

La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia

ANTONIO GORDILLO,
Profesor Adjunto de Derecho civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Planteamiento: Posible influencia de la reforma del Código civil en la calificación como principio general del criterio de protección del tercero de buena fe.—II. Normas que expresamente hacen aplicación del principio de protección del tercero. 1) Arts. 61, 64, 89 y 318: publicidad registral del matrimonio y de su disolución por divorcio. 2) Artículo 156: protección de terceros de buena fe en relación con el ejercicio de la patria potestad. 3) Art. 1.320: protección del adquirente de buena fe de derechos sobre la vivienda habitual y muebles de uso ordinario de la familia. 4) Art. 1.335: protección de los terceros de buena fe respecto a la anulación de las capitulaciones matrimoniales. 5) Arts. 1.391 y 1.433-1.434: protección del adquirente de buena fe respecto a los actos realizados por un cónyuge en fraude de los derechos del otro.—III. Normas que sin mencionar al tercero de buena fe son aplicación del principio de protección de la apariencia jurídica. a) Arts. 53, 73, 78 y 79: matrimonio putativo o aparente. 2) Arts. 102 y 1.436: publicidad registral de la separación, personal y de bienes. 3) Arts. 113, 131, 135, 137, 140: posesión de estado. 4) Arts. 1.319 y 1.365: la potestad doméstica. 5) Artículos 1.384 y 1.385: legitimación individual en la administración de gananciales en interés de la seguridad y de los terceros.—IV. Situaciones en las que, sin norma expresa, es analógicamente aplicable el principio de protección de terceros. 1) Art. 83: terceros desconocedores de la separación personal de los cónyuges. 2) Art. 96: tercero adquirente de la vivienda y objetos de uso ordinario en ella, cuyo uso corresponde al cónyuge no titular tras la sentencia de nulidad, separación o divorcio. 3) Art. 166: tercero adquirente de bienes del hijo, salidos del patrimonio de éste por ejercicio excedido de la patria potestad. 4) Art. 1.322: tercero que contrata con un cónyuge que actúa sin el consentimiento del otro cuando tal consentimiento es necesario. 5) Art. 1.370: tercero adquirente de bien ganancial afecto a la responsabilidad por su precio aplazado. 6) Art. 1.377: tercero adquirente de bien ganancial actuando un

cónyuge sin consentimiento del otro. 7) Art. 1.381: tercero adquirente de frutos o productos de bienes privativos que exceden la facultad dispositiva del cónyuge.—V. Conclusión: Confirmación del principio de protección del tercero que de buena fe confía en la apariencia en las normas reformadas del Código civil.

I. Con ocasión de situar en su adecuado marco la concreta figura de la representación aparente hubimos de ocuparnos por extenso y no hace mucho tiempo del *principio general de protección del tercero que de buena fe confía en la apariencia jurídica* (1). No es pacífico, en nuestra doctrina ni en la extranjera, que al criterio protector del tercero de buena fe le corresponda el alcance propio de un auténtico principio general. En su momento tomamos nota de las distintas opiniones al respecto (2) y adoptamos como criterio para la superación del *impasse* doctrinal al respecto la antigua y sabia norma de Paulo, recogida en el Digesto (50, 17, 1) entre las *regulae juris*: *non ex regula ius sumatur sed ex iure, quod est, regula fiat*. La ley vigente es la que debe suministrar los datos desde los cuales poder concluir el alcance real de la medida: ¿puro expediente excepcional; principio lógico informador de hipótesis singulares; auténtico principio general? Tras un detenido recorrido por nuestro Código civil nosotros mantuvimos que la protección del tercero de buena fe es un verdadero principio general en nuestro ordenamiento. No fue la primera, ni ha sido la última vez que tal recorrido, y con igual propósito, se realizaba, aun cuando no siempre para llegar al mismo resultado (3).

A nuestro juicio, en no pocas ocasiones, el tema se ha centrado excesivamente en torno al artículo 464 del Código civil. Partiendo de una determinada interpretación del mismo, se le ha querido ver reflejado y aplicado en concretas y singulares, aun cuando repetidas, soluciones legales; o, por el contrario, se han buscado claves de explicación de tales soluciones legales, distintas al artícu-

(1) Nos referimos a nuestra obra *La representación aparente. (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*. Sevilla, 1978.

(2) *Op. cit.*, págs. 377 ss.

(3) Cfr., principalmente, HERNÁNDEZ GIL: *De nuevo sobre el art. 464 del Código civil*. RDP, 1944; VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*. RDP, 1947; JORDANO BAREA, Juan B.: *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*. ADC III, 1950; MELÓN INFANTE, Carlos: *La posesión de bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título*. Barcelona, 1957. Últimamente han vuelto sobre el tema HERNÁNDEZ GIL, en *La posesión*, Madrid, 1980, págs. 594-609, y VALLET DE GOYTISOLO: *De nuevo sobre la posesión de bienes muebles. Tres estudios en torno al art. 464, 1 del Código civil*. ADC 1980, II, páginas esp. 301-308. Del mismo se habían ocupado poco antes MIQUEL GONZÁLEZ, José María: *La posesión de bienes muebles (Estudio del art. 464, 1 del Código civil)*. Madrid, 1979, págs. 403-438, así como CÁMARA, Manuel: *Contribución al estudio del art. 464 del Código civil*. RDN, abril-junio 1979, págs. esp. 38-55.

lo 464, en su interpretación generalmente llamada germanista (4). Pensamos que en nuestros días el planteamiento básico ha de ser el inverso. El artículo 464 no es la atalaya privilegiada desde cuya altura quepa divisar el sentido integral del ordenamiento. Ocurre más bien al contrario: desde la generalidad del ordenamiento ha de atribuirse hoy al artículo 464 su verdadero sentido. Desde el artículo 3, 1 del Código civil toda interpretación atendida sólo a la formulación literal de un precepto, o a sus antecedentes históricos, es necesariamente una interpretación insuficiente, por reduccionista, si no toma en consideración igualmente el criterio sistemático y la realidad social del momento de aplicación de la norma. Si históricamente el criterio subyacente al artículo 464 del Código civil pudo jugar el papel de brecha de penetración del criterio favorecedor de la seguridad dinámica, frente a la seguridad estática (5), hoy, la implantación generalizada de tal criterio desborda ampliamente el significado del artículo 464, norma a integrar en la actualidad, si se la quiere coherente, en el conjunto de las que sirven a la indicada implantación generalizada de la seguridad del tráfico. Hernández Gil, quien por cierto se ha ocupado expresamente de la interpretación del artículo 464 del Código civil desde los criterios recogidos en el artículo 3 (6), inscribe hoy la norma del artículo 464 dentro de la protección de la apariencia, que constituye uno de los fundamentos de la posesión y que inspira otras normas del Código civil. La posesión (o, en su caso, la inscripción en el Registro), la buena fe y la intervención de los terceros, elementos con especial relieve en la apariencia, lo tienen también —añade— en el artículo 464 (7).

La materia sigue y seguirá siendo polémica, pero a su solución no puede ser indiferente la extensa y profunda modificación producida en el Código civil como consecuencia de la reciente reforma del Derecho de familia. La consagración definitiva y el reconocimiento cierto de un principio general no es, evidentemente, obra de un día. En nuestra visión del problema es claro que las aplicaciones singulares, insustituible base de la inducción, se generalizan al margen de la visión del principio que sobre ellas comienza a dibujarse. Cuando el principio es ya perceptible como tal, con la nota, por tanto, de su generalidad, ha de convivir todavía con hábitos doctrinales mantenidos por la inercia y con normas vigentes, en lo formal, con una amplitud que la realidad jurídica desmiente. Ciertamente el artículo 464 no hace inútil la usucapión

(4) y que HERNÁNDEZ GIL propone denominar, sin connotaciones étnicas, progresiva. Cfr. *La posesión*, cit., págs., e.c., 574 ó 578.

