácilmente en este punto. Si el contrato es algo unitario, y como tal querido en su integridad por los contratantes, sin distinguir entre esas distintas facetas obligacionales. ¿resulta lícito distinguir el contenido de los distintos pactos que lo integran? ¿Puede afirmarse la inscribibilidad del arrendamiento urbano, pongo por ejemplo, y no la del derecho de adquisición preferente? ¿Podrá tener menor eficacia el derecho del arrendatario a intervenir en la enajenación de la finca prestando su consentimiento que la obligación del comprador de respetar el arrendamiento concertado por el transmitente? Viejo tema éste de la consideración unitaria del pacto complejo, que divide a la doctrina en dos amplias direcciones, según se admita su apreciación como un todo (teoría de la absorción) o como una agregación de pactos separados, cuya respectiva naturaleza conjunta determinará la eficacia total (teoría de la combinación). Sin perjuicio de lo que se dice más adelante sobre la eficacia frente a terceros de los derechos concurrentes nacidos de un mismo negocio, baste con tener presente aquí una idea: si no es sencillo la fusión de elementos heterogéneos en orden a la búsqueda de una reglamentación común, lo cierto es que sólo analizando por separado la naturaleza y eficacia de los distintos pactos podremos comprender el contenido total del negocio complejo. Claro que las partes quisieron el contrato combinado como un todo, y que esa consideración separada podrá de alguna manera fraccionar o desvirtuar la unificación del fin perseguido. Pero no olvidemos que la eficacia reglamentadora de la autonomía de la voluntad descansa en su previa admisión por el ordenamiento; que los particulares no pueden válidamente pretender una eficacia jurídica más allá de donde el derecho objetivo les permite; y que la unidad contractual vendrá dada a posteriori, después de considerar

(1) Cfr. CASTÁN: *Derecho Civil (D. C.)*, tomo IV, Inst. Edit. Reus, Madrid, 1956, p. 14 y sigs.

por separado los diversos pactos concurrentes, cuando el contrato aparezca unitariamente tipificado como tal por la ley. Pero no puede pretenderse a priori, antes de estudiar la posible homogeneidad de la combinación, y, sobre todo, sus respectivos efectos. Todo lo cual es doblemente válido desde el punto de vista de la eficacia externa u oponibilidad frente a terceros de los derechos nacidos, como luego veremos. De modo que parece necesario aludir separadamente a la naturaleza de aquellas estipulaciones pactadas en el contrato que ahora nos ocupa.

II. Por virtud de la primera parte de la cláusula transcrita, si se vendían las fincas arrendadas dentro del plazo de vigencia del contrato de arrendamiento, era preciso el consentimiento del arrendatario para la validez de la enajenación. Partimos de la idea de que, al menos para la primera venta de la casa fragua en favor de don E., celebrada el 12 de enero de 1956, se hizo estando vigente el arrendamiento, ya que el plazo pactado de éste era de doce años a partir de 1945. Pues bien, el necesario consentimiento del arrendatario para la disposición y la atribución al mismo de esa facultad, ¿entrañan para el arrendador una auténtica prohibición de disponer? ¿Se trata de la concesión del *ius disponendi* a un tercero con eficacia absoluta o de la mera obligación, como tal susceptible de incumplimiento por el obligado, de contar con aquél? La atribución de la facultad dispositiva, ¿jugará con eficacia real, impidiendo los efectos normales de la enajenación frente a todos, o con eficacia meramente personal o inter partes, susceptible de desatar su incumplimiento tan sólo la indemnización supletoria de perjuicios?

1. Inicialmente, podemos apreciar en esta estipulación una finalidad de garantía. La finalidad de la cláusula parece apuntar a la concesión al arrendatario de un derecho: el de adquirir los locales arrendados, en caso de ser vendidos, con preferencia a cualquier otro. Pero como ese derecho de preferente adquisición no se especifica suficientemente, quedando sin regular los plazos de notificación, la sanción de su incumplimiento, su posible ejercicio a posteriori, etc., se llega a más, y el arrendador concede al arrendatario la facultad de consentir o impedir la enajenación. Sin contar con el arrendatario no se puede enajenar válidamente los locales. La atribución de la facultad dispositiva al arrendatario implica para éste un mayor reforzamiento o garantía de su pretensión a adquirir con preferencia. Mediante su intervención necesaria en el momento de la venta, ya no cabe desconocimiento del acto dispositivo ni fraude a su prelación adquisitiva. Tal parece ser la finalidad del pacto que comentamos y que, de otra manera, rebasaría con exceso las provisiones de un mero arrendamiento. Finalidad de garantía o aseguramiento que, a su vez, es bien frecuente en la modalización causal de las prohibiciones de disponer.

2. Bajo la rúbrica general de prohibiciones de disponer se pueden incluir figuras de muy variada contextura. Cabrían aquí tanto la prohibición que el arrendatario urbano retrayente tiene de vender el local adquirido dentro de los dos años, salvo el supuesto de venir a peor fortuna (art. 51 L. A. U.), como la impuesta testamentariamente al heredero para lograr el tránsito de los bienes a un fideicomisario (art. 785-2.º, C. c.), la prohibición

de donaciones entre conyuges (art. 1.334 C. c.), la ordenada por el juez como medida cautelar en un juicio para asegurar la efectividad de la futura sentencia al amparo del art. 1.428 L. E. C., la estipulada en un contrato de compraventa a cargo del comprador y en beneficio del vendedor hasta el pago total del precio aplazado, etc., etc. Al mismo tiempo pueden distinguirse las que deben su origen a una norma legal, a una decisión judicial o administrativa, o a la autonomía negocial; las que producen eficacia absoluta o relativa; las que implican atribución de facultades a otro sujeto de las que sólo restringen la esfera de actuación jurídica del obligado, y tantas otras clasificaciones. Todo ello pone de relieve la complejidad de la figura, sus borrosos contornos y la necesidad de perfilar su naturaleza como medio para una mejor comprensión y aplicación de su disciplina jurídica.

Al mismo tiempo no existe una reglamentación completa de estas limitaciones dispositivas. El C. c. sólo alude, esporádicamente, a algunas de sus manifestaciones (2). La L. H. actual regula su eficacia oponible en los artículos 26, 27 y 107-3.º (3), este último relativo a un supuesto muy concreto de eficacia de la prohibición de subhipotecar. Y aunque los primeros artículos sientan un cuadro más sistematizado de sus distintos efectos, aluden todavía, como no podían por menos, a un criterio de validez legal, civil, ajeno a la propia ley. El art. 4.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954 de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento prohíbe al deudor la enajenación de los bienes de esta naturaleza hipotecados o pignorados, sin el consentimiento del acreedor garantizado. Al margen de esto, la figura de la prohibición de disponer aparece también dispersa en el articulado de disposiciones procesales (arts. 764, 1.618, 1.428 L. E. C.) y administrativas (artículo 91 R. D. 3 de noviembre de 1928, aprobando los Estatutos del Banco Hipotecario de España) (4). Tan escueta y dispersa regulación ha encontrado su complemento necesario en abundantes decisiones jurisprudenciales (del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado) y en no pocos estudios doctrinales (5).

(2) Vid. arts. 59-3.º, 61, 151, 164, 186, 196, 225, 269-5.º, 270, 275-1.º, 317, etc.

(3) Vid. también el art. 57 R. H., complementario del 27 de la Ley y relativo a la posible garantía hipotecaria de las prohibiciones no susceptibles de inscripción; como luego veremos, se trata de suplir a través del equivalente económico el posible incumplimiento de la prohibición sin publicidad. Y el artículo 145 del propio Reglamento sobre su eficacia registral.

(4) Vid. Roca Sastre: *D. H.*, II, p. 376 y sigs.

(5) Entre los estudios más importantes dedicados a esta materia podemos recordar:

JERÓNIMO GONZÁLEZ: "Prohibiciones de disponer", en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1948, páginas 480-498.

CASTÁN: *Derecho Civil Español, Común y Foral (D. C.)*, tomo II, 7.ª edición, Reus, Madrid 1950, p. 149 y sigs.; Tomo I, vol. II, Madrid 1956, páginas 88-91.

LA RICA: *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Aguilar, Madrid 1945; pp. 182-186.

Una mera ojeada a las normas legales apuntadas y, mejor todavía, a las múltiples formas en que jurídicamente encarna esta figura nos pone en seguida de manifiesto que no existe un tipo de prohibición de disponer sino diversas clases o manifestaciones de esta figura. El problema que surge entonces es doble: ¿son susceptibles de unificación o sistematización esas diversas formas de limitaciones dispositivas? Por otra parte, ¿cuál es la esencia última de la figura jurídica así denominada? (6)

3. Desde un punto de vista genérico y gramatical podemos pensar que las así llamadas limitaciones de disponer implican una restricción o condicionamiento en el ejercicio de la facultad dispositiva de un derecho. Esto supuesto, cabría subdistinguir aquellas que sólo limitan el ius disponendi, permitiéndolo con restricciones, de aquellas otras que lo excluyen en absoluto. Limitaciones y prohibiciones de disponer sería su calificativo adecuado. Pero el problema es meramente terminológico. Y, por regla general, la doctrina engloba dentro de las llamadas prohibiciones de disponer o enajenar todas estas restricciones. En cualquier caso, y admitiendo sin dificultad esta más laxa denominación, una cosa resulta evidente: sólo podrán ser

ANGEL SANZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Academia Matritense del Notariado, Madrid, s. a., pp. 202-208.

ANGEL SANZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Reus, Madrid 1953, pp. 438-471.

ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario (D. H.)*, tomo II, Bosch, Barcelona 1954, p. 361 y sigs.

MOXÓ RUANO: *Propiedad limitada: prohibiciones de disponer*, en el volumen "Propiedad y matrimonio", Colegio Notarial de Barcelona, conferencias de los años 1948 y 1949, Barcelona 1950, pp. 9-55.

VALLET: "La Ley de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 17 de junio de 1955 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento", en *Estudios sobre Derecho de Cosas y Garantías Reales*, Barcelona 1957, páginas 626-7.

L. CERES: "Valor de las prohibiciones de disponer en el Derecho Español", R. D. P., 1946, pp. 179-185.

CÁNOVAS COUTIÑO: *Comentario a la Res. D. G. R. N. de 21 abril 1949*, R. Cr. D. L., 1949, pp. 500-511.

ALFAÑÉS: *Aportación al estudio de las prohibiciones de disponer*, R. G. L. J., julio-agosto 1950, pp. 33 y sig.

TALÓN MARTÍNEZ: *Prohibiciones convencionales de disponer*, R. J. C. 1954, pp. 46 y sigs.

Para el concreto tema de la facultad de disposición, ver:

LADARIA CALDENTY: *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch, Barcelona 1952, pp. 20 y sigs.

VILLAVICENCIO: *La facultad de disposición*, A. D. C., III-IV, pp. 1025 y sigs.

(6) El tema de las prohibiciones de disponer está en contacto con el Derecho Civil, el Registral e incluso otras parcelas ajenas: Mercantil, Procesal, Administrativo, etc. Encierra problemas de no pequeña entidad y presenta especiales dificultades constructivas. Su tratamiento adecuado debe estar en los Tratados o monografías especializadas. Fácilmente se comprenderá que no ha sido el propósito de esta nota abordar aquí toda aquella problemática. Mucho más sencilla y limitadamente se ha querido apuntar alguna de aquellas cuestiones para la mejor comprensión de esta figura. Como antecedente de su aplicación a un caso jurisprudencial bien concreto, que es el que ahora nos ocupa.

objeto de prohibición los derechos susceptibles de normal enajenación o tráfico patrimonial. No cabe hablar de prohibición de la facultad dispositiva de un derecho indisponible. Respecto a éste, su propia naturaleza y su configuración legal lo excluirán del tráfico jurídico (7). De esta manera, por ejemplo, no cabe decir que el heredero fiduciario en una sustitución fideicomisaria está sujeto a una prohibición de enajenar, porque la inalienabilidad deriva de la naturaleza de su situación jurídica (8).