(5) Inevitable es en este punto el recuerdo del estudio de EHRENBURG, Victor: *Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit*. Iherings Jahrb., 1904.

(6) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Nuevas perspectivas para la interpretación del art. 464 del Código civil*. Discurso leído el día 29 de noviembre de 1976 en la sesión inaugural del curso 1976-77. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1976.

(7) Cfr. *La posesión*, cit., págs. 594-595.

mobiliaria; como su paralelo, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no deja sin ámbito de operatividad la usucapión de inmuebles. Pero, ¿no es igualmente cierto que desde ambos preceptos la usucapión deja de tener el alcance que, en dependencia de su configuración histórica, el Código civil parece atribuirle? En un mismo conjunto normativo coexisten normas que responden a distinta orientación e inspiración. Labor del intérprete es conjugarlas debidamente. La repetición de las de un mismo signo permite señalar las líneas básicas del ordenamiento; desde ellas se dibujan los principios y a su luz se encuadran las normas.

¿Qué ha supuesto respecto a la protección del tercero de buena fe la reforma del Derecho de familia? ¿Podrá confirmarse desde ella su alcance de principio general, o, por el contrario, habrá de entenderse reafirmado el de la efectividad de la situación real, por más distinta que pueda resultar de la apariencia que la oculta? Nosotros nos hemos referido ya al avance que, sobre el modelo dibujado por el Proyecto de 1851, supuso en este punto el Código civil (8). ¿Significará su última reforma un paso más en igual sentido, o marcará una variación de rumbo? De nuevo, *non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*. ¿Qué significa el *novum ius* respecto a la polémica *regula*? En nuestra opinión, la regla, o principio, extraída del Código civil antes de su última reforma resulta confirmada —¿quizá, incluso, excesivamente en alguna ocasión?— tras ella. A su comprobación se dedican estas páginas.

II. Entendemos conveniente comenzar refiriéndonos a las normas que suponen consagración expresa de la protección del tercero de buena fe. No pretendemos en este punto hacer una prolija enumeración de las mismas; creemos preferible agruparlas temáticamente en cuanto su materia lo permite.

1. En este sentido conviene destacar en primer lugar los artículos 61, 64, 89 y 318. El matrimonio, aun el secreto, produce efectos civiles desde su celebración; sin embargo, el matrimonio no inscrito (en el Registro Civil ordinario, el secreto) no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas (arts. 61 y 64). La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia firme que así lo declare; sin embargo, no perjudicará a terceros de buena fe, sino a partir de su inscripción en el Registro Civil (art. 89). La emancipación por concesión, dándose sus requisitos, se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el juez encargado del Registro; sin embargo, no producirá efectos contra terceros hasta que no sea inscrita en el Registro Civil (arts. 317-318).

No debe ser objeto de análisis en esta ocasión lo que de novedoso, en relación con la anterior regulación, puedan suponer las normas ahora indicadas. Centramos nuestra atención en lo que en ellas se contiene de normas de protección de terceros que de buena

(8) Cfr. *La representación aparente...*, cit., págs., e.c., 389-391; 392-395; 401-402...

fe confían en la apariencia. En tal sentido, los artículos a que hemos hecho referencia son, en buena parte, continuadores del régimen anterior. El matrimonio, tanto en su existencia como —ahora con mayor interés— en su disolución, así como la emancipación, no obstarán su eficacia pre-registral o para-registral *inter partes*, no perjudicarán a terceros de buena fe, sino a partir de su publicidad registral. El Registro Civil supone un medio de constancia de la realidad, módulo definitivo de la misma, respecto a los terceros de buena fe; esto es, los terceros que a través del Registro obtienen el conocimiento del estado civil —para ellos no irrelevante— de la persona con la que van a entrar en relación. Análoga disciplina —en lo fundamental, repetimos— consagraban los ahora derogados artículos 76 y 79 (matrimonio canónico, en general, y matrimonio secreto) del Código civil, así como el 70 de la LRC y, por lo que hace a la emancipación, el antiguo artículo 316 del C. c.

El Registro como, en general, la posesión y todos aquellos medios por los que se produce una manifestación exterior de una determinada situación jurídica, es una institución desencadenante de situaciones de apariencia protegibles. Con razón se dice que el Registro constituye la *species facti* artificial o provocada de la apariencia jurídica (9). En efecto, es fácil comprobar cómo publicidad registral y protección de la apariencia responden a una misma finalidad esencial: dar certeza a las situaciones jurídicas mediante su constancia pública, con lo que ello comporta de ventaja para los terceros que confían en el Registro, e igualmente de ventaja, aunque también de riesgo, para el titular de la situación jurídica inscribible pero posiblemente no inscrita. El Registro, nacido para el fiel reflejo de la realidad, termina siendo en ocasiones el medio por el que se preconstituye la apariencia disconforme con la realidad y determinante del error inculpable del tercero. Tal ocurrirá en los supuestos de discordancia entre la situación publicada y la real, tanto por consecuencia de una inscripción inexacta (originariamente o por consecuencia de modificación sobrevenida —inscribible y no inscrita— en la situación publicada), como en aquellos supuestos en que la realidad inscribible tenga predispuerto un sistema de publicidad con presunción de integridad o esté sometida a inscripción forzosa como condición de eficacia frente a terceros y no haya sido publicada: la no inscripción se convierte entonces en apariencia negativa o apariencia de inexistencia de una realidad que, aunque existente no será oponible a terceros que la desconozcan (10).

(9) Cfr., sobre todo, CANARIS, Claus-Wilhelm: *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. München, 1971, pág. 492. Entre nosotros, DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*. Bilbao, 1975, págs. 28 ss.

(10) En relación con la inscripción del matrimonio canónico, Cfr. FUENMAYOR, Amadeo: *La inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil*. ADC, 1954, pág. 106: «La falta de inscripción del matrimonio canónico

Cuanto de la publicidad acabamos de afirmar es de aplicación no sólo a la publicidad inmobiliaria registral (cuyo campo de actuación es el Derecho llamado patrimonial o de bienes), sino también a la publicidad relativa al estado civil (perteneciente, por ello, al Derecho de la persona). El Derecho, todo, forma una unidad esencial, y no es posición recomendable la que trata de separar a todo trance el sector de lo personal y el campo de lo patrimonial. Las batallas decisivas por el reconocimiento del valor personal no se ganan en la afirmación enfática del Derecho de la persona o de los derechos de la personalidad, sino en el tratamiento dado al régimen de bienes. Una proclamación de los derechos personales que no llegue a afectar al Derecho de bienes se frustra en su inoperancia y termina por reducirse a la esterilidad (11) Del mismo modo que el Derecho patrimonial ha de *personalizarse*, el Derecho de la persona no puede prescindir de sus ramificaciones patrimoniales. El estado civil y, por ello, el Registro dedicado a su publicidad, también, y quizá de modo fundamental desde el punto de vista de los terceros, afecta a cuestiones de carácter patrimonial. «La publicidad del matrimonio —ha dicho Espín (12)— es necesaria para evitar la inobservancia de las prohibiciones que limitan la capacidad matrimonial, y frente a los terceros porque el régimen matrimonial puede afectar la responsabilidad patrimonial de cada cónyuge, al ser el patrimonio de la persona la garantía del acreedor (art. 1.911)». En cuanto a terceros, y en el orden patrimonial, el Registro Civil configura una situación de apariencia protegible con igual efectividad que la derivada de la apariencia estrictamente patrimonial: lo publicado se considera como real en relación con los terceros de buena fe; lo no publi-

en el Registro Civil puede determinar un estado aparente distinto del real en los cónyuges que lleve a los terceros a tenerlos por no casados».

(11) En este sentido, el art. 3 de la Constitución italiana. De la proclamación de los derechos personales derivan, inevitablemente, las transformaciones económicas y sociales exigidas para la efectividad de aquéllos: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizione personali e sociali. E compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Para un comentario de la norma, vid. LIPARI: *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1980, págs., esp., 121-133. En sentido paralelo, el art. 9, 2 de nuestra Constitución: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». En el tratamiento doctrinal del tema subraya especialmente el condicionamiento de la efectividad de los derechos de la persona por las condiciones económicas y sociales, BERCOVITZ, Rodrigo: *Derecho de la persona*. Madrid, 1976, pág., e.c., 196.

(12) *Manual de Derecho civil español*, IV, Familia. Madrid, 1981, págs. 56-57.

cado no les es oponible (13). Como se indica en la Exposición de Motivos del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, «la actividad pública registral, en íntimo contacto con el Derecho común, tiene por fin... siempre, proporcionar a los particulares una información sobre la condición civil de las personas en la que por sus garantías jurídicas puedan confiar».

(13) La dimensión patrimonial de la fe pública registral referida al Registro Civil, quedaba expresamente resaltada en la redacción inicial de los arts. 61 y 64 en el Proyecto de reforma: «El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos *patrimoniales* adquiridos de buena fe por terceras personas», decía el tercer párrafo del art. 61; «Para el reconocimiento del matrimonio secreto basta su inscripción en el libro especial del Registro Central, pero no perjudica los derechos *patrimoniales* adquiridos de buena fe por terceras personas, sino desde su publicación en el Registro Civil ordinario», añadía el 64. La Ponencia, primero, y la Comisión de Justicia, después, aprobaron la modificación suprimiendo en ambos preceptos el término «patrimoniales». Naturalmente no porque no sea la patrimonial la esfera en que respecto a terceros actúa fundamentalmente la publicidad derivada del Registro Civil, sino por considerarse sin precedentes e innecesaria tal delimitación de efectos. Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso*, número 153 (día 25 de marzo de 1981), págs. 9543-9545. El diputado DE LA VALLINA VELARDE, por Coalición Democrática, defendió la redacción inicial, entendiendo que la omisión de la referencia al carácter patrimonial de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas produciría efectos no queridos y sumamente delicados: «...el principio general que se quiere establecer de protección a los terceros de buena fe debe quedar reducido exclusivamente al ámbito de los derechos patrimoniales, como hacía el Proyecto en su redacción inicial, o si se quiere extender a otros ámbitos (derechos personales, derechos familiares, matrimoniales, etc.) habría que precisar y matizar mucho más y poner esta protección de los terceros de buena fe en relación con los efectos de la nulidad del matrimonio que se regula en los arts. 73 y ss. Como botón de muestra baste citar la dificultad, dada la redacción que se da a estos artículos, de compatibilizar, de articular la protección de los terceros de buena fe con la regulación establecida en el artículo 46 sobre incapacidades para contraer matrimonio, entre las que se señala el no estar ligado con vínculo matrimonial. Cabe preguntarse entonces si esa protección de los terceros de buena fe que se establece en los artículos 61 y 64 supone que el segundo matrimonio, cuando esté vigente el vínculo del primer matrimonio no inscrito en el Registro Civil, ese segundo matrimonio, digo, es válido si no tienen efecto las consecuencias de la nulidad que en este caso se establecen en los arts. 73 y ss.; si es que, efectivamente, la inscripción en el Registro Civil tiene un valor constitutivo a efectos del matrimonio. Me parece que simplemente con estos interrogantes que quedan abiertos es suficiente para poner de manifiesto que nos encontramos ante un tema delicado y complejo que no queda resuelto satisfactoriamente con la formulación propuesta y, por ello, la protección de los terceros de buena fe debe quedar reducida, como hacía el Proyecto, exclusivamente a los derechos patrimoniales o, en caso contrario, habría que matizar mucho más las consecuencias de esa protección a como se establece en esta redacción de los arts. 61 y 64». En contra, y por el texto en su definitiva redacción, el diputado ESCARTÍN IPIENS: «...esta norma del párrafo tercero, tal como venía en el Proyecto del Gobierno, no tenía ningún antecedente en nuestro Derecho histórico, ni tampoco en lo que fuera el Anteproyecto de la Comisión de Codificación, y aunque no he llegado a averiguar por qué razón se introdujo la palabra «patrimoniales» (que no tenía ningún antecedente en nuestra doctrina), creo que probablemente fue para evitar

Se explica por lo anterior que, tanto el matrimonio como la emancipación, aun cuando válidos y eficaces *inter partes* antes de su inscripción, no puedan perjudicar a terceros de buena fe o, lo que es igual, no produzcan efectos contra terceros, sino desde su cognoscibilidad registral. Como a la inversa, el matrimonio o la emancipación inscritas, aun cuando nulos, funcionarán como válidos, a efectos patrimoniales, frente al tercero que, por obra de la publicidad, confía en su validez. La sentencia de divorcio produce la disolución del matrimonio a partir de su firmeza, según hoy dispone el artículo 89 del Código civil, *pero no* perjudicará a terceros de buena fe, sino a partir de su inscripción en el Registro Civil. ¿Qué puede significar ello sino que frente a terceros —a los que el matrimonio ajeno sólo interesa desde el punto de vista patrimonial— los en realidad ya excónyuges, siguen respondiendo mientras la sentencia de divorcio no se inscriba como si el matrimonio siguiera subsistente?

Es, esta última, entre las ahora examinadas, la norma reformada de mayor interés y novedad. Su lógica resulta clara: como el matrimonio, aun eficaz *inter partes*, no perjudica los derechos adquiridos de buena fe por terceros, sino a partir de su cognoscibilidad, del mismo modo, su disolución tampoco perjudicará a terceros sino desde su inscripción en el Registro Civil. De todas formas su aplicación —se pensará— pudiera llevar a situaciones

alguna de las sospechas que le ha proporcionado a Coalición Democrática la motivación de su voto particular. Pero yo creo que realmente tales sospechas carecen totalmente de fundamento. Efectivamente, si precisamos lo que son los fines de una inscripción, aparte de la pura información o del título de prueba o título de estado civil o de constitución de una situación determinada y producción de efectos, desde el punto de vista de la fe pública, la inscripción en el Registro Civil solamente plantea un efecto preclusivo, es decir, que lo no inscrito no perjudicará a terceros, pero nunca, fundado en una situación registral, se puede adquirir una situación en firme, o sea, la fe pública no produce nunca en el Registro Civil un efecto de carácter convalidante. Quiero decir con esto que, por supuesto, en el caso de que una persona se hubiera casado y no hubiera inscrito su matrimonio, y posteriormente contrajera matrimonio con otra persona, evidentemente no podría invocar que la protección del tercero de buena fe hiciera válido el segundo matrimonio, porque aquí pesaría el principio de impedimento de vínculo que ya hemos establecido y, desde luego, nunca el párrafo tercero del art. 61 podría prevalecer sobre el impedimento de vínculo que era —creo yo— el argumento más importante que dió el señor DE LA VALLINA en Comisión. Quiero decir a este respecto que en los principios registrales de la Ley de Registro Civil este tema está perfectamente resuelto, porque nunca una inscripción convalida los actos que son nulos en su propio origen; es decir, aquel segundo matrimonio, nulo en su propio origen, no podría ser convalidado por el efecto de la publicidad registral. Por consiguiente, los escrúpulos del señor DE LA VALLINA no están compartidos por los antecedentes históricos de la Comisión de Codificación y están perfectamente solucionados dentro de lo que es la unidad del sistema, la protección registral y el alcance de la fe pública y de los Principios de la Ley del Registro Civil. Por consiguiente, consideramos que restringir solamente la protección a los derechos patrimoniales es arbitrario y nos vamos a oponer al voto particular, defendiendo el voto de la Comisión».