A pesar de esa inicial limitación —quedan fuera de nuestro estudio los derechos inalienables—, el concepto nos resulta inútil por demasiado amplio. Si queremos depurar su significado y convertirlo en instrumento técnico, es preciso todavía restringirlo más y excluir de las prohibiciones dispositivas otras figuras conexas, parcialmente coincidentes, pero de distinta naturaleza. A este trabajo se ha dedicado la doctrina con rara unanimidad, adelgazando el contenido típico de esta figura, sin duda para ganar en comprensión lo que se ha perdido en extensión. Los autores, en general, distinguen la prohibición de disponer de la incapacidad subjetiva para realizar el acto dispositivo. El menor emancipado no puede disponer de sus bienes inmuebles sin el consentimiento concurrente de ciertas personas (artículo 317 C. c.). Lo cual no quiere decir que su derecho de propiedad sobre las fincas esté sujeto a prohibición de disponer. Parece claro. La prohibición de disponer en sentido estricto tiene un perfil objetivo, afecta al derecho que limita o a la relación jurídica básica, con exclusión de cualquier otra incidencia subjetiva. Las nociones de capacidad, incapacidad y legitimación se proyectan sobre el sujeto de la relación y obedecen, en general, a motivaciones de protección de incapaces o de su familia, conservación de la unidad familiar, etc. La de legitimación, igualmente subjetiva, alude a la conexión existente entre el sujeto de derecho y una relación jurídica concreta, por virtud de la cual aquél puede actuar sobre ésta con eficacia jurídica. La prohibición, por el contrario, se incrusta en la misma entraña del derecho; actúa sobre una de sus facultades típicas: *ius disponendi*; obedece a diversas causas que hacen necesaria o conveniente la inalienabilidad temporal de ciertos derechos, y actúa sobre el derecho mismo con carácter objetivo, sin atender al sujeto titular con ella gravado (9).

Al enfrentarnos con las prohibiciones de disponer, tratando de reducir

(7) Sea cualquiera la causa de esta exclusión: interés público —cosas comunes, bienes de dominio público—, derechos inherentes a la persona —derecho al nombre—, vinculación a un destino concreto —patrimonio familiar—, etc.

(8) Lo mismo podríamos decir, con carácter general, de las llamadas prohibiciones legales de disponer: adquisición de la propiedad por el arrendatario, adquisición de herencia por los herederos del ausente, bienes de interés artístico, etc., etc. El derecho adquirido resulta total o parcialmente indisponible por su propia naturaleza y por imperativo legal. No se trata de prohibiciones de disponer en sentido técnico. Su limitación rebasa el cauce de la mera prohibición. Por eso producen eficacia frente a terceros por sí mismas, por mandato legal, y no tienen acceso al Registro (art. 26-1 L. H.).

(9) Para la distinción entre incapacidades y prohibiciones, Roca, loc. cit., pp. 383-7.

a esquema unitario la multiplicidad de tipos existente en nuestro ordenamiento, surge espontánea una doble reflexión:

Primera. Que la prohibición de disponer se nos aparece como una manifestación negativa de eficacia, como un resultado, independientemente de la causa que la origine. Sin perjuicio de que puedan ser clasificadas en atención a su origen (legales, contractuales, judiciales, etc.) y que la diversidad de causa pueda traducirse en una distinta eficacia (cfr. art. 26 L. H.), lo cierto es que la característica última de esta figura radica en esa restricción o suspensión del *ius disponendi*. Lo esencial es la limitación de la disposición. Tal sería la nota unificadora de las distintas formas de prohibiciones existentes.

Segunda. Desde el punto de vista de su eficacia, lo normal es que la prohibición, efectivamente, impida o haga ineficaz el acto dispositivo posterior. La doctrina primero, y la jurisprudencia después, particularmente la hipotecaria, con base en ideas de derecho germánico, se han cuidado de distinguir entre los posibles efectos personales y reales de las prohibiciones de disponer (10). Según que la prohibición implique un mero compromiso negativo inter partes (pacto de non faciendo o de non alienando), cuyo incumplimiento desata la indemnización subsidiaria de daños y perjuicios, o haga imposible el acto enajenativo contrario, tachándolo de ineficaz incluso frente al tercero, que trae causa de esa enajenación prohibida. Técnicamente hablando, tal distinción no parece muy acertada. La prohibición de disponer entraña una restricción en la facultad dispositiva. Su eficacia típica se traducirá en afectar negativamente al posible ejercicio del *ius disponendi*, impidiendo su desarrollo cuando vaya en contra de la prohibición. Hablar de una prohibición de disponer con efectos puramente obligacionales parece una contradicción en los términos. O la prohibición condiciona el acto dispositivo y afecta necesariamente al presunto adquirente posterior, o carece de eficacia como tal prohibición. Si el tema de la proyección sobre los terceros adquirentes es esencial al estudiar los efectos de cualquier instituto jurídico, en materia de prohibiciones de disponer es especialmente relevante. Por su propia naturaleza, la prohibición de disponer afecta al acto dispositivo y, en consecuencia, debe repercutir sobre el adquirente de la enajenación (11). Por eso, en materia de prohibiciones

(10) Cfr. Resoluciones de 15 enero 1918, 14 abril 1921, 27 septiembre 1929 y 13 diciembre de 1955.

(11) En este sentido, tratando de delimitar la noción de las prohibiciones de disponer, decía ya ALANÉS: "El derecho subjetivo sufre un cercenamiento en una de sus facultades más significativas —la dispositiva—, de la cual se ve privado o al menos limitado; ello depende de la intensidad de la prohibición, que puede excluirla permanentemente, suspenderla temporalmente o exigir para su validez la concurrencia de ulteriores requisitos. Esta indisponibilidad debe impedir enérgicamente el ejercicio del *ius disponendi*; si válidamente lo permite, siquiera sea obligando al contraventor a la indemnización de daños y perjuicios, es claro que no ha llegado a afectar con trascendencia real la esencia del derecho... Quedan, por tanto, fuera del ámbito de la prohibición de disponer los simples compromisos obligacionales" (loc. cit., pp. 44-5).

MOXÓ RUANO, que ha dedicado a la prohibición de disponer uno de los mejores trabajos publicados, refiriéndose a la eficacia frente a terceros de

de disponer, la oponibilidad o eficacia erga omnes es esencial. Pero la oponibilidad va ligada a la publicidad. Sin publicidad no hay —no debe haber, al menos— oponibilidad. Consecuencia: las prohibiciones de disponer, para ser tales, plenamente eficaces, requieren del apoyo registral. Siendo el Registro de la Propiedad la forma organizada de publicidad de los inmuebles. Esa es la causa de la consideración preferentemente registral o hipotecaria de las prohibiciones de disponer.

En realidad, el problema es más terminológico que fundamental. O se incluyen en las prohibiciones de disponer la consecuencia negativa de las estipulaciones meramente obligatorias, o se reserva aquella calificación técnica para las restricciones con eficacia real. Cabría hablar, incluso, de un concepto civil y otro registral de las prohibiciones de disponer, según su diversa proyección de eficacia. Teniendo en cuenta que la L. H. recoge casos posibles de prohibiciones de disponer no susceptibles de inscripción (artículo 27), y que la jurisprudencia de la Dirección General matiza cuidadosamente los efectos reales y obligacionales de las así llamadas prohibiciones de disponer, no tenemos inconveniente en considerar incluidas, dentro de la noción de prohibiciones de disponer, tanto unas como otras, sin vincular a tal calificación la necesidad de eficacia que parece desprenderse de su propia naturaleza. Si desde un punto de vista estricto y técnico la prohibición de disponer postula su eficacia erga omnes, en sentido usual, más impreciso y a la vez más amplio, podría llegar a admitirse que tales prohibiciones recogen supuestos de limitación de la facultad de disponer, cualquiera que sea el grado de su eficacia. La admisión de este concepto lato, de ser conveniente —lo cual no resulta indudable—, debe completarse con la referencia a su respectiva eficacia en cada caso.

esta figura, añade: "El erga omnes es una nota de relevante caracterización: quiere significar el grado de su eficacia, que en las prohibiciones debe alcanzar a todos, si bien se despliega equívocamente en campos y con matices diferentes... Esto no quiere decir que no se den las prohibiciones obligacionales: para el art. 27 L. H. todas las onerosas lo son. Pero para nosotros, si reducimos la prohibición a un pacto de mera obligación, con los efectos propios de la regulación contractual, podrá incumplirse bajo la sanción correspondiente y dejar de ser prohibición de disponer" (loc. cit., p. 23).

Igualmente a favor de excluir los compromisos obligacionales de no disponer del campo de las prohibiciones, ROCA SASTRE (loc. cit., p. 362), SANZ (*Instituciones*, pp. 440-1). A nuestro juicio, el problema no está —como creen Roca y Sanz— en la configuración negocial de la prohibición o forma de redactar el documento en que se contiene, según se estipule como mera obligación o como auténtica vinculación afectante al ius disponendi. Por el contrario, creemos que la eficacia erga omnes de la prohibición depende no tanto o no sólo de la voluntad negocial, cuanto de la sanción legal de su oponibilidad. Por mucho que se quiera configurar con plenitud de efectos, la prohibición contenida en una compraventa, por ejemplo, no tendrá acceso al Registro y carecerá de eficacia oponible si no es conocida por el tercer adquirente. Es la ley la que determina la oponibilidad, no la autonomía negocial, aunque los particulares puedan escoger libremente los tipos legales más adecuados a la finalidad que pretenden. Por eso la calificación de una figura de este tipo como prohibición de disponer en sentido técnico y concreto, si se admite la necesidad de su eficacia erga omnes, sólo puede hacerse a posteriori, después de considerar su acceso al Registro.

Exclusión de los derechos intransmisibles y de las incapacidades subjetivas. Perfil objetivo de la limitación. Posible admisión del condicionamiento cualquiera que sea el grado de su eficacia. Por este camino nos vamos acercando a la delimitación del concepto de prohibición de disponer. Pero nos falta aún la consideración de un dato esencial. A saber: que la prohibición de disponer recae directamente sobre la facultad de disposición. Como es sabido, la doctrina moderna considera a la facultad de disposición como un poder de función jurídica, que no pertenece al contenido del derecho subjetivo disponible, accesorio a una situación jurídica determinada y requisito necesario para los negocios dispositivos. Normalmente coinciden titular de la facultad dispositiva y titular del derecho subjetivo objeto de disposición. Pero caben dos excepciones a esta coincidencia: la atribución de la facultad de disposición sobre derechos ajenos y la autolimitación de esa facultad sin necesidad de su traspaso a terceros (12). Pues bien, las prohibiciones de disponer, que afectan intrínsecamente a esa facultad o poder, implican una modificación o restricción en el orden normal de proceder, según el cual coinciden titular del derecho disponible y titular pleno del poder de disposición. Cuando el titular no puede realizar válidamente el negocio de disposición, o cuando para ello necesita el consentimiento concurrente de un tercero, estamos entrando en el campo de las prohibiciones dispositivas.

Si, como recordaba HOFMAN (13), la prohibición de la enajenación puede derivar del sujeto transferente, de la cosa enajenada, del derecho que correspondía en ella al transferente o de la causa de la enajenación, y dejando ahora aparte el ámbito de la causa —ilicitud de la causa o fin legítimo a que luego aludiremos—, resulta que las prohibiciones de disponer en sentido técnico afectan, no individualizadamente al sujeto titular, ni siquiera a la cosa o soporte objetivo de la relación —cosas intrínsecamente indisponibles—, sino al contenido de la relación jurídica básica, al propio derecho del transferente o, si se prefiere, a una de las facultades independientes que normalmente acompañan a la titularidad del derecho, aunque no formen parte de su contenido. Facultad refleja o accesoria del derecho subjetivo que, como tal, viene condicionada por éste. La prohibición de disponer no es un derecho, sino una carga, gravamen o restricción; entraña una relación jurídica restrictiva o modificativa, afectante a otra relación jurídica básica como es el derecho restringido.

A partir de este acotamiento del tema, los autores se ocupan de definir las prohibiciones de disponer en sentido técnico o estricto. Para ROCA son "restricciones o limitaciones impuestas al ejercicio de la facultad dis-

(12) Cfr. VILLAVICENCIO, loc. cit.

En este sentido, todo estudio que se haga sobre las prohibiciones de disponer tiene que partir del esclarecimiento previo de aquel poder de disposición, cuya elaboración, aunque generalmente admitida por los autores, no es todavía pacífica y está sujeta a discusiones y opiniones contradictorias. Quizá buena parte de las vacilaciones doctrinales de la figura que nos ocupa se deba a no haberse precisado suficientemente la naturaleza del poder de disposición.