problemáticas. ¿Cómo hacer responder por una determinada actuación posterior al divorcio no inscrito como si el matrimonio continuara en vigor cuando, por hipótesis, éste pudiera estar ya hace tiempo disuelto y liquidado su régimen económico? La situación no es tan problemática si se toma en consideración que, a diferencia de lo que ocurre respecto a las situaciones de titularidad y de gravámenes jurídico-reales, el estado civil de las personas en general, y en concreto el matrimonio, tienen modos habituales de cognoscibilidad que no son sólo su publicidad registral. Lo que respecto a la prueba de las situaciones notorias establezca el principio *notoria non eget probatione*, es también aplicable a su publicidad: lo que es fácticamente cognoscible no necesita de la publicidad como medio de cognoscibilidad, si no único, sí al menos especialmente privilegiado. Quiere todo ello decir que en la materia que nos ocupa se ha de calibrar de modo especial la *buena fe* del tercero que, al amparo de la publicidad registral, alegue desconocimiento de la realidad jurídica no inscrita. No creemos que quepa trasladar a esta materia, sin matices especiales, la presunción de buena fe establecida en general en favor del tercero que confía en la apariencia. El tercero desconocedor de una situación de hecho normalmente cognoscible (*können oder können müssen*, en la usual expresión alemana), aun cuando no publicada, no es el tercero de buena fe —por ello diligente— que el Derecho protege. Si hasta la publicidad derivada del Registro de la propiedad deja de jugar en favor del *tertius sciens*, con mayor razón ocurrirá ello en el ámbito del Registro Civil, donde lo publicado puede ser cognoscible, incluso notorio, al margen del Registro y donde, por tanto, habrá de contarse con mayor facilidad con la posibilidad de *tertii scientes* que deriven su conocimiento de fuentes ajenas a la publicidad jurídico-registral.

Lo que en las normas reformadas acaso sea oportuno resaltar es la omisión en el nuevo artículo 61 de la referencia contenida en el derogado artículo 76 del Código civil (y en el 70 de la LRC) a la diligencia en la pronta solicitud de inscripción del matrimonio. La reforma tiene más interés desde el punto de vista doctrinal y teórico que desde su vertiente práctica. La disciplina establecida en atención al dato de la solicitud dentro de los cinco días tras la celebración del matrimonio venía a constituir, en expresión de Peré Raluy, «una especialidad de levísima importancia práctica» (14). Entendemos preferible y más exacta en su simplicidad

(14) PERÉ RALUY: *Derecho del Registro Civil*, II. Madrid, 1962, pág. 681: «Una especialidad de levísima importancia práctica existe, en relación con estas inscripciones, por virtud de lo dispuesto en los artículos 70 L. y 76 CC.: Cuando la inscripción se haya solicitado una vez transcurridos cinco días a contar desde su celebración no perjudicará los derechos legítimamente adquiridos por otras personas. Dicho precepto sólo entra en juego en las inscripciones de matrimonio realizados sin asistencia del Registrador o delegado por falta de aviso de los contrayentes, pues cuando éstos hayan dado el oportuno aviso, se entenderá implícitamente solicitada la inscripción del matrimonio».

la nueva redacción. Los efectos frente a terceros se producen a partir de la inscripción, sea cual fuere el momento en que ésta se produzca. El derogado artículo 76 parecía premiar la diligencia en la solicitud de la inscripción con una publicidad retrotraída a la fecha del acto publicado, no al de su publicidad; pero en materia de apariencia jurídica y, por tanto, de efectos de la publicidad, las consideraciones de culpabilidad o diligencia en el titular de la situación aparente han de ceder frente al hecho objetivo de la apariencia y a la buena fe del tercero (15).

2. El artículo 156, 3 viene a consagrar una norma «de protección de terceros de buena fe» (16), exigida por el régimen que se instaure en materia de patria potestad.

Los principios inspiradores de la reforma imponían la derogación del hasta ahora vigente sistema de atribución y ejercicio de la patria potestad. El nuevo artículo 156, 1 expresamente dispone que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Atrás queda ya el sistema de atribución a uno solo de los progenitores, en principio, el padre.

No encaja en el limitado objeto y finalidad de estas líneas entrar en la justificación de la nueva disciplina. Lo que sí hemos de resaltar es la mayor complejidad que, en cuanto a su ejercicio, implica la nueva patria potestad dual. Si hasta ahora el titular único de la patria potestad podía ejercitar por sí mismo el contenido de dicha *potestad* o derecho-función, a partir de ahora tal poder que «siempre ha de ejercerse en beneficio de los hijos» (art. 154), deberá ser desempeñado —porque en principio a ambos corresponde— por ambos progenitores. Habrá, pues, hoy de llegarse al acuerdo donde antes se podía actuar sin necesidad del mismo. Pero es obvio que no siempre a los acuerdos se llega fácilmente; a veces ni se llega. ¿Quedará por ello bloqueado el ejercicio de la patria potestad? Esto es lo que la ley ha de evitar.

Consciente el legislador de la dificultad del ejercicio siempre conjunto de un mismo poder, por una parte, y seguramente previendo desde el conocimiento de la realidad, de otra, lo que de hecho puede ser la desembocadura práctica de la atribución dual, tras establecer, como principio, que la patria potestad corresponde

(15) Hemos desarrollado este punto en *La representación aparente...*, cit., págs. esp., 191-219 y 459-465.

(16) Así la califica ESPÍN: op. cit., pág. 380: «En los supuestos de convivencia conyugal, e incluso en los de simples desacuerdos con el ejercicio de la patria potestad, la ley dicta una norma de protección a los terceros de buena fe que se relacionan con los progenitores». También, aun cuando ahora entendiendo de modo algo particular la protección al tercero, SUÁREZ SÁNCHEZ VENTURA, José María, y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Fernando: *Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil*. RDP, 1981, pág. 857: «Mas en concreto nos asalta la duda de si los actos de disposición que estamos estudiando son o no actos de ejercicio ordinario de la patria potestad, pues de ello depende la aplicación de esta norma protectora de los derechos de los terceros de buena fe».

a ambos cónyuges, y que, por tanto, por ambos ha de ser ejercitada conjuntamente, de inmediato añade lo que puede ser la forma ordinaria de tal ejercicio conjunto: su ejercicio por uno solo de los progenitores con el consentimiento del otro, expreso o, incluso, tácito (17).

No basta con lo anterior: ¿Qué hacer cuando no es posible llegar al acuerdo? ¿Y cuando los desacuerdos son reiterados e impiden o entorpecen el ejercicio de la patria potestad? He aquí una de las posibles fuentes de problemas derivados del sistema que ahora se instaaura. El legislador les da respuesta en el segundo párrafo del artículo 156. El recurso al juez se hace inevitable.

Pero, ¿admitirá siempre el interés, posiblemente urgente, de los hijos la dilación que supone el recurso a la autoridad judicial? En cualquier caso la urgente necesidad justifica el ejercicio de la patria potestad por sólo uno de los cónyuges: «serán válidos los actos que realice uno de ellos... en situación de urgente necesidad». Excepción, pues, a la regla de la necesidad de ejercicio conjunto en favor de los intereses del hijo, introducida por el artículo 156, 1, *in fine*.

Y no sólo en favor del hijo. ¿Jugarán también aquí los intereses de terceros? Quienes entran en contacto con el progenitor que actúa en ejercicio de la patria potestad, ¿habrá de comprobar en cada caso y hasta el fondo que éste se atiene a las normas legales de tal ejercicio? ¿Deberá verificar siempre la realidad del consentimiento del otro progenitor y la adecuación de la actuación del que lo ejercita al interés del hijo? No son aquí recomendables criterios extremos: ni el rigor en la necesidad de comprobación, ni el favorecimiento del tercero a quien resulta cognoscible el irregular ejercicio de la patria potestad. ¿Cómo articular la norma ponderada y equitativa? Mediante el recurso a la figura habitual del *tercero de buena fe*.

Un atisbo de este criterio aparece ya en el párrafo primero del artículo 156. La validez de los actos realizados por uno solo de los progenitores «conforme al uso social» ha de entenderse más, creemos, como resultado de la apariencia hacia afuera de ejercicio regular de la patria potestad (por tanto, de cara a terceros), que como norma de habilitación *ad intra*, en cuanto el ámbito del consentimiento necesario hubiera de entenderse concedido de acuerdo con el uso. En el orden interno es más fácil verificar en cada caso la realidad y extensión del consentimiento. El criterio resultante

(17) En este sentido puede concluir SANCHEZ REBULLIDA, en *El nuevo régimen de la familia*, II, Madrid, 1981, pág. 100: «Así la patria potestad dual se presenta como un intento de equilibrio entre la rigidez e incomodidad de la patria potestad conjunta (necesaria actuación de ambos progenitores, en todo y para todo) y la discriminación que supone la patria potestad subsidiaria de la madre (sólo en defecto del padre), hasta ahora vigente. Puede describirse como titularidad conjunta y ejercicio solidario».

del uso, como envolvente de actuaciones válidas, aun cuando individuales, parece, repetimos, más indicado para las valoraciones *ab extra*.

Pero donde con mayor claridad y extensión se provee a la protección de los terceros de buena fe es en el párrafo tercero del mismo artículo 156: «En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro».

Se trata, evidentemente —como en toda norma protectora del tercero de buena fe— de una norma tendente a la evitación de situaciones de inseguridad. La necesidad de que el ejercicio de la patria potestad se oriente en beneficio de los hijos, de una parte, y de otra, la necesidad del consentimiento —posiblemente tácito— del progenitor cotitular de aquella y que no actúa, significan otras tantas posibles amenazas a la validez de la actuación de quien ejerce la patria potestad, que, de no cumplirse en cada caso y al poder no tener reflejo externo suficiente, introducirían de cara a terceros un perturbador elemento de inseguridad. Sancho Rebullida, en sus comentarios a este punto de la nueva disciplina, aun en fase de proyecto, temía esos posibles problemas de inseguridad (18). En la discusión parlamentaria se añade al artículo 156, según la redacción que le dio el Proyecto, lo que es su actual párrafo tercero; con él se evitan tales situaciones de inseguridad (19).

¿Qué viene a suponer el tercer párrafo del artículo 156? Que respecto de terceros de buena fe se presumirá el ejercicio regular de la patria potestad. Esto es, que cuando tal ejercicio regular no se produzca, o, quizá mejor, que aunque no se ejercite regularmente la patria potestad, en relación con terceros de buena fe, es decir, terceros ante quienes no se manifiestan indicios de tal

(18) Cfr. *La reforma del Derecho de Familia. Régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad*. Por LACRUZ BERDEJO, SANCHE REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA y RIVERO HERNÁNDEZ. Instituto Nacional de Prospectiva. Cuadernos de Documentación, Madrid, 1979, pág. 148: «No especifica el Proyecto la forma y requisitos con que habrá de ser otorgado el consentimiento por el progenitor no ejerciente; parece que, conforme al espíritu de la reforma, podrá ser expreso o tácito y aun presunto; para actuaciones concretas o para el ejercicio general y continuado; de modo previo o por vía de ratificación, etc., aunque, dada la naturaleza de la función, no parece admisible el previo y general. En cualquier caso, si no ha existido, podrá el progenitor postergado impugnar los actos realizados sin su consentimiento. Todo ello puede plantear problemas de prueba y una cierta inseguridad».

(19) Cfr. *Diario de Sesiones* del Congreso de los Diputados, 17 diciembre 1980, págs. 8868-8869: El diputado RUIZ NAVARRO, argumentando contra enmienda de la Minoría catalana: «Pero también ese posible argumento de que con nuestro Dictamen —y digo nuestro como miembro de la Ponencia y de la Comisión— se puede crear una inseguridad en el tráfico jurídico, tampoco es exacto, señorías. En el artículo 156, párrafo tercero, en la nueva redacción de la Comisión, se dice: 'En los supuestos...'».

ejercicio irregular, se presume la regularidad del mismo: la actuación en ejercicio ordinario de la patria potestad y el consentimiento del otro progenitor. Para tales terceros la apariencia de regularidad funciona como regularidad. Así explicada la norma, requiere sin duda más detenido comentario. Aquí sólo podemos apuntar alguna cuestión de mayor bulto.

a) ¿Cuál es, en primer lugar, el significado y alcance de la presunción que se establece? Los comentarios ya aparecidos a este punto de la reforma la ponen en conexión con el consentimiento, en principio requerido, del cónyuge que no actúa. Si el primer párrafo del precepto admite que dicho consentimiento sea expreso o tácito, el tercero permite añadir una nueva modalidad: el consentimiento presunto (20). Creemos que no se llega por esta vía a la plenitud de sentido de la presunción indicada.

En primer lugar, porque puede entenderse que la presunción del artículo 156, 3 no se refiere sólo al consentimiento del progenitor que no actúa. Se presume igualmente que el cónyuge que interviene lo hace en el ejercicio ordinario de la patria potestad.

En segundo lugar, conectada la presunción al consentimiento del otro cónyuge, su contenido ha de llegar más allá de la mera permisión —en línea con el expreso y el tácito— de una nueva modalidad o forma de consentimiento: el consentimiento presunto. ¿Qué son, en realidad, los actos presuntos de voluntad? Los actos de voluntad —en el presente caso, el consentimiento— si realmente existen no admiten más que dos formas de producción: la declaración expresa de voluntad y la voluntad tácitamente manifestada; en ambos casos puede, efectivamente, producirse y manifestarse la voluntad real. Cuando, frente al consentimiento tácito, se comienza a hablar de consentimiento presunto es porque se ha variado de enfoque o perspectiva: más que la comprobación del auténtico y real contenido de voluntad, interesan —aun sin tal contenido— los indicios exteriores —apariencia— de su existencia. Del planteamiento *inter partes*, donde la comprobación es siempre posible y normalmente exigible, se ha pasado al de los problemas de terceros (21). Nos hemos referido ampliamente a

(20) Así, concretamente, SANCHEZ REBULLIDA, en *El nuevo régimen de la familia*, II. Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar. En colaboración por LACRUZ, SANCHEZ, LUNA, DELGADO ECHEVERRÍA y RIVERO, Madrid, 1981, pág. 100; «El consentimiento del no actuante puede ser expreso o tácito y aún —al menos frente a terceros (cfr. el párrafo tercero)— presunto; parece que, conforme al espíritu de la reforma, podrá ser expreso o tácito, y aun presunto...». También hablan de consentimiento presunto SUÁREZ SÁNCHEZ VENTURA y MARTÍNEZ MARTÍNEZ: op. cit., pág., e. c., 859.