(13) *Die Lehre vom Titulus*, Vienna-Mainz, 1873, citado por JERÓNIMO GONZÁLEZ, loc. cit., p. 482, nota 10.

positiva (ius disponendi), que normalmente integran el contenido de un derecho subjetivo, y en cuya virtud el titular del mismo no puede válidamente enajenarlo, gravarlo o disponer de él" (14). Y MOXÓ las considera como "impedimentos que en un derecho normal de tráfico el ordenamiento jurídico tolera o impone, suspendiendo su disponibilidad, por un fin legítimo, temporalmente y erga omnes, sin necesidad de la creación de un derecho subjetivo" (15). La definición descriptiva de Moxó parece más completa por cuanto subraya limitativamente las notas esenciales de la figura técnica así contemplada: su origen último en el ordenamiento, bien directamente, creándolas, bien indirectamente, sancionando su creación por los particulares, ya que éstos no pueden por sí mismos modificar una cualidad esencial de los derechos, como es ésta, si previamente no lo permite la Ley; la necesidad de fin legítimo o causa jurídica legitimadora, especialmente destacable aquí por el carácter negativo de la prohibición; asimismo, la necesidad de que la restricción no sea perpetua sino temporal, su intrínseca eficacia frente a terceros, etc. A pesar de esa enérgica delimitación del concepto, integrado por esta serie de notas, reconoce el propio Moxó la precariedad de un concepto unitario en este punto, tan diverso de contenido en sus distintas manifestaciones. Y CERES, refiriéndose especialmente a las prohibiciones decretadas por autoridad judicial o administrativa, señala su función cautelar o de garantía, función que también juega en el caso origen de este pleito, como hemos tenido ocasión de señalar.

Todavía nos falta por precisar un extremo en orden a la extensión de la figura contemplada. Hemos dicho antes que las limitaciones del poder de disposición —al menos las voluntariamente establecidas— pueden organizarse de dos modos diferentes: mediante la concesión a un tercero de esa facultad dispositiva, excluyente o compartida, según pueda disponer sólo el tercero o tenga que codisponer con otra persona, normalmente el titular originario concedente; o, pura y simplemente, mediante la autolimitación del ius disponendi por su titular originario, sin desmembración en favor de otra persona. Pues bien, la cuestión que ahora se plantea estriba en decidir si ambas formas restrictivas pueden ser consideradas como prohibiciones de disponer en sentido técnico, o esta última calificación debe reservarse para la segunda de aquéllas.

Buena parte de la doctrina hipotecaria se inclina a considerar dentro de las prohibiciones de disponer sólo a la segunda de aquéllas limitaciones. DON JERÓNIMO GONZÁLEZ decía que las prohibiciones de disponer son restricciones impuestas por mandato jurídico en orden al ejercicio de un derecho subjetivo, que limitan las facultades de su titular *sin atribución de otro derecho subjetivo a persona determinada* (16). ANGEL SANZ piensa que las prohibiciones de disponer pueden obedecer a un derecho real existente a favor de otra persona, o pueden darse sin atribución de un derecho de esta naturaleza a favor de sujeto determinado. Las primeras no son verdaderas prohibiciones, pues emanan precisamente del ejercicio de esta facultad

(14) Loc. cit., p. 361.

(15) Loc. cit., p. 22.

(16) Loc. cit., p. 480.

de disposición. Las segundas son las típicas prohibiciones de disponer (17). Para ALPAÑÉS, las prohibiciones de disponer de origen voluntario son aquellas que como pacto especial se introducen en el negocio transmisivo y, *sin que vaya a parar a nadie la facultad dispositiva*, privan de ella al adquirente (18). Según la definición de MEXÓ, ya transcrita, no es necesario, para que la prohibición de disponer exista, que implique la creación de un derecho subjetivo correlativo. Para GERNÉS CÁNOVAS, este último rasgo es fundamental, y la configuración de un contraderecho correlativo en otro titular sólo puede dar lugar a una prohibición impropia o refleja (19). En igual sentido se pronuncia la jurisprudencia hipotecaria (20).

En relación con este punto creemos necesaria una distinción previa:

a) Las restricciones a la libre disponibilidad de los derechos —derechos naturalmente transmisibles— derivan para su titular de la atribución de un derecho correlativo a otra persona. Este segundo derecho, que confiere normalmente una facultad de adquisición preferente, aparece legalmente tipificado, recae directamente sobre los bienes o implica una pretensión hacia los mismos, es susceptible de tratamiento unitario independiente y de la adecuada publicidad para su repercusión sobre los terceros. Ejemplo típico: el derecho de opción. El optante tiene un derecho real de adquisición preferente por consecuencia del cual el propietario actual no puede enajenar a un tercero sin previo ofrecimiento a aquél. Es el caso también de los derechos de tanteo. O de la sustitución fideicomisaria, en que la vocación del fideicomisario modaliza el contenido típico del derecho del fiduciario, impidiendo su libre enajenación. La restricción dispositiva aparece embebida en o condicionada por el contenido de otro derecho subjetivo normalmente real. No hay aquí prohibición de disponer en sentido estricto, sino eficacia concurrente de un derecho ajeno.

b) El titular de un derecho lo transmite a un tercero, impidiendo o condicionando su enajenación. El adquirente es titular del derecho, pero no de la facultad dispositiva. Generalmente, la prohibición de disponer así estipulada beneficia al propio transmitente o a sus herederos, a los herederos del adquirente o a terceras personas. También es frecuente que estas restricciones impuestas al adquirente obedezcan a una finalidad de garantía de derechos o expectativas ajenas. Pero lo característico de estos supuestos es que no existe aquí un derecho concurrente por parte del beneficiado con la prohibición, como ocurría en el caso anterior. Frente a la carga o limitación impuesta al adquirente, no se da una facultad concretamente dirigida a su cumplimiento. Tal es el ejemplo más típico de las prohibiciones de disponer en sentido estricto, tradicionalmente consideradas por la doctrina como tales. Quizá por esto, por este aspecto de carga o limitación excepcional, exigen los autores particulares requisitos para su validez: finalidad legítima y limitación temporal. Dentro de estas prohibiciones negociales pueden distinguirse las constituidas a título oneroso (ejemplo: prohi-

(17) *Comentarios...*, p. 202.

(18) *Loc. cit.*, pp. 69-70.

(19) *Loc. cit.*, pp. 503-4.

(20) *Cfr. Res.* 23 marzo 1926 y 13 diciembre 1951, entre otras.

bición de disponer en garantía del precio aplazado en la compraventa) y a título gratuito (ejemplo: institución de heredero con prohibición de disponer hasta llegar a determinada edad). Como en seguida veremos, esta distinción tiene importantes repercusiones sobre su respectiva eficacia.

e) Otras veces resulta que existe diversidad entre la titularidad del derecho y la titularidad plena del poder de disposición. Bien sea porque se concede este poder a quien carece del derecho (disposición de derecho ajeno: usufructo con facultad de disposición, por ejemplo), bien porque el transmitente del derecho se reserva ciertas facultades dispositivas (donación con reserva de la facultad de disponer: art. 639 C. c.), bien porque el titular actual de un derecho concede a otra persona la facultad de concurrir con él en el acto de disposición futura que pueda realizar (tal sería, por ejemplo, el caso que nos ocupa: el dueño arrendador no puede enajenar los locales arrendados sin la intervención del arrendatario). Por vía de la transmisión o de la reserva de derechos, aparecen las facultades dispositivas vinculadas a más de una persona. Pluralidad personal que puede funcionar, para la validez del acto de enajenación, en forma alternativa o conjunta. A veces son dos las personas que separadamente pueden disponer. Otras es preciso la concurrencia de ambas —recordemos el caso objeto del presente pleito—. Pues bien, sólo en este último supuesto —concurrencia conjunta de dos personas para la disposición— cabe hablar de prohibición, o mejor, restricción de la facultad de disponer. Tampoco aquí se atribuye a la otra persona un derecho subjetivo típico que entrañe recíprocamente en el sujeto obligado limitación dispositiva. Sino mera concesión del poder de enajenar. Lo que, por consiguiente, se traduce en una legitimación para disponer (21). No se ve inconveniente ninguno en considerar como auténtica prohibición de disponer el resultado que sobre el titular del derecho produce esa diversidad concurrente. Por cuanto entraña una carga o limitación, restringe voluntariamente el *ius disponendi* y no supone concesión de un derecho subjetivo de mayor entidad, sino mera legitimación para intervenir con carácter necesario en el acto dispositivo.

Tenemos, pues, de acuerdo con todo lo dicho, que dentro del concepto técnico o estricto de prohibición de disponer deben incluirse tanto las figuras restrictivas unilaterales, sin titularidad actual de otro sujeto, como aquellas otras en que la disposición válida exige la concurrencia de dos o más personas. Siempre que, en ambos casos, no coexista un derecho subjetivo en la otra persona. En este sentido resulta exacta la afirmación del T. S., en relación con el caso que nos ocupa, de que la cláusula quinta del contrato arrendaticio envuelve una limitación a la facultad de disponer. Que esa limitación existe resulta indudable. Lo que nos ha parecido, además, necesario es afirmar que dicha estipulación entraña una auténtica

(21) Como ha puesto de relieve LADARSA, la legitimación para disponer no es más que una consecuencia de la atribución de la facultad dispositiva. Aunque, desde el punto de vista del tráfico y de la dinámica de los derechos, interese primariamente el aspecto de legitimación, no se puede desconocer la relación causal en que se encuentra con la preexistencia del *ius disponendi*.

prohibición de disponer en el sentido estricto en que, a nuestro juicio, puede ser delimitada esta figura.

Pero el problema que aquí se plantea no es tanto de calificación cuanto de eficacia. Determinar qué resultado produce el incumplimiento voluntario de aquella prohibición. Problema éste de la eficacia jurídica que tiene una importancia muy peculiar al proyectarse sobre las prohibiciones de disponer.

4. La regulación legal de las prohibiciones de disponer aparece principal, y casi exclusivamente, contenida en los arts. 26 y 27 L. H., junto con sus complementarios: 107-3.º L. H. y 57 y 145 R. H. Como es bien sabido, la doctrina formula un doble reproche a esta escueta regulación. En primer lugar, por su carácter fragmentario y parcial. Remite expresamente la L. H. al problema de validez de fondo de estas prohibiciones, cuando no hay una norma general de la legislación civil en que se aborde esta cuestión. Al lado del precepto estrictamente hipotecario, que contempla sólo su acceso al Registro, y esto en forma mediata, falta una declaración legal expresa de reconocimiento de la validez de esta figura, de su licitud y admisibilidad, de su eficacia. Precepto de puro derecho civil, en conexión con la teoría general del derecho, que rebasa el estricto ámbito hipotecario. Por otra parte, se censura con razón la norma contenida en el párrafo 3.º artículo 26 y en el art. 27, que permiten tan sólo la inscripción de las prohibiciones contenidas en actos a título gratuito y algún otro asimilado, pero niegan, en cambio, el acceso al Registro de las prohibiciones onerosas.

4.1. Ciertamente falta en nuestro ordenamiento una norma general, de carácter civil, relativa a la eficacia de las prohibiciones dispositivas, a su caracterización causal y a las condiciones básicas de su validez (22). A la L. H. sólo le interesa el aspecto registral del problema: su acceso al Registro. Las cuestiones de su validez y licitud, su eficacia general y los requisitos de su admisibilidad constituyen un problema previo, sustantivo, rebasan el campo hipotecario y corresponden más bien a la teoría general de derecho civil. Por eso el artículo 26 permite su inscripción—aspecto formal—siempre que, además de la tipificación legal establecida, se cumplan los requisitos generales de validez—aspecto material—. En ausencia de esa norma civil básica, la doctrina primero y la jurisprudencia después, han perfilado los requisitos mínimos para la admisión de esta figura, de acuerdo con su naturaleza, sus repercusiones y los principios generales que informan el tráfico privado de los bienes en nuestro derecho. Se apuntan así los siguientes caracteres: necesidad de una razón suficiente y seria en atención a la cual se establezca la prohibición; racionalidad del fin como criterio legitimador:

(22) A las prohibiciones de disponer reguladas en el art. 26-3.º y 27 L. H. son de aplicación las categorías, pertenecientes a la teoría general del negocio jurídico, de validez y eficacia, conceptos que en modo alguno pretenden involucrarse aquí. El problema básico radica en la validez de la figura y las condiciones de su admisión en nuestro Derecho. Problema que está en íntima conexión, aparte otras circunstancias, con la motivación causal y la finalidad económico-social que con estas restricciones se pretende. La validez de fondo condiciona su eficacia. Aunque en este último plano quepa luego distinguir diversa intensidad de efectos—inter partes, frente a terceros, etc.—. Vid. sobre la aplicación de estos conceptos, TALÓN MARTÍNEZ, loc. cit.

temporalidad, por cuanto las prohibiciones que impliquen prohibición perpetua de enajenar están prohibidas por el artículo 781 C. c.: ventaja patrimonial para alguien o para algo; permisión legislativa, etc. (23).