(21) Cfr. BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, trad. española de A. Martín Pérez, 2.ª ed. Madrid, 1959, págs. 115-117: «Otras veces, al comportamiento inactivo del interesado refiere la ley efectos ventajosos para otros, terceros de buena fe, en cuanto contribuye a hacer surgir entre ellos una apariencia de derecho... Pero en estos casos la ley prescinde completamente del esquema ficticio de una declaración tácita del interesado inactivo y mira sólo

este punto al tratar de la diferenciación conceptual, e indiferenciación práctica entre representación aparente y apoderamiento tácito (22) y no consideramos necesario volver ahora *in extenso* sobre el tema. Hablar de *consentimiento presunto* es, en realidad, hablar de *presunción de consentimiento*, sin que la efectividad de tal presunción quede supeditada a que bajo los indicios que la permiten haya un contenido real de consentimiento, o que éste resulte sólo aparente.

¿Y cuál es, finalmente, la intensidad de una tal presunción de consentimiento? Justamente la que corresponde a la protección de los terceros de buena fe. Frente a ellos la apariencia funciona *inmediata y definitivamente* como si fuera la realidad. La protección de la apariencia se traduce, frente a los terceros, en su equiparación a la realidad. No estamos, pues, ante presunciones desvirtuables por la demostración de la realidad contraria, sino ante presunciones *juris et de jure*, cuyo funcionamiento viene a corresponderse —aun cuando sus presupuestos sean distintos— con el de las clásicas ficciones. Sólo así se provee suficientemente a la protección de la buena fe y, en función de ella, a la seguridad del tráfico (finalidad expresa de la norma en estudio).

b) Desde otro punto de vista merece la pena tratar de situar los límites de la norma protectora de terceros de buena fe establecida en el párrafo tercero del artículo 156: ¿Abarca los actos de disposición, o quedan estos excluidos de su ámbito? Recientemente se ha mantenido la interpretación restrictiva. Se ha entendido que los actos de disposición no entran en el ejercicio ordinario de la patria potestad. Al quedar ceñida la protección del tercero de buena fe sólo a los límites de tal ejercicio ordinario, los actos de disposición han de quedar fuera de su alcance. Para los actos de disposición, pues, no basta el *consentimiento presunto*; en ellos es necesario el consentimiento real, expreso o tácito.

a tutelar la buena fe y la legítima expectativa de quien tiene motivos para creer en la apariencia... No se nos oculta... que la doctrina común, dominada por el dogma de la voluntad y siguiendo las huellas de las fuentes justinianeas, recurre de buena gana a la figura de la 'manifestación tácita o del consentimiento tácito' para justificar con la ficción de una intención jurídica la atribución de un efecto que aparece requerido por la equidad o por la buena fe en varios casos en que se carece de una expresa declaración...».

(22) *La representación aparente...*, cit. págs. 144-155. Sobre el mismo tema, Cfr. Díez PICAZO: *La representación en el Derecho privado*. Madrid, 1979, pág. 162: Aun cuando conceptualmente distintos, en la práctica, apoderamiento presunto y apoderamiento tácito son difícilmente distinguibles: «Así entendido, el apoderamiento presunto coincide en muchos aspectos con el apoderamiento tácito, hasta el punto de que no es descaminado decir que las hipótesis de poderes tácitos son, en muchos casos, presunciones tipificadas. Sin embargo, apoderamiento tácito y apoderamiento presunto no deben confundirse. La presunción es un medio de prueba de una declaración de voluntad de apoderar que ha tenido que ser expresa, mientras que en el apoderamiento tácito toda declaración expresa ha faltado por hipótesis. En la práctica ambas ideas pueden coincidir...».

De otra forma, se añade, el nuevo sistema de patria potestad conjunta se derrumbaría con facilidad en perjuicio de uno de los cónyuges, generalmente la mujer (23). No compartimos una tal interpretación.

En primer lugar, y sin salir del artículo 156, no resulta indiscutible que el objeto de la presunción del párrafo tercero se limite sólo al consentimiento del cónyuge que no actúa. Hay que reconocer que la redacción de la norma permite esa interpretación: se presumiría entonces que el cónyuge que actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad, lo hace con el consentimiento del otro. Es más, la presunción de consentimiento encontraría su base en el hecho de que la actuación presuntamente consentida se mueve dentro del ejercicio ordinario de la patria potestad. Pero cabe otro modo de entender el objeto de la presunción: ejercicio ordinario de la patria potestad y consentimiento del otro progenitor podrían ser su objeto separado y distinto. Esta interpretación, que en orden gramatical resultaría más clara si en la expresión de la norma se hubiera intercalado la copulativa y entre los distintos objetos de la presunción («... que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad y con el consentimiento del otro»), puede entenderse recomendada por la lógica interna del precepto y por la remisión, en el tercero, a los párrafos anteriores.

El primer párrafo, en efecto, tras consagrar como criterio general el del ejercicio conjunto, establece la validez de los actos realizados por sólo uno de los progenitores «conforme al uso social y a las circunstancias». Se trata, evidentemente de un criterio tan claro en su formulación general, como inconcreto e indeterminado en su verificación *super casum*. ¿Constituye esta concreta actuación, en estas concretas circunstancias familiares, una actuación de la patria potestad conforme al uso social? A la contraparte del co-titular ejerciente (el tercero), ¿le bastará atenerse a criterios generales, o ha de entrar en la detallada comprobación de las circunstancias familiares, e. c., económicas, desde las que haya de

(23) SUÁREZ SÁNCHEZ VENTURA-MARTÍNEZ MARTÍNEZ: op. cit., pág. 857: «Más en concreto, nos asalta la duda de si los actos de disposición que estamos estudiando son, o no, actos de ejercicio ordinario de la patria potestad, pues de ello depende la aplicación de esta norma protectora de los derechos de terceros de buena fe. Reconociendo que el tema es extremadamente dudoso, propugnamos una interpretación estricta del término, en el cual tan sólo deberán comprenderse los actos normales o usuales en que a diario se exterioriza la patria potestad; debiendo, en principio, quedar excluidos los actos de disposición, por no responder al esquema señalado, y ante los cuales el tercero de buena fe únicamente quedará protegido cuando concurra el consentimiento expreso o tácito, pero no 'presunto' ex artículo 156, 3 del Código civil. Pensamos que de no ser así el nuevo sistema de la patria potestad conjunta se derrumbaría con facilidad, depotenciándose nuevamente la posición jurídica de uno de los cónyuges (normalmente la mujer), ante los cuales es preciso y conveniente aumentar el celo, y la prudencia en interés del menor, por lo que parece poco aconsejable ir presumiendo consentimientos que con frecuencia no habrán existido...»

valorarse o calificarse el acto de ejercicio? Si parámetros externos como, e. c., el tren de vida de la familia, eximen al tercero de comprobar el estado real de la economía familiar, ¿no podrá entenderse que sobre su base se apoya una de las ocasiones de aplicación de la norma protectora de terceros? ¿Se corresponderán entonces, como una de sus aplicaciones, los actos realizados por un cónyuge «conforme al uso social y las circunstancias» (párrafo 1.º) con los actos en que «actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad» (párrafo 3.º)? Si así fuera, la presunción de ejercicio ordinario sería independiente y distinta de la de consentimiento, pues, justamente, en los actos conformes al uso social y a las circunstancias será válido lo realizado por uno de los progenitores sin el consentimiento del otro. Si tal consentimiento es innecesario, huelga también la necesidad de presumirlo en beneficio del tercero de buena fe.