Ahora bien, partiendo de esa norma hipotecaria y de la ausencia de una más amplia regulación civil, ¿puede inducirse de ese precepto registral un criterio legal general sobre la eficacia frente a terceros de las prohibiciones de disponer? Parece que sí. La posibilidad de acceso al Registro y de publicidad, y su natural consecuencia de repercusión en el tráfico, pueden estimarse como aplicación concreta de un principio más amplio relativo a la eficacia frente a terceros de esta figura. Porque, como ya hemos dicho, la prohibición se establece cabalmente para desplegar sus efectos frente a terceros, y no debe quedar desvirtuada en su energía restrictiva por la posible interposición de un tercero. Aunque luego, desde el punto de vista estructural y técnico, se permita al lado de las prohibiciones con eficacia real otras sin más valor que el mero pacto obligacional de no enajenar. Quiero decir que las prohibiciones deben jugar condicionando la disposición ulterior frente a cualquiera, y esto tanto en el campo estrictamente registral como en el más amplio de su eficacia general, si bien la obtención de unos determinados efectos requiera en cada caso el adecuado medio técnico de exteriorización. La norma hipotecaria se nos aparecería así—en la medida en que esta interpretación integradora se estime válida—como el reflejo de un principio general de oponibilidad en nuestro Derecho. Según éste, sólo las prohibiciones de disponer pactadas en negocios gratuitos o semejantes, según la enumeración legal—podrían llegar a tener eficacia real, no las onerosas. Si estimamos que el artículo 26 contiene no sólo una norma de estricta inscribibilidad, sino que traduce un criterio general de eficacia frente a terceros, es decir, de oponibilidad en sentido riguroso. Por este camino, que estimamos perfectamente defendible, discurren las opiniones de parte de nuestra doctrina.

4.2. Más justificada parece la crítica de fondo dirigida contra el precepto que comentamos, y que niega la inscribibilidad o repercusión sobre los terceros de las prohibiciones onerosas. Sólo las prohibiciones contenidas en actos gratuitos—donaciones, disposiciones de última voluntad—y los legalmente asimilados—capitulaciones matrimoniales (24) tienen acceso al Registro. Las onerosas, en cambio, no son en ningún caso susceptibles de

(23) ROCA: D. H., pp. 388-390; Moxó: loc. cit., p. 53. Vid. Res. 15 enero 1918 y S. T. S. 25 junio 1945.

(24) En cuanto a las capitulaciones, obsérvese que al lado de las normas estrictamente estatutarias, reglamentadoras del régimen de la sociedad conyugal, puede haber otras relativas a la apuración de bienes por los esposos. Si el carácter gratuito de las prohibiciones contenidas en las primeras estipulaciones no parece muy claro, tampoco lo será cuando incidán sobre los bienes concretamente aportados. Sin embargo, la L. H. no distingue y permite la inscripción de las prohibiciones capitulares, atendiendo quizá al perfil más estatutario que contractual y sinalagnático de este tipo de estipulaciones.

¿Qué de los actos gratuitos con causa mixta: donación remuneratoria, especialmente la donación con carga cuando el gravamen y la prohibición de enajenar consiguiente obedecen a fines de no estricta liberalidad, o en el caso de legado testamentario en pago de deuda reconocida? La dificultad de dis-

inscripción (art. 27 L. H.). Pero si admitimos la posible validez de estas últimas, en atención al interés lícito que con ellas se protege, la sanción legal puede resultar excesiva. Los ejemplos que se pueden aducir en este punto son numerosos. Pensemos en el caso típico de prohibición de disponer contenida en un contrato de compraventa, hasta que se verifique el total pago del precio aplazado y en garantía de su cumplimiento. Tanto por su temporalidad, como por la licitud del fin pretendido y de la función cautelar que desempeña, no se ve motivo suficiente para privarla sin más de su natural eficacia real sólo por tener su origen en un pacto oneroso. También podemos imaginar un supuesto de hecho semejante al que ahora nos ocupa. Para garantizar el derecho de adquisición preferente del arrendatario, el arrendador condiciona su *ius disponendi* obligándose a no enajenar sin notificárselo previamente a la otra parte. Obligación o carga que sólo puede cumplir su función específica si se la dota de eficacia frente a terceros, pues de otro modo la facultad de codisposición quedaría burlada en cuanto el arrendador quisiera, y sólo dispondría el arrendatario de una supletoria indemnización de perjuicios, que en este caso bien poco resuelve. Y así sucesivamente en tantos otros supuestos, en que para garantizar un derecho de adquisición o de goce de otra persona, el titular actual del dominio restringe sus facultades dispositivas. Siendo esto así, ¿por qué no permitirles eficacia real e inscripción a este tipo de prohibiciones?

Cabría argumentar en contra que para conseguir esta finalidad bastaría con darle naturaleza real al derecho del favorecido con la prohibición—tanto, retracto, opción, arrendamiento inscribible, etc.—, que como tal podría inscribirse; y que las restricciones de la facultad dispositiva son contrarias al régimen normal de transmisión de los derechos, deben ser interpretadas estrictamente y acogidas con grandes reservas por el ordenamiento, para evitar la amortización de la propiedad inmueble. Pero todas estas consideraciones se nos aparecen hoy como residuos de una mentalidad liberal ya superada, de movilización de la propiedad en todo caso. No se puede olvidar, al lado de esto, la función social de la propiedad, su perfil como reflejo de la estabilidad familiar y su vinculación actual permanente a finalidades más altas que las del mero comercio o libre cambio. Además de que no parece adecuado privar a los particulares de estas formas negociales, imponiéndoles necesariamente otros cauces más estrictamente tipificados para el cumplimiento de sus fines respectivos, cuando éstos son en sí mismos dignos de protección. Lo que importa es matizarse por el ordenamiento la licitud de estas estipulaciones, en función del fin perseguido y de la licitud de la causa, determinando en cada caso cuándo deben estimarse válidas y dignas de protección. Y a partir de ahí, sancionar su eficacia real a través del correspondiente medio técnico de publicidad. Ni siquiera cabe admitir la hipoteca en garantía del cumplimiento de la prohibición obligacional, traducido su incumplimiento en una indemnización supletoria, porque ello equivale a desconocer la naturaleza misma de la prohibición, que debe tener eficacia

tinguir ambos elementos causales, o la conveniencia de dar al precepto una interpretación más flexible inclina a permitir sin más la inscripción de las prohibiciones así reguladas.

impeditiva. De una u otra forma, la doctrina dominante se pronuncia en este sentido de criticar el estrecho cauce legal reservado a esta figura y se muestra partidaria de una mayor eficacia posible para las prohibiciones onerosas.

En resumen, y de acuerdo con la L.H., las llamadas prohibiciones legales no se inscriben. Pero tal especie restrictiva no tiene la naturaleza de prohibición de disponer en sentido estricto, según la delimitación que antes hemos intentado hacer de esta figura. Las prohibiciones judiciales y administrativas son en general medidas cautelares, provisionales. En armonía con esa naturaleza preventiva y provisional, sólo son susceptibles de anotación en el Registro. Las prohibiciones negociales integran el grupo más interesante y mejor susceptible de sistematización. La ley las distingue, según la estructura de su título originador, en onerosas y gratuitas. Sólo estas segundas se pueden inscribir cuando cumplan las condiciones generales de validez, e inicialmente se dan frente a terceros. Las onerosas no tienen acceso al Registro, aun cuando estén válidamente establecidas. Por eso distingue la jurisprudencia entre prohibiciones con eficacia real o meramente personal (25). En puridad técnica, sólo las primeras serían prohibiciones de disponer en sentido estricto. Pero la cuestión terminológica no importa tanto. Cualquiera que sea su denominación precisa, ambas formas de eficacia se agrupan hoy bajo la rúbrica de prohibiciones de disponer. La solución legal será criticable, pero es taxativa y sigue vigente. Sólo en el plano de *lege ferenda* puede ser orientada hacia una mayor admisión de efectos.

4.3. El tema de la inscribibilidad de las prohibiciones dispositivas se conecta con otra cuestión más amplia de no pequeña importancia en Derecho registral: la determinación precisa de cuál sea el objeto de la inscripción en nuestro Registro de la Propiedad. Problema éste de especial dificultad interpretativa y constructiva, que tiene dividida la opinión de los autores, según se inclinen por estimar que el objeto de la inscripción es el título en sentido material, acto originador de una titularidad, o bien el derecho mismo ya originado, si se inscriben actos o derechos. No es esta ocasión adecuada para entrar en tan ardua discusión, que nos llevaría muy lejos. Personalmente entiendo más satisfactoria la teoría según la cual se inscriben derechos inmobiliarios conectados a su título, no meros actos o negocios. Creo que la publicidad del Registro se extiende no sólo al negocio o acto jurídico, sino también a la relación negocial de ahí derivada. Buena prueba de ello sería el art. 7 L.H. cuando exige que la primera inscripción sea de dominio. Luego los asientos sucesivos recogerán las transmisiones, modificaciones o desmembraciones de ese dominio previamente inscrito. Pero insisto en que no vamos a entrar ahora en ese problema. Por ello, la afirmación transcrita carece, de momento, de apoyo suficiente y podrá ser desvirtuada por quien opine lo contrario. Lo que importa destacar aquí es que el tema de las prohibiciones de disponer como inscribibles arroja nueva luz sobre el objeto de la inscripción. En las prohibiciones dispositivas no

(25) Res. 15 enero 1918, 14 abril 1921, 27 septiembre 1929, 21 abril 1949 y 13 diciembre 1955.

se inscribe solamente su título originador: por ejemplo, donación, como pudiera ocurrir en caso de transferencia del dominio. Pero tampoco se inscribe un derecho concreto —dominio, hipoteca, etc.—, sino más bien la carga o gravamen que tal prohibición encierra, la limitación de las facultades dispositivas del titular registral, como mera limitación, sin necesidad de un derecho concurrente en otra persona para impedir la enajenación —recuérdese lo dicho más arriba— (26). ¿Quiere esto decir que estaba previamente inscrita la facultad dispositiva —*ius disponendi*— como facultad separada respecto de la cual se inscriben ahora sus modificaciones o restricciones? No parece que esto sea del todo exacto. Aunque la moderna doctrina civil tienda a configurar el *ius disponendi* como facultad separada, independiente y extrínseca al contenido del derecho subjetivo sobre el cual se proyecta, registralmente esta facultad va ya embebida en el mismo derecho inscrito. Porque no hay norma expresa que autorice la publicidad separada de esta facultad positiva, y sí sólo la constancia registral de su ausencia o restricción, respecto de la cual es necesaria su preexistencia anterior. Como al Registro tienen acceso los derechos inicialmente disponibles, el *ius disponendi* va implícito en el asiento del titular actual. Sólo por excepción se inscriben las restricciones o limitaciones, siempre anómalas, de esa facultad dispositiva. Al Registro de la Propiedad, que refleja el tráfico de los bienes inmuebles, interesa especialmente la legitimación dispositiva para el tráfico y, consiguientemente, sus posibles modificaciones. Ocurre aquí algo parecido a lo que sucede en las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas. La plena capacidad del titular es lo normal y deriva de sus circunstancias personales y de su estado civil. Pero cuando esa capacidad se restringe judicialmente en casos especiales, también es objeto de constancia registral.

Ahora bien, las prohibiciones de disponer (27) no son objeto de ins-

(26) Para Moxó (loc. cit., pp. 24-5), la prohibición de disponer no es un derecho real, sino que representa más bien el negativo o hueco del derecho filial. El derecho matriz sigue íntegro, pero comprimido en cuanto a una de sus facultades, lo cual le hace recordar el lado pasivo que Ihering describió como elemento de los derechos con sujeto indeterminado. De donde deduce cierta analogía de esta figura con la de los derechos reales, si bien aquí se actúa en sentido negativo —privación— y sin atribución correlativa de facultades a un sujeto determinado. Todo lo cual confirma, a su juicio, la necesidad de su publicidad registral.

Quizá hoy pueda perfilarse con mayor precisión técnica la naturaleza de esta figura, a partir de la consideración independiente de la llamada facultad de disponer y su posible restricción o condicionamiento temporal en aras de un fin legítimo. Ello nos separa un tanto de esa presunta asimilación con el lado negativo de los derechos reales. Pero, en cualquier caso, resulta evidente ese aspecto negativo de limitación o restricción (carga en sentido técnico) y necesaria la publicidad registral como vehículo de su repercusión frente a terceros, por afectar directamente a la legitimación dispositiva para el tráfico.

(27) Me estoy refiriendo, como es obvio, a las prohibiciones voluntarias o negociales. Las judiciales y administrativas constituyen medidas cautelares de aseguramiento provisional del proceso o procedimiento de que se trate. Y por eso se anotan.

cripción en forma separada, sino conectadas a un negocio traslativo —o estatutario en caso de capitulaciones—, gratuito y válido. Son condiciones del negocio y modifican el contenido normal del derecho subjetivo que se publica. Se inscribe, por ejemplo, el dominio del donatario y, dentro de su contenido normal, la ausencia o restricción de uno de sus elementos: la facultad de disponer. Desde este punto de vista, la prohibición de disponer, más que un derecho o condicionamiento del mismo, implica una modificación de la relación jurídica básica —de donatario, de heredero, etc.—. Se trata de una relación jurídica mutilada o privada de uno de sus elementos naturales. Por eso el tema del objeto de la inscripción debe ser estudiado a través de la relación jurídica inscrita más que a través del derecho subjetivo publicado. Relación jurídica que, al ponerse en contacto con la publicidad del Registro, se convierte en relación jurídica registral. Pero de la posible configuración de esta última ya nos ocuparemos en otra ocasión.

4.4. Desde estas perspectivas mentales tiene razón el T. S. en la Sentencia que comentamos. La prohibición de disponer contenida como pacto accesorio en el contrato arrendaticio no pudo inscribirse y, por tanto, no pudo tener virtualidad frente a los terceros compradores de la finca. La estipulación contemplada tendrá pura eficacia personal o inter partes y, caso de ser incumplida, sólo dará lugar a la supletoria indemnización de daños y perjuicios. Pero, ¿y la buena fe? Entre los hechos determinantes del presente litigio se afirma que don E., al comprar la finca, sabía de su ocupación por los arrendatarios. Dicho conocimiento, ¿puede dar base a la existencia de mala fe, que impediría adquirir la casa como libre? El T. S. no da por probada la mala fe y, en vista de ello, se limita a aplicar la doctrina general de irrelevancia de lo no inscrito frente al adquirente de buena fe. En cualquier caso, el tema tiene más importancia en cuanto a la subsistencia del arrendamiento. Porque el comprador podrá conocer la ocupación del inmueble por los arrendatarios, pero es muy improbable, casi imposible, que conozca la restricción de la facultad dispositiva del vendedor, ya que este último condicionamiento no se exterioriza en forma visible o posesoria. Tan sólo conociendo el contenido íntegro del contrato complejo en que esa prohibición se contenía, y llegando a probarse suficientemente ese conocimiento, llegaría a plantearse el problema de su posible mala fe, que impediría el quedar protegido de lo no inscrito. Es decir, que sólo entonces podría afectarle esa limitación. Supuesto que, evidentemente, escapa del caso que nos ocupa.

4.5. Sin embargo, séanos permitido recoger aquí este último y difícil supuesto de hecho, aunque sea a efectos puramente dialécticos y ejemplares: el comprador conocía de hecho la prohibición de disponer contractualmente estipulada que afectaba a la titularidad de su vendedor, aun no estando inscrita. En tal caso, ¿la publicidad de hecho (28) puede suplir a la registral

(28). Hablamos aquí de publicidad, como fácilmente se advierte, en sentido impropio o lato. No como medio técnico de divulgación frente a todos —causa—, sino como efectivo conocimiento —resultado—. No hay aquí cognoscibilidad

enervando la buena fe? ¿Cabe distinguir una buena fe positiva para adquirir fiado en los pronunciamientos del Registro y una buena fe negativa para no ser perjudicado por la realidad extrarregistral? En pura teoría de oponibilidad, indudablemente, la limitación así conocida por el adquirente debía afectarle, privando de eficacia a su compra. De otra forma, quedarían protegidos en el tráfico el fraude y la mala fe. Sin buena fe no debe haber protección en el tráfico jurídico. La dificultad está en que el comprador no podría denunciar el vicio del contrato, de que ya tuvo conocimiento, para no ir contra sus propios actos; y, por igual motivo, tampoco el vendedor. Pero el tercero perjudicado —arrendatario en este caso— o presunto perjudicado por la enajenación —recordemos que las prohibiciones de disponer no siempre juegan en beneficio de una persona concreta— podrá pedir la nulidad de la venta dirigiéndose contra el tercer adquirente siempre que pruebe su mala fe. En cambio, si se interpreta la norma hipotecaria como reveladora de un criterio general de eficacia frente a terceros de esta figura, si se estima entonces que las prohibiciones onerosas no deben afectar a terceros —solución que dista mucho de estar racionalmente justificada—, en tal caso la solución legal sería tajante e irrelevante la concurrencia de mala fe. Aunque siempre cabría argumentar en contra que la L. H., destinada a reglamentar el tráfico de inmuebles a través de su publicidad, lo hace presuponiendo esa necesaria exigencia de buena fe, implícita en toda protección de la apariencia en el tráfico jurídico. A pesar de su infrecuencia, el problema tiene cierta importancia y la solución no deja de ser dudosa. Personalmente estimamos más adecuado hacer repercutir en perjuicio del adquirente la limitación dispositiva de su transmitente cuando tuvo conocimiento de ello.

4.6. En cuanto a la eficacia de la prohibición de disponer inscrita, viene hoy sancionada por el art. 145 R. H., que recoge la recta doctrina: se cierra el Registro para los actos dispositivos realizados por el titular sometido a prohibición después de la inscripción de ésta. Salvo que la enajenación cuya inscripción se pretende se funde en asientos vigentes anteriores al de la prohibición. Dejando aparte la incorrección técnica y posible ambigüedad de esta última expresión, la interpretación de dicho artículo plantea, por lo menos, tres cuestiones:

a) Si la doctrina reglamentaria expresada es aplicable no sólo a las anotaciones preventivas —prohibiciones de disponer judiciales y administrativas—, sino también a los asientos de inscripción —prohibiciones negociales—. Parece que sí. Por recoger la finalidad intrínseca, institucional, de la publicidad de las prohibiciones. Por falta de norma expresa contradictoria relativa a los asientos de inscripción, lo que facilita la analogía legal, supuesta la identidad de fundamentos. Y porque lo importante aquí es la eficacia impeditiva de la restricción, su función esencialmente prohibitiva, sea cualquiera la forma de su constancia registral. La diversidad del asiento vendrá condicionada por su distinto origen y, particularmente,

legal, que es el efecto inmediato de la publicidad en nuestro ordenamiento, sino conocimiento real sin exteriorización previa.

por su desigual eficacia temporal. Pero una vez publicada por el Registro, y mientras el asiento esté vigente, debe producir todos sus efectos propios. A veces, los efectos de las anotaciones no coinciden totalmente con los de las inscripciones. Aquí, por el contrario, la publicidad registral despliega una eficacia homogénea, sea cualquiera la forma en que se exteriorice.

b) Si la enajenación cuya inscripción se solicita es posterior a la fecha en que se inscribió —o anotó— la prohibición, entonces no hay cuestión. La eficacia impeditiva de la prohibición cierra el Registro respecto a los actos posteriores, que no podrán ser inscritos. Mas, ¿qué ocurre si la enajenación es de fecha anterior a la inscripción de la prohibición, pero llega al Registro después de extenderse ésta? La solución es más dudosa. En puridad formal podría pensarse que, después de registrada la prohibición, quedaba cerrado el camino a las inscripciones posteriores contradictorias. La fecha fehaciente anterior del acto dispositivo perfilaría su eficacia civil; en el aspecto registral, formal, su virtualidad quedaría inoperante por no haberse presentado antes en el Registro. Supuesto que el momento de nacimiento de la relación jurídica registral es el de su inscripción respectiva, que se retrotrae a la fecha del asiento de presentación del título.

La doctrina jurisprudencial no es unánime en este punto. Como ejemplo de contradicción podemos recoger dos resoluciones, ambas de 1943, y cronológicamente bien cercanas. El T. S., en Sentencia de 22 de marzo, sancionó la validez de la enajenación hecha con anterioridad a la fecha de la anotación de la prohibición de disponer. He aquí el fundamento de su decisión: "La prohibición de enajenar por llevar fecha 18 de julio de 1932 no puede acreditar que en 5 de mayo del mismo año estuviera privado el que enajenó las fincas de transmitir los bienes de que entonces dispuso en favor de los actores, en uso de facultades dominicales que no estaban limitadas por anotación ni declaración alguna; y por otra parte, como quiera que el vendedor, en la expresada fecha de 5 de mayo, tenía inscrito en el Registro su derecho de propietario, adquirido sin reserva alguna por escritura pública, hay que reconocerle, de acuerdo con el art. 41 L. H., todos los derechos consignados en el libro II C. c. a favor del propietario y poseedor de buena fe, sin excluir el de libre disposición de los bienes a su nombre inscritos."

Pocos días más tarde, la D. G. R. N., en su Resolución de 8 de mayo, sentó la doctrina contraria en un caso parecido. Se había trabado depósito judicial y secuestro de una finca urbana con prohibición de disponer. Después de la anotación se presentó en el Registro escritura de venta de fecha anterior. La Dirección no permitió la inscripción porque... "si bien la escritura de venta de la casa fue otorgada el 14 de julio y el mandamiento judicial de secuestro y depósito judicial de la finca con prohibición de enajenarla fue expedido el 31 de agosto del mismo año, es indudable que en el Registro de la Propiedad, donde se había tomado anotación preventiva del mandamiento y de la prohibición, existía en el momento de presentar el título un obstáculo fundamental que, por el momento, impide la extensión del asiento solicitado, sin prejuzgar la validez o nulidad de las obligaciones y derechos constituidos...; la atribución de una energía impeditiva al asiento de anotación preventiva practicado no puede ser contrarrestada

por razón de la fecha anterior de los documentos presentados con posterioridad”.

Obsérvese que ambas Resoluciones son anteriores a la entrada en vigor de la actual L. H. de 1946. El art. 145 del vigente Reglamento, antes transcrito, podría dar base a la interpretación menos formal y más amplia, acorde con la Sentencia del T. S. El Reglamento permite que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación. Desde el punto de vista del tracto o enlace registral, el propietario inscrito que enajena su derecho antes que la prohibición llegue al Registro ejercita su ius disponendi, que entonces aparece sin restricción. El asiento antecedente de la nueva inscripción es el de dominio libre, que como tal desplegará su normal eficacia hasta que se registre la prohibición. Aun después de publicada ésta, si la enajenación es anterior debe encontrar su fundamento registral en el asiento anterior. La fecha del nuevo asiento de prohibición no puede retrotraerse, privando de efectos a los actos de fecha fehaciente anterior. El Registro publica un dominio libre hasta tal fecha y una restricción o prohibición desde tal otra. La calificación y el antecedente registral han de reconducirse a uno de esos dos momentos. Además, la solución de permitir la inscripción de las enajenaciones anteriores que llegan al Registro después, aparte de tener en su apoyo esa interpretación reglamentaria, resulta en la práctica más justa. De otra manera quedarían sin protección registral situaciones válidas sólo por razones ocasionales, oportunistas y de difícil solución —retraso causado por el plazo de la liquidación del impuesto, hoy tan frecuente; prioridad puramente momentánea en el asiento de presentación; subsanación de defectos o aportación de datos complementarios, etc.—, sin ninguna otra razón de peso. El Registro no publica la prohibición abstractamente, sino vinculada a un concreto acto originador y desde una determinada fecha. Una cosa es que la relación jurídica registral sea formal, viva a veces al margen de la relación civil o sustantiva, y otra que no sea conveniente su más estrecha correlación desde su origen. Por todo ello nos parece más ajustada y defendible la tesis de permitir la inscripción de las enajenaciones anteriores a la inscripción de la prohibición, aunque lleguen al Registro después (29).

Constituye una excepción a la norma expuesta la anotación preventiva de prohibición de disponer acordada en juicio universal de quiebra. La retroacción de los efectos de la declaración de quiebra al llamado período sospechoso impone que la eficacia obstativa de la anotación se extienda también retroactivamente a ese período previo. De modo que no podrán inscribirse los actos de enajenación realizados por el quebrado, no sólo los posteriores a la inscripción de la resolución judicial en que así se declare, sino también los que, siendo anteriores a esa fecha, resulten comprendidos dentro del período de retroacción. Así lo declaró expresamente la Resolución de 7 de junio de 1920 (30).

(29) En igual sentido, ROCA SASTRE, D. H., II, p. 379.

(30) “La prohibición de enajenar, cuyo objeto es impedir que el inmueble a que se refiere salga del dominio de aquel a quien tal restricción fue im-

c) El art. 145 es aplicable a los actos de disposición o enajenación de carácter voluntario. ¿Quid respecto a las enajenaciones forzosas? La cuestión es, por lo menos, dudosa, dado el silencio de la legislación hipotecaria al respecto.