La norma protectora del tercero se refiere también a las situaciones contempladas en el párrafo segundo del artículo 156. El desacuerdo entre los cónyuges puede llevar a la atribución judicial de la facultad de decidir a sólo el padre, o sólo a la madre. La reiteración en los desacuerdos o el entorpecimiento grave del ejercicio de la función u *officium* dual puede conducir a la decisión judicial de atribución total de su ejercicio a uno sólo de los progenitores o de distribución entre ellos de sus funciones. Se trata en este caso de una medida excepcional, de ámbito temporal esencialmente limitado, sin que nunca pueda exceder de dos años. Pues bien, ¿han de considerarse *notorias* tales situaciones por el hecho de que a ellas se haya llegado mediante actuación judicial? Creemos que no. Pueden darse perfectamente supuestos de desconocimiento inculpable de las mismas por parte de los terceros. Es ahí donde ha de entrar en acción la norma que los protege. ¿Se referirá, entonces, el párrafo tercero del artículo 156 a estos casos cuando permite presumir en favor de terceros de buena fe que cada progenitor actúa en ejercicio ordinario de la patria potestad (porque no se encuentra en las situaciones excepcionales o anómalas del párrafo segundo, en las que pudiera estar privado total o parcialmente de su ejercicio)? Si es así, la presunción de ejercicio ordinario comportará en este caso la de consentimiento del otro cónyuge. El ejercicio ordinario de la patria potestad es compartido. Pero el objeto de la presunción llega a extenderse al consentimiento del otro cónyuge en cuanto presupone la de ejercicio ordinario. Ambos pueden ser objeto distinto de la presunción.

Queremos decir con lo anterior que si, como expresamente se dispone en el párrafo tercero del artículo 156, la norma de protección de terceros de buena fe que en él se consagra ha de entenderse aplicable en las situaciones descritas en los párrafos anteriores, el *ejercicio ordinario de la patria potestad* debe entenderse más como posible objeto de la presunción a través de la cual se articula o expresa la norma protectora, que como criterio

delimitador del ámbito de aplicación de dicha presunción. El consentimiento del otro cónyuge, como exigido en principio, puede ser objeto de presunción; pero, igualmente, el ejercicio ordinario, como condición de eficacia del ejercicio, solidario o conjunto, de la patria potestad, puede también ser presumido cuando no constando hacia afuera el ejercicio excepcional o su atribución judicial no ordinaria, el tercero efectivamente la desconozca inculpablemente.

En segundo lugar, hemos de añadir en contra de la interpretación restrictiva del artículo 156, 3, que nada impone la pretendida exclusión de los actos de disposición respecto de la esfera en que se produce la protección del tercero. De las facultades dispositivas comprendidas en el ejercicio de la patria potestad se ocupa el nuevo artículo 166 del Código civil. Interesa destacar que los padres no podrán enajenar ni gravar los bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, de que el hijo sea titular, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. Todo lo no excluido entra en el ejercicio ordinario de la patria potestad; aquel que sus titulares pueden ejercitar por sí mismos, sin necesidad de autorización judicial. ¿Por qué sacar, entonces, del ámbito del artículo 156, 3; esto es, del ámbito de protección de los terceros, los actos de disposición comprendidos en el contenido normal u ordinario de la patria potestad? Justamente es en relación con estos actos donde más claramente se manifiesta la necesidad de protección de los terceros de buena fe.

Finalmente, la amplitud del 156, 3 se confirma, también, según creemos, desde la desvirtuación de su contenido, o más generalmente, desde la desnaturalización resultante en la situación del tercero de buena fe al excluirse del ámbito del precepto los actos de disposición. En la interpretación propuesta por Suárez Sánchez Ventura y Martínez Martínez el tercero que el artículo 156 trataría de proteger termina en realidad por ser un tercero perjudicado; de peor condición que el simplemente tercero. «Esta idea —dicen los autores citados (24)— nos lleva a concluir que el tercero de buena fe que contrata con uno de los padres sin mediar el concurso o consentimiento del otro, al no poder invocar ignorancia de las normas sobre disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad (*ex art. 6, 1 del C. c.*) y al conocer que no ha mediado consentimiento expreso del otro cónyuge y que tampoco se han producido los hechos jurídicos necesarios para fundar la existencia de un consentimiento tácito; y presumiéndose de igual modo que por tratarse de un acto de disposición tampoco es aplicable al caso el consentimiento presunto del artículo 156, 3, por

(24) Op. cit., págs. 858-859.

exceder dicho acto del ejercicio ordinario de la patria potestad, sabe que el contrato se celebra sometido a la condición de que recaiga la ratificación, conminándoles las normas sobre la buena fe de que se ha hecho mérito, a que no ejercite la facultad revocatoria, ya durante el tiempo estipulado, o ya, en su defecto, durante el preciso o razonable, atendidas las circunstancias». No es este, evidentemente, el sentido de las normas de protección de terceros. Ni el tercero que aquí se dibuja es un tercero desconocedor del obstáculo interno a la eficacia de la actuación en que participa, ni su «buena fe» se toma en la hipótesis descrita como dato justificador de una norma protectora, sino, por el contrario, como presupuesto de una especial obligación: la obligación de no revocar mientras no se produzca la ratificación que, *a posteriori*, venga a suplir el inicial defecto de consentimiento del cónyuge co-titular de la patria potestad y no actuante. Creemos que no es esta la situación que el artículo 156, 3 quiere dibujar. El tercero de buena fe es en él un tercero protegido, en favor del cual se *presume* o el consentimiento necesario, o el normal y ordinario ejercicio de la patria potestad.

Todo ello sin olvidar, aunque sin detenernos tampoco en su recuerdo, la reconocida dificultad de la distinción entre actos de disposición y actos de administración...

c) Y queda aún por determinar el ámbito de aplicación de la norma protectora de terceros de buena fe desde otro punto de vista. Tal norma se contiene en el párrafo tercero del nuevo artículo 156; y en dicho párrafo se hace expresa referencia a los dos que lo preceden: «En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe...». ¿Significa ello que sólo en tales supuestos es de aplicación la norma protectora? El artículo 156 contiene todavía dos párrafos más, dedicados a modalidades distintas de ejercicio de la patria potestad por defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres (en cuyo caso será el otro progenitor quien exclusivamente la ejerza: párrafo 4), o por vivir éstos separados (y en tal supuesto, la ejercerá aquél con quien el hijo conviva, pudiendo, no obstante, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, atribuir al solicitante la patria potestad para que, en interés del hijo, la ejerza conjuntamente con el otro, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio: párrafo 5). ¿Quedan al margen de la norma protectora de los terceros, en razón de su colocación en el artículo 156, las situaciones de ejercicio «irregular» de la patria potestad que, en el ámbito de estos supuestos, puedan producirse? Así lo ha entendido Sancho Rebullida: el manto protector de los terceros sólo cubre los supuestos comprendidos en los dos primeros párrafos del artículo 156, acaso —dice— porque sólo en ellos, y no en todos, quepa la impugnación del acto por el progeni-

tor que no lo ha consentido, y no, por ejemplo, en los de ausencia o imposibilidad (25).