A favor de la tesis que excluye las ventas judiciales de la eficacia normal de la prohibición de disponer cabe argüir su distinta naturaleza respecto de las ventas voluntarias y la necesidad de defender el interés de los acreedores impagados, permitiendo el embargo de los bienes del prohibido para hacerse pago con su valor de sus respectivos créditos. En contra cabría oponer el hecho de que la Ley no distingue entre ambos tipos de enajenaciones —el reglamento habla de “actos dispositivos” en general—; y, sobre todo, la facilidad del fraude legal, simulando el titular registral sujeto a prohibición una deuda, que luego incumple, y desata la ejecución forzosa de los bienes inmuebles que integran su patrimonio, si efectivamente carecía de otros bienes embargables de más fácil realización (art. 1.447 L. E. C.). Por este camino sería bien sencillo eludir la norma prohibitiva.

Llegados a este punto creemos conveniente una ulterior distinción. Si el embargo o el negocio constitutivo de hipoteca, causantes de la posterior enajenación judicial de la finca, tienen fecha anterior a la de la prohibición de disponer, en principio tendrán acceso al Registro en forma normal (31). En el momento en que se realizó el acto —dispositivo o aprehensivo— origen de la garantía, el deudor no tenía limitada la libre disponibilidad de la finca gravada. Vale aquí lo dicho en el apartado anterior b). Pero si el contrato de hipoteca o el mandamiento de embargo llegan al Registro después de inscrita o anotada la prohibición y tienen fecha posterior a ésta, parece fundado pensar que ya no será posible su inscripción. En cuanto a la hipoteca, lo impone así el art. 128 L. H. Tal solución resulta congruente con la finalidad y alcance legal de la prohibición. Si se trata

puesta, y en tal sentido se diferencia profundamente del simple embargo, reviste, cuando se ha tomado como consecuencia de la declaración de quiebra, las apariencias de un verdadero cierre de los libros para los actos del quebrado posteriores no sólo a la declaración, sino al tiempo a que alcance la retroactividad de la misma, toda vez que el Registro ha de ser fiel reflejo de las enérgicas medidas que por consideraciones de orden público adoptan los artículos 893 y 870 C. de c. y 541 C. P.”

(Como ampliación de esta materia, vid. MANUEL OLIVENCIA: “Publicidad registral de suspensiones y quiebras”. Madrid, 1953, pp. 71 y sigs.

Aunque el tema que aquí se recoge es el de las prohibiciones de disponer, y como tal resulta aludido en el texto, obsérvese, sin embargo, que en la actualidad la inscripción registral más frecuente es la de declaración de quiebra (artículo 2-4.º L. H.), más que la posible anotación de la prohibición de disponer judicialmente acordada como medida cautelar.

(31) No hace falta aludir aquí al supuesto de hipoteca inscrita anterior a la prohibición y venta en pública subasta judicial hecha en ejecución de la hipoteca, cuya inscripción se solicita después de la inscripción de la prohibición. La solución parece clara. Jugaría aquí el último párrafo del art. 145 R. H.: inscripción del acto dispositivo ulterior por enlazar con la inscripción de la hipoteca anterior a la de la prohibición. Lo mismo cabría decir en caso de embargo.

de fincas adquiridas a título gratuito —herencia, donación— con esa restricción, no hay inconveniente ninguno para esa función impeditiva. Los acreedores verán detenido en cuanto a esos bienes su derecho de persecución. Pero por la publicidad del Registro ya conocían esa limitación, que podía afectarles. Y el disponente a título gratuito puede muy bien establecer la inembargabilidad de los bienes donados (argumento a fortiori, artículo 1.807 C. c.). Si, por el contrario, se trata de prohibiciones ordenadas por el juez o por la autoridad administrativa —objeto de anotación—, éstas obedecerán normalmente a funciones de garantía; carácter cautelar en beneficio del demandante, o del acreedor, de la Hacienda pública o del Estado, que restringe la capacidad dispositiva del titular afectado, y postula todavía con más rigor la ineficacia de los actos contradictorios posteriores. Resultaría en verdad incongruente que, ordenada por un juez la prohibición de disponer de unos bienes, se pretendiera luego, por otro juez, dejar sin efecto su eficacia impeditiva para hacer posible la reclamación de un acreedor. No olvidemos, en fin, la *vis* atractiva de los juicios concursales para evitar la reclamación individual victoriosa contra el perjuicio de la masa de acreedores.

La jurisprudencia ha estado vacilante frente a este problema. Una antigua Resolución de 3 de enero de 1881 afirmó que el pacto por el cual los herederos se comprometieron a no enajenar una casa a persona extraña a la familia mientras viviese cualquiera de los hermanos, tendría lugar en todo caso si la enajenación subsiguiente fuese voluntaria, pero no cuando es forzosa (?). Más moderna, la Resolución de 19 de julio de 1922 vuelve a la recta doctrina e impide la inscripción de las enajenaciones judiciales posteriores a la prohibición (32). Tampoco las opiniones doctrinales son seguras. Roca Sastre duda de que el art. 145 R. H. se extienda a las enajenaciones forzosas, aunque cree que ésa debiera ser la consecuencia natural de las prohibiciones (33).

Resumiendo las razones antes expuestas, personalmente creo que la eficacia de las prohibiciones de disponer inscritas debe atribuirse tanto a los actos voluntarios de disposición como a los judiciales. Y que ambos deben tener su cabida en la norma del R. H., cuyos contornos estamos perfilando.

III. Tan extensas consideraciones nos han alejado un poco del caso que nos ocupa. Volvamos a él y tratemos de recordar escuetamente algunas de las otras cuestiones que en aquél se contenían.

1. Según las tantas veces repetida cláusula quinta del contrato que nos ocupa, en caso de venta de la finca arrendada, la arrendataria será la com-

(32) "La anotación preventiva del número 4 del art. 42 L. H., de prohibición de enajenar (se había decretado judicialmente para asegurar un juicio declarativo ya iniciado de reclamación de cantidad), supone para el dueño de los bienes un verdadero cierre de los libros del Registro por el tiempo que duren sus efectos, ya que no puede realizar ningún acto de adquisición (debe querer decir de enajenación) sobre ellos, no siendo posible tampoco que la autoridad judicial ordene actos de tal naturaleza que produzcan inscripción en el Registro, en virtud de derechos nacidos con posterioridad a la existencia de la anotación de que se trata."

(33) D. H., II, p. 381.

pradora preferida en análogas condiciones de venta que la realizada con un extraño. Igual que ocurría con la prohibición de disponer estipulada, el problema estriba aquí en determinar la naturaleza de esa preferente facultad de adquisición y el alcance de su eficacia.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia dominantes en nuestra Patria, partimos de la existencia de los derechos reales de adquisición, y dentro de ellos, de las tres típicas formas en que esa preferencia adquisitiva con eficacia real se manifiesta: tanteo, retracto y opción.

La facultad de adquisición preferente de la finca concedida a la arrendataria, ¿en cuál de esos tres tipos debe ser encajada? Cuestión no tan sencilla como pudiera parecer. Porque tanteo y retracto son figuras bien semejantes, cuyas líneas de separación resultan a veces borrosas. Y porque la redacción no muy precisa de la cláusula que comentamos pudiera ofrecer dudas de interpretación contractual. Para ALBALADEJO, el derecho de adquisición preferente en el tanteo funciona normalmente *entre el contrato* de compraventa, del que sólo nace la obligación de transferir la cosa, *y la enajenación* o transferencia de ésta, mediante su tradición al comprador. Mientras que en el retracto, el derecho de adquisición funciona después del contrato de compraventa y después también de la transmisión o entrega de la cosa al comprador (34).

En el contrato que comentamos parece se quiso conceder a la arrendataria el derecho de adquirir la cosa con preferencia a cualquiera y antes de que un tercero llegase a ser su dueño. Facultad previa y excluyente que apunta más bien al llamado derecho de tanteo. Pero la cuestión no termina de ser dudosa porque en la cláusula quinta del contrato no se especifica si la pretensión de adquisición de la arrendataria podría entrar en juego por el mero hecho de convenir la venta con un tercero, o sólo después de que éste llegase a adquirir la finca. Cuestión de interpretación contractual que, en los términos en que fue redactada la estipulación, no llega a ser muy clara. Pero es que, además, la doctrina moderna estima que tanteo y retracto no son más que dos formas de manifestarse una misma preferencia adquisitiva. Que precipitan en una u otra especie según el momento de su juego respectivo. Y que el fenómeno es reversible, porque el tanteo incumplido origina - o debe originar, por lo menos - una pretensión de retracto contra el subadquirente. Sea cual fuere la precisión

(34) *Instituciones de Derecho Civil*, II, Derecho de cosas. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Bosch, Barcelona, 1964, pp. 544-5.

Y sigue diciendo el mismo autor: "Como el retracto funciona después de que la cosa la adquirió el tercero, no es posible que el derecho del retrayente se viole transmitiéndola a aquél en vez de a éste, pues por definición es precisa esta transmisión para que se pueda retraer. Por el contrario, como lo mismo la opción que el tanteo funcionarían normalmente antes de que la cosa fuese adquirida por el tercero, sí que cabe violarlos transmitiéndola a éste en vez de a quien tiene el derecho de adquisición de hacerla suya. Y en tal caso, como son derechos reales, permiten perseguir la cosa aún en poder del tercero. Por lo cual, en dicho caso funcionan *después* de la transmisión (en vez de, como es normal, uno entre contrato y transmisión y otro antes del contrato). Pero esto ocurre para evitar que sean defraudados, y no porque su destino normal les lleve a operar entonces" (loc. cit.).

técnica de estas expresiones (véase lo dicho antes recogiendo la opinión de ALBALADEJO), es lo cierto que reflejan una dosis no pequeña de realidad. Que si doña C. podía comprar la finca arrendada antes que cualquier otra persona y en las mismas condiciones que el presunto comprador extraño tendría a su favor un derecho de tanteo, que a su vez comportaría la facultad de ser notificada de la venta proyectada o realizada sin consumación. Y que, aunque esa no fuera la exacta intención de los contratantes, siempre podría dirigirse contra el subadquirente, en virtud de su retracto convencional para readquirir la cosa.

2. A partir de ahí, el problema que se plantea es el de determinar la naturaleza real o personal del derecho de adquisición preferente así pactado y que, para entendernos, denominaremos derecho de tanteo. En primer lugar, ¿es posible configurar como derecho real el derecho de tanteo convencional? La Res. de 4 de enero de 1927 negó esta posibilidad basándose en razones no muy convincentes. Pero, posteriormente, la mayoría de los autores (PÉREZ Y ALGUIER, ROCA, CASTÁN, ESPÍN, VALLET, BADENES, ALBALADEJO) admiten la naturaleza real de esta figura, sobre todo después del artículo 14 R.H. 1947, que permite atribuir eficacia real frente a terceros por su inscripción al derecho de opción de compra, partiendo de la analogía funcional —ya que no estructural— de ambas figuras. Y las S.T.S. de 13 diciembre 1958 y 30 abril 1964 se inspiran en semejante criterio de admisibilidad. Personalmente, compartimos esta opinión más amplia y hoy generalizada en nuestra doctrina teniendo en cuenta la naturaleza real del derecho de tanteo legal (35), la regulación como oponible del derecho de opción en el vigente R.H. y, sobre todo, la necesidad de que estos derechos de adquisición desplieguen su eficacia frente a terceros, pues de otra manera quedaría automáticamente desvirtuada su propia finalidad en cuanto dejaran de cumplirse por el concedente y se interpusiera un tercer adquirente.

Algunos autores niegan que los derechos de adquisición preferente puedan construirse como reales o personales, dependiendo de la mera voluntad de los interesados, o del pacto expreso de que se inscriban, o de la declaración formal en este sentido. Creemos que el problema está mal planteado en estos términos. No se trata de que los contratantes puedan convertir a su arbitrio un derecho personal en real, ni de que la naturaleza real de un derecho arranque sólo de la solicitud de inscripción o del acuerdo de las partes; especialmente si partimos de las modernas direcciones interpretativas, partidarias de configurar nuestro derecho como un sistema de *numerus clausus*, a pesar de la generosa dicción del art. 7 R.H. El establecimiento de los derechos reales corresponde a la ley. La eficacia real y la oponibilidad frente a terceros son materias de orden público; no pueden quedar al libre arbitrio de los interesados. Estos sólo podrán ejercitar su autonomía negocial eligiendo de entre los diversos tipos que les brinde el ordenamiento aquel que mejor se acomode a sus finalidades. Pero elegir no es crear. Cuestión distinta es la de si en un determinado caso, para que un derecho real reconocido por la ley llegue a adquirir

(35) En contra, Roca, D. H., III, pp. 6 y sigs.

eficacia de tal, sea precisa su inscripción registral o la declaración expresa de los particulares en este sentido. Porque entonces, declaración o inscripción son requisitos de su nacimiento o de su eficacia. Pero su naturaleza institucional arranca siempre de la ley que los acuña. Aunque muchas veces la ley permita el establecimiento de relaciones personales o reales para conseguir las finalidades sociales pretendidas, dejando al arbitrio de los interesados la elección del instrumento jurídico más adecuado.

3. Pues bien, si admitimos la posibilidad de un derecho de tanteo convencional de naturaleza real, ¿cuáles serán los requisitos o condiciones del derecho de adquisición así concedido para que participe de esta naturaleza *in rem*? El C. c., que no contempla expresamente la figura del tanteo convencional, regula, en cambio, el llamado retracto convencional dentro de los supuestos de resolución del contrato de compraventa (arts. 1.506 y siguientes). Pero el así llamado por nuestro Código retracto convencional no es en puridad un tipo de retracto, sino más bien un pacto de retro o condición resolutoria establecida a favor del vendedor. En relación con esa finalidad, su eficacia es la de resolver erga omnes el dominio del comprador si el pacto de que se trata obtuvo la adecuada publicidad. Como cualquier otra condición resolutoria expresa. Tal supuesto de hecho nada tiene que ver con el caso que ahora nos ocupa, completamente distinto en su estructura y en su función. Consciente de su diferente naturaleza, la doctrina más autorizada niega la calificación de tanteo para esa figura de dominio resoluble, a pesar de la imprecisa dición legal, y reserva aquel nombre técnico para la pretensión de adquisición real pactada en negocio jurídico. Por eso, las previsiones legales del Código, al tratar de aquella causa resolutoria, no pueden ser de aplicación aquí. Fuera de este estricto campo de enfoque, el Código regula los retractos legales en la compraventa (artículos 1.521-25) y otros diversos casos de tanteos y retractos legales (comuneros, coterrederos, socios, enfiteútico, etc.). Y el art. 14 R. H. precisa los requisitos del derecho de opción para que pueda ser inscrito.

Ayuno de expresa regulación legal, el derecho de tanteo convencional o voluntario si, como parece, puede llegar a ser construido con naturaleza real, sería entonces un derecho real de adquisición atípico (36). ¿Cuáles serán las normas que deben disciplinarlo? ALBALADEJO estima supletorias, para los derechos de adquisición voluntarios, las normas que regulan los derechos legales análogos a aquéllos (37). Pero los tanteos legales tampoco aparecen suficientemente desarrollados, y, además, regulan supuestos de hecho muy diversos entre sí, de difícil asimilación analógica. Si acaso se aprecia más generalmente en estas figuras, y en las de retracto legal --bien próximas, por su similar naturaleza-- la necesidad de un plazo fijo de ejercicio y de una posible preferencia entre titulares concurrentes. Llegados a este punto no podemos olvidar la importancia que el llamado principio de especialidad tiene en la configuración de los derechos reales. Para que éstos funcionen como tales y afecten a terceros deben estar pre-

(36) CASTÁN, D. C., II, p. 35.

(37) Loc. cit., p. 575.

viamente perfilados, delimitados en su extensión y condiciones. Tanto si se contemplan los derechos reales como carga o gravamen de la finca en sí misma, o como proyectados sobre los adquirentes posteriores, desde ambos costados se nos aparece la necesidad de que resulten inicialmente determinados en cuanto a su titular, objeto, condiciones, forma de ejercicio y eficacia. Exigencia que no parece tan rigurosa en el plano de los meros derechos de crédito o compromisos obligacionales, como es evidente.

Por otra parte, creemos que la analogía de regulación legal para la disciplina del tanteo debe hacerse más bien a través de la figura del derecho de opción, tal como se recoge en el R. H. Por su pretensión de derecho real, desde luego. Y también, si atendemos a los requisitos de su inscripción en el Registro como medio de hacerlo eficaz contra terceros, que es lo que ahora más directamente nos interesa. Partiendo de esa posible analogía, de las exigencias de su eficacia real y del condicionamiento intrínseco de esta figura, derivado de su propia naturaleza, creo que los requisitos del derecho de tanteo, para ser real e inscribible, podían ser los siguientes:

a) Plazo de duración del tanteo.—El plazo debe ser cierto, no indeterminado. Más dudoso resulta si debe jugar aquí la limitación de cuatro años vigente para el derecho de opción. La falta de regulación expresa pudiera dar base a sentar esta norma por analogía, unida a la conveniencia práctica de no mantener por mucho tiempo vigentes estas pretensiones de adquisición. Pero no se ve razón suficiente que impida un plazo de duración más extenso (por ejemplo, diez años).

b) Precio de la adquisición onerosa del derecho de tanteo en su caso.

c) Forma de ejercitar el derecho de tanteo: Notificaciones, plazos, recursos subsidiarios en caso de enajenación de la finca gravada sin notificación previa.

d) ¿Será también necesario en el tanteo, como lo es en la opción inscribible, el pacto expreso de las partes para que se inscriba, o, por lo menos, la declaración expresa de querer constituir un derecho real? No parece. Ante la posible dificultad de matizar la naturaleza meramente personal, inter partes o real del derecho concebido, podrá ser conveniente aquella declaración en tal sentido. O el pacto expreso de inscripción, como muestra de la voluntad negocial de crear un derecho oponible. Pero el tanteo será inscribible en la medida en que resulte un derecho real o, al menos, un derecho legalmente oponible. Cuestión de naturaleza jurídica resultante de la calificación registral, que no puede quedar subordinada a la mera declaración de las partes. Y que tampoco puede vincularse al pacto expreso de inscripción, por no ser requisito formalmente exigido por la legislación hipotecaria con carácter general (38).

(38) La cuestión no deja de ser dudosa. Porque si se parte de la analogía con el art. 14 R. H., como único precepto directamente aplicable a la inscripción de los derechos voluntarios de adquisición, habría que concluir la necesidad de este consentimiento dirigido a la inscripción. En la duda, y teniendo en cuenta que la identidad entre tanteo y opción no es absoluta; que el derecho de opción puede descubrir más difícilmente que el de tanteo su perfil real;

En relación con el primero de los requisitos apuntados no debemos olvidar —y así se alegó en los Autos— que en este caso se trataba de un derecho de arrendamiento concertado por doce años, respecto del cual era accesorio el derecho de adquisición preferente a favor de la arrendataria en caso de venta. Ello pudiera hacer pensar que el plazo tácitamente fijado para el tanteo era el mismo que el del arrendamiento. Cuestión que encierra un doble problema: 1) De interpretación contractual. Si se quiso atribuir al tanteo efectivamente el mismo plazo de duración de doce años, tácitamente apuntado. 2) De interpretación legal. Si pudo válidamente pactarse ese plazo de duración superior a los cuatro años (duración de la opción) y a los diez años (duración del pacto de retro). En cualquier caso, y aun dando por resuelto de esta indirecta manera el problema del plazo, quedarían por precisar los otros requisitos que a continuación se indican, y subsistiría la falta de plena configuración del tanteo así estipulado.

Sin todos esos requisitos, derivados de la propia naturaleza del derecho de tanteo y de su analogía con el derecho de opción, no será aquél susceptible de inscripción registral. Sólo a través de esa previa especificación de su contenido podrá figurar como carga o afección real, repercutible sobre los terceros. Cuestión de estructura formal o de requisitos de constitución que no excluye la necesidad de considerar su propia finalidad como derecho de adquisición y, en definitiva, su naturaleza como derecho real. A pesar de lo cual, o al margen de ello, lo que aquí más nos interesa no es su presunta naturaleza de derecho real, sino su estricto carácter de derecho oponible, es decir, su repercusión sobre los terceros adquirentes de la finca. Se ha llegado a afirmar por ALBALADEJO que la diferencia entre los derechos reales de adquisición y los meramente personales radica en que éstos facultan a exigir la transmisión o preferencia sólo del obligado a ella (dueño de la cosa), y si éste no cumple, sólo cabe la indemnización de daños y perjuicios; mientras aquéllos permiten obtener la transmisión de cualquiera que tenga la cosa, sea o no el antiguo dueño (39). La naturaleza real se manifiesta prácticamente en su eficacia erga omnes. Por encima de dudosas configuraciones teóricas sobre su realidad o personalidad, lo que en definitiva importa es su eficacia externa, su repercusión sobre los terceros. Lo que en última instancia puede reconducirse al concepto de oponibilidad. En estos casos límites o dudosos, en que la clasificación tradicional presenta dificultades de encaje, el único criterio seguro y suficiente es el de la eficacia oponible. A su vez, la condición real u oponible de un derecho, que sólo puede ser atribuida por la ley, constituye el presupuesto de su publicidad registral. Sólo los derechos oponibles serán publicables. La publicidad es el instrumento técnico a través del cual se actúa la oponibilidad de las relaciones. Sin publicidad no debe haber oponibilidad. Lo cual no significa que todo derecho oponible tenga que ser necesariamente

y que el último requisito del art. 14 R.H. resulta excepcional en nuestro derecho hipotecario, donde aquella exigencia carece de aplicación general, nos inclinamos a no estimarla necesaria en el tanteo convencional, aunque su formulación no deje de ser útil.

(39) Loc. cit., p. 540.

inscrito, porque, además del Registro inmobiliario, existen otros medios de publicidad. Pero sólo a través de la publicidad llegan a tener eficacia frente a terceros las relaciones oponibles.

Si admitimos la inscripción del derecho de tanteo voluntario en las condiciones antes expuestas, tendremos resuelto el problema de su eficacia erga omnes sin necesidad de abordar el tema, más hondo y dudoso, de su plena naturaleza real. Llegados a este punto, no olvidemos algo que ya antes se apuntó. A saber: Que los derechos de adquisición preferente, para que cumplan cabalmente su propia finalidad, deben de estar dotados de eficacia real. De otra manera, quedarían fácilmente burlados si se enajenaba la finca como libre a un extraño y el titular de este derecho o facultad no podía accionar la retransmisión. El tercero ajeno aparece aquí siempre que el ofrecimiento de enajenación se incumple. Igual que ocurría en materia de prohibiciones de disponer. Es necesario, pues, arbitrar el medio por el cual quede protegido el atributario de la futura adquisición. La eficacia oponible del tanteo y su publicidad registral salvaguardan justamente la posición de su titular.

4. Volviendo al caso que nos ocupa, la conclusión parece clara. El derecho de adquisición preferente concedido a la arrendataria para el caso de enajenación de la finca arrendada carecía de eficacia real y no pudo ser inscrito por falta de suficiente especialidad. No había sido bastante precisado en su contenido y ejercicio. Más que de una obligación real, se trataba de un mero pactum de faciendo. La Sentencia que ahora comentamos así lo reconoce paladinamente, aunque en sus Considerandos mezcla un tanto los dos elementos aquí concurrentes, cuales son la prohibición de disponer y el derecho de adquisición preferente. Es curioso observar que ambas figuras, a pesar de su distinta naturaleza, desarrollan en relación con el derecho de arrendamiento de que son accesorias, y de su conversión en dominio futuro, una idéntica función de garantía. Ello no obstante, ambas presentan perfiles institucionales distintos, aunque en el presente caso, por no haber sido establecidas con eficacia real y no haber sido inscritas, pueda predicarse igual ineficacia relativa en cuanto a ambas.

5. Aún cabría recordar aquí un problema de posible planteamiento: Qué ocurriría si el comprador de la finca arrendada conociera de hecho la reserva del derecho de tanteo a favor de la arrendataria, aún no inscrito; es decir, si adquiriera la finca en situación de mala fe respecto a la existencia del tanteo. En primer lugar, habría que acreditar la mala fe, que el T. S. no da por suficientemente probada. Pero, si así fuera, ¿debería entonces el comprador ser vencido por la reclamación de la titular del tanteo? La cuestión, que se liga con la publicidad de hecho y el alcance protector de la buena fe, no es de fácil solución. En puridad de principios y de justicia, la repercusión frente a terceros de la limitación conocida por éstos parece evidente. Prácticamente ello resulta más difícil porque va unido a la distinta concepción que se tenga de la oponibilidad de estos derechos de acuerdo con su contenido pactado. Nos remitimos en este punto a lo expuesto más arriba, en relación con las prohibiciones de disponer no inscritas y la mala fe del favorecido por su inexistencia.