Nosotros propondríamos una interpretación distinta. La mantenida por Sancho Rebullida cuenta, ciertamente, además de con la indiscutible autoridad de su sostenedor, con el apoyo de la expresión literal de la ley; en este caso, el tercer párrafo del artículo 156. Pero, ¿no debe, en ocasiones, superarse la literalidad de la ley desde el empleo de los demás criterios de interpretación (artículo 3, 1)? Ello puede venir especialmente indicado en supuestos como el que nos ocupa. El texto definitivo del artículo 156 destaca a primera vista por su casuismo y por su extensión. Es que sobre el núcleo inicial del texto del Proyecto, hasta su última redacción, se van a ir introduciendo piezas en su contenido (26) que, además de ampliar excesivamente su extensión, no siempre van a quedar —creemos— lógicamente encajadas. Se produce así un «desorden» lógico en la distribución del contenido del artículo 156 —resultado claro de su progresiva y discontinua formulación— que al intérprete corresponde señalar; una vez advertido, la interpretación podrá superar la defectuosa formulación de la norma.

En efecto, ninguna razón que no sea la literalidad del artículo 156, 3 justifica la limitación taxativa de la protección de los terceros de buena fe a los supuestos comprendidos en los párrafos primero y segundo del precepto. Una razón —en nuestra opinión, evidente— de analogía impone su extensión a la segunda parte del

(25) *El nuevo régimen de la familia*, cit., págs. 98-99: «Acaso también pueden generar inseguridad jurídica los abundantes supuestos (*vide infra* III) de ejercicio personal, bajo titularidad conjunta, de la patria potestad, y los tampoco infrecuentes de excepción a esta cotitularidad. Es de notar que el manto protector de los terceros no cubre a todos; según el párrafo tercero del artículo 156, en los supuestos de los párrafos anteriores respecto de terceros de buena fe...; pero, ¿y en los supuestos —similares— de otros párrafos o preceptos?; pág. 102: «De todos estos supuestos sólo en los de actuación individual de un progenitor con consentimiento del otro, o conforme al uso social y las circunstancias, o en situación de urgente necesidad, y en los de atribución judicial de la facultad de decidir o del ejercicio total o parcial como consecuencia de los reiterados desacuerdos, quedan protegidos los terceros, según he dicho; pues el transcrito párrafo 3.º del art. 156 limita su referencia a 'los párrafos anteriores'... Acaso porque sólo en ellos —y no en todos— quepa la impugnación del acto por el progenitor que no lo ha consentido, y no, por ejemplo, en los de ausencia o imposibilidad». Antes, en pág. 101: «d) en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad del otro progenitor, sin que parezca necesaria la pérdida de la titularidad (*Ibidem*, párrafo cuarto, al que no alcanza la protección de terceros establecida en el anterior)...».

(26) El Proyecto del Gobierno sólo contenía los actuales párrafos 1, 2 y 4. El texto aprobado por el Congreso («Boletín Oficial Cortes Generales», 31 diciembre 1980) ya intercaló el actual párrafo tercero y añadió, en párrafo aparte —5.º— la norma de ejercicio de la patria potestad por sólo el cónyuge que viva permanentemente con el hijo. El texto definitivo modifica la expresión de dicho párrafo 5 y añade la posibilidad de ejercicio conjunto o distribuido entre ambos cónyuges en el mismo caso de separación.

párrafo 5.º. En ella se permite una atribución judicial de patria potestad conjunta, o una distribución de sus funciones entre ambos progenitores, para el caso de que éstos vivan separados. ¿En qué se diferencian estas hipótesis del ejercicio conjunto ordinario o de la distribución judicial por reiteración de desacuerdos, contempladas en los dos párrafos iniciales del artículo 156 y cubiertas, por tanto, por la norma establecida en el tercero? El hecho de que en la definitiva redacción del artículo estas hipótesis se contemplen en párrafo posterior al que circunscribe su eficacia a «los supuestos de los párrafos anteriores» no debe impedir su correcta interpretación, por encima del texto de la ley, sobre todo si se tiene en cuenta que su formulación se produce mediante «añadido» final a un precepto ya retocado y cuya redacción no se quiere volver a modificar

En cuanto a los casos de ejercicio exclusivo por uno de los padres —lo que ocurrirá «en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres» (párrafo 4), o por vivir éstos separados (párrafo 5 *capoverso*)— ciertamente que, como apunta Sancho Rebullida (27), no habrá de ordinario posibilidad de que un cónyuge, el que no lo consintió, impugne el acto del otro, realizado en ejercicio de la patria potestad. Si tal impugnación no cabe, pierde razón de ser la protección del tercero, traducida en la validez de un acto apenas amenazado, al menos desde este punto de vista. Es más, en esta línea de argumentación cabría avanzar diciendo que, al producirse una atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad para nada necesita el padre o madre que la ejercita del consentimiento del otro progenitor, y si se entiende que es justamente este consentimiento lo que la ley *presume* en favor de los terceros de buena fe, no queda ya razón de ser a dicha presunción cuando el consentimiento del titular conjunto es innecesario, por haber atribuido la ley a uno solo de los cónyuges el ejercicio exclusivo de la patria potestad.

El problema, no obstante, puede no ser tan sencillo. Cabe, en efecto, volver a preguntarse: ¿es la falta de consentimiento, cuando éste es necesario, la única amenaza contra la validez del acto realizado en ejercicio de la patria potestad respecto a la que deben ser protegidos los terceros de buena fe? Creemos que no, hemos de responder de nuevo: desde la teoría general de la representación debe entenderse que la actuación representativa en contradicción con los intereses del representado —abuso de poder— viene a constituir un caso de exceso cualitativo o funcional de poder; al no quedar cubierto por el poder el acto representativo, tampoco debe ser *de suyo* eficaz. Sin embargo, el abuso puede ser desconocido por el tercero: ¿habrá éste de padecer la ineficacia de la actuación del representante? Nosotros hemos mantenido que no. La protección del tercero de buena fe debe aquí entrar en ac-

(27) Loc. ant. cit., pág. 102.

ción (28)). Pues bien, todo ello resulta aplicable al ejercicio, no necesariamente conjunto, de la patria potestad cuando ésta no se desempeña en beneficio de los hijos («la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos», dice expresamente el artículo 154). ¿Que entonces no podría impugnarse el otro cónyuge? Efectivamente, pero no por ello queda asegurada la eficacia del acto: el artículo 158 es deliberadamente lo suficientemente amplio como para permitir, en interés del hijo, que el Juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, pueda, en general, dictar «cuantas disposiciones considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicio» (29). La protección del tercero sigue siendo necesaria.

En definitiva, actuaciones abusivas de la patria potestad realizadas conjuntamente por ambos padres, sólo por uno con consentimiento del otro o, finalmente, por uno sin necesidad de tal consentimiento pueden aparecer externamente como actos de *ejercicio ordinario* de la patria potestad, o como ejercicio de la misma *conforme a los usos y a las circunstancias*. El tercero que, sin datos para conocer la realidad abusiva, se atiene a los indicados parámetros externos de normalidad, es tan tercero de buena fe como el que resulta protegido en el párrafo tercero del artículo 156. Por una clara razón de analogía debe, pues, ser protegido aun cuando la actuación abusiva se produzca en ejercicio individual de la patria potestad por defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres (párrafo 4) o por separación de ambos (párrafo 5). Si se pensara que la analogía resulta expresamente impedida por el tenor literal del párrafo tercero, concédase al menos que a igual resultado puede llegarse en caso de ejercicio abusivo de la patria potestad no cognoscible ni conocido por el tercero, en aplicación del párrafo primero, en el que como complemento al principio de ejercicio conjunto, o por un cónyuge con consentimiento del otro, expresamente se establece la validez de los actos realizados por un solo cónyuge «conforme al uso social y a las circunstancias». En la redacción inicial del artículo 156 era ésta la norma por la que —insuficientemente, según después se man-

(28) Cfr. *La representación aparente...*, cit., págs. 95-101. DIEZ