IV. Antes de terminar nos falta por aludir brevemente a otra de las estipulaciones contenidas en el contrato de arrendamiento que comentamos. Según éste, "en caso de venta de la finca arrendada, el adquirente vendrá obligado, desde luego, a respetar el arriendo". En presencia de dicha estipulación complementaria, cabría preguntar: ¿Es posible un pacto de esta naturaleza?, ¿puede tener alguna utilidad?, ¿dentro de qué límites podrá establecerse?. Y para tratar de responder a estos interrogantes hay que empezar distinguiendo entre dos tipos de normas: las contenidas en el C. c. y en la legislación especial arrendaticia.

1. El artículo 1.571 C. c. establece la norma general según la cual, en caso de venta de la finca arrendada, el arrendamiento se extingue a instancia del comprador. A pesar de su publicidad posesoria, el arrendamiento urbano no afecta al posterior adquirente de la finca, frente al cual se extingue, sino que subsiste sólo frente al primitivo arrendador concedente de aquel derecho. Concebido como un vínculo meramente personal o inter partes, el arrendamiento no tiene eficacia frente a terceros, no es oponible frente a los subadquirentes de la finca arrendada y se extingue cuando aparece un comprador.

Sin embargo, ese criterio legal no es absoluto. El mismo artículo admite por lo menos dos excepciones: "salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la L. H.". Nuestra legislación hipotecaria de siempre permitió la inscripción de los arrendamientos en determinadas condiciones: duración superior a seis años, anticipación de rentas de tres o más o, al menos, pacto expreso para que se inscriba. Admitida la inscripción registral de los arrendamientos, el problema no era tanto el de investigar la presunta naturaleza real o personal del arrendamiento registrado, o el de hasta qué punto la inscripción podía modificar la naturaleza original del derecho, como discutió infructuosamente la mayor parte de la doctrina; cuanto el de matizar su diversa eficacia oponible, a partir de su acceso al Registro, en relación con los arrendamientos no inscritos. Problema, pues, de mera oponibilidad frente a terceros, más que de su dudosa naturaleza institucional. En este caso concreto, nuestro derecho atribuye a la publicidad registral una eficacia oponible que no reconoce a la mera exteriorización posesoria del ejercicio de aquel derecho. Si bien, condiciona su inscripción a determinados requisitos, fuera de los cuales seguirá en vigor el inicial criterio de simple subsistencia inter partes.

La otra excepción posible es el mero pacto contrario a la extinción legal. Parece, pues, viable que las partes estipulen, al celebrar el contrato de arrendamiento, que éste producirá efectos frente a terceros. Y la eficacia positiva de este pacto aparece sancionada por el propio artículo 1.571 C. c. Pero recordemos que la publicidad es el instrumento técnico necesario para que un derecho sea oponible. El mero pacto estipulado por los contratantes de dar eficacia frente a terceros al arrendamiento concertado, ¿puede en verdad afectar a los sucesivos compradores de la finca arrendada que desconocían el contenido de esa estipulación? Ni siquiera cabe argüir que la publicidad posesoria del arrendamiento estaría al servicio de esa repercusión, porque una cosa es la publicidad del ejercicio del derecho y otra la publicidad del pacto oponible. Sobre todo, teniendo en cuenta que el

criterio legal inicial es cabalmente el contrario, es decir, el de la extinción. No se puede hacer depender la subsistencia arrendaticia en cada caso del efectivo conocimiento por parte del tercer adquirente de la vigencia de aquel pacto si no ha tenido otra exteriorización.

Po eso creemos, tratando de armonizar el artículo 1.571 C. c. con el artículo 2-5.º L. H., que para que el arrendamiento urbano sometido al régimen del C. c. sea oponible a terceros debe ser previamente inscrito en el Registro de la Propiedad. Ello por razones puramente institucionales, por ser necesaria la publicidad registral para la repercusión frente a terceros y por no bastar la mera publicidad posesoria o de ejercicio, ya que, aun con ella, la norma general del Código es la contraria, es decir, la de la extinción. Sólo que la inscripción registral vendrá causada por el pacto de subsistencia o por las condiciones de plazo del arriendo. De esta manera, el "pacto en contrario" del artículo 1.571 se aproxima al "convenio expreso de las partes para que se inscriba" del artículo 2-5.º L. H. (40). Nuestro derecho pudo estimar suficiente la publicidad posesoria para fundar la subsistencia arrendaticia en todo caso. Pero no ha sido así. A pesar de esa exteriorización de hecho, el comprador de la finca arrendada puede desconocer el arrendamiento anterior, que frente a él carecerá de eficacia. Para que el arriendo le sea oponible precisa de algo más, la publicidad registral, derivada del plazo concertado, o de las rentas anticipadas, o bien del pacto expreso de subsistencia.

Desde esta perspectiva estimamos suficientemente justificada la posibilidad y suficiencia del pacto que nos ocupa. Y si se admite la interpretación aquí defendida, llegaremos a la conclusión de que dicho pacto, en el presente caso, aunque lícito no llegó a ser eficaz frente a todos por no haber sido inscrito. Igual que nos ocurría al estudiar los efectos de otros mecanismos jurídicos—prohibiciones de disponer, derechos de adquisición preferente, etc.—, la falta de adecuada publicidad priva a estas figuras de su normal ámbito de eficacia en el tráfico.

2. La legislación especial de arrendamientos urbanos sienta un criterio radicalmente distinto al del C. c. en este concreto punto de eficacia frente a terceros. Tanto el artículo 70 de la Ley de 21 de marzo de 1947 como el artículo 57 de la Ley de 13 de abril de 1956 establecen la prórroga obligatoria para el arrendador del contrato arrendaticio, aunque cambie el dueño o titular arrendador o—como dice la Ley más reciente—aunque un tercero

(40) Evidentemente no es lo mismo el pacto expreso de someter a inscripción un arrendamiento que el de hacerlo subsistente sin más frente al comprador de la finca arrendada. Por su mayor extensión, aquella estipulación incluye a ésta, pero no viceversa. El problema práctico está en si podrá ser inscrito este último pacto de excepción al artículo 1.571, unido a la solicitud verbal de inscripción del documento; problema que, si acaso, se planteará tan sólo en los arrendamientos a corto plazo, ya que en los superiores a seis años, su propia duración les abrirá el acceso al Registro. Y aunque el pacto expreso para la inscripción sea una exigencia taxativa y formal de la L. H., teniendo en cuenta lo dicho arriba no vemos inconveniente en admitir la interpretación más amplia, de estimar implícitamente comprendido en el pacto de subsistencia arrendaticia el de su inscripción al Registro. Porque de otra manera nacería aquél condenado al fracaso si no iba unido al pacto de inscripción.

suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones. No obstante la imprecisión técnica que supone confundir dos instituciones distintas, como son la prórroga y la oponibilidad, y a pesar de su deficiente técnica expresiva, la finalidad perseguida por la ley parece clara, y así es interpretada unánimemente: la subsistencia del arrendamiento en todo caso, aunque cambie el dueño de la finca arrendada, a voluntad del arrendatario, como la medida más eficaz de protección de este último. Es decir, la oponibilidad frente a terceros del arrendamiento urbano que se afirma de un modo positivo, por pura declaración legal y sin necesidad de ningún otro requisito, ni siquiera la inscripción registral. Es la llamada publicidad legal o por ministerio de la ley, si bien en este caso podía venir atenuada atribuyendo eficacia oponible *ex lege* a la posesión del arrendatario. Sea de ello lo que fuere, es lo cierto que el arrendamiento urbano subsiste frente a terceros adquirentes, y que sólo a través de una de las causas legales de excepción a la prórroga o de resolución del arrendamiento, podrá éste declararse extinguido en contra de la voluntad del arrendatario. En pocos casos la protección legal ha llegado más lejos o ha arbitrado medios más enérgicos de eficacia. Todo ello en función de un pretendido carácter social y tuitivo de la legislación arrendaticia.

Bajo el régimen del C. c. el pacto de subsistencia arrendaticia es, desde luego, útil, y puede llegar a ser necesario para conseguir esa eficacia externa mediante su inscripción, cuando por razón del plazo no tuviera acceso al Registro. Claro que en este caso concreto no juega esa causa supletoria, porque el plazo pactado era el de doce años y, de haberse formalizado el arrendamiento en documento público, hubiera sido inscribible por sola esa razón. En cambio, la regulación del derecho especial de arrendamientos urbanos impone por sí misma la subsistencia sin necesidad de ningún otro requisito, al margen incluso de la inscripción registral, que ya no se precisa para tales efectos *erga omnes*; y priva de toda eficacia al mencionado pacto, suplido ahora ventajosamente por la declaración legal.

Sin embargo, como la subsistencia legal frente a terceros juega en caso de prórroga del plazo pactado, es decir, después de expirado el plazo contractual, cabría pensar si antes de entrar en vigor la prórroga, cuando aún se está dentro del plazo contractual, no jugarán entonces las previsiones de las partes en lugar de la enérgica protección legal, sólo existente en período de prórroga. La interpretación a que nos conduce la finalidad del artículo 57 L. A. U. no parece ser ésta, sino la contraria. Si aún después de expirar el plazo pactado, el arrendamiento debe subsistir *ex lege* frente a terceros, con doble razón subsistirá y tendrá eficacia oponible cuando aún no se haya agotado el plazo inicialmente previsto. El arrendamiento subsiste siempre y el tercero sucesor o causahabiente del arrendador no podrá desconocerlo, salvo por las causas legalmente tasadas. La prórroga no es aquí motivo de eficacia, de modo que sólo en período de prórroga despliegue su plenitud de efectos, sino instrumento técnico incorrectamente empleado para sancionar la oponibilidad a ultranza. Sólo así se consigue la finalidad extremadamente proteccionista de la ley. De modo que ni siquiera durante sus primeros doce años de duración pudo hacerse depender la estabilidad del

arrendamiento concertado del aludido pacto. Siempre que, por su naturaleza, deba estimarse sujeto a la legislación especial. El único problema estará, pues, en decidir cuál de ambas normas deberá disciplinar el arrendamiento que nos ocupa.

3. El contrato arrendaticio se celebró el 9 de enero de 1945, antes, por tanto, de entrar en vigor el texto articulado de la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946, lo que tuvo lugar a partir de la Orden aprobatoria de 21 de marzo de 1947 (3 de abril de 1947). En el momento de su celebración, antes del nacimiento de la ley especial, pudo estar sometido al régimen normal del C. c. (41). Pero la disposición transitoria primera de la Ley de 1947 estableció la necesaria aplicación de las nuevas normas a todos los contratos ya celebrados, con lo que generalizó su régimen imperativo a todos los arrendamientos urbanos. A partir de esa disposición, parece indudable la competencia normativa de la ley especial respecto a todos los contratos de arrendamiento urbano, siempre que encajen en su ámbito de aplicación no excluido. Con lo que llegamos a la conclusión de que a partir del 3 de abril de 1947, el pacto tantas veces referido carecía de utilidad desde el punto de vista de su eficacia frente a terceros, que era la finalidad negocialmente buscada, porque tal eficacia oponible le venía concedida en forma bien generosa por la propia ley. Lo cual no excluye que dicho pacto, como cualquier otro, tuviera la virtualidad de desatar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento. Pero ésa ya es otra cuestión bien distinta.

Resulta curioso observar que el problema de la subsistencia arrendaticia no fue planteado en el recurso. Si acaso se alude indirectamente a él en el motivo extractado al principio bajo la letra c), cuando se pide la elevación a escritura pública del contrato de arrendamiento para ser inscrito, y se afirma la necesidad de tal inscripción y su no inutilidad, porque—se dice rectamente—el derecho de tanteo pactado sólo podía tener eficacia frente a terceros por la inscripción. De esta manera se elude el problema, centrándolo sobre uno de los extremos del pacto—el derecho de adquisición preferente—, sin recoger la inscripción del arrendamiento stricto sensu. Esto es natural porque lo que se pretendía por los recurrentes era la declaración de ineficacia de las ventas realizadas y de su derecho a adquirir la propiedad de los locales con preferencia a los demás, en vez de defender el reconocimiento de su mera titularidad arrendaticia frente a los nuevos dueños. De modo que el tema de la subsistencia arrendaticia frente a terceros resulta marginal en el presente caso y casi independiente de la sentencia que comentamos. A pesar de ello, no hemos querido silenciarlo aquí por su íntima conexión con el tema de la publicidad oponible y por su vigencia práctica nada escasa.

MANUEL AMOROS GUARDIOLA
Registrador de la Propiedad

(41) La cuestión, hoy puramente académica por lo que en seguida se dirá, no deja de ser dudosa; porque ya antes se había promulgado, entre otras disposiciones proteccionistas, el Decreto de 21 de enero de 1936, que, en cuanto al arrendamiento de locales destinados al ejercicio del comercio o industria, imponía ya la prórroga legal forzosa con excepciones tasadas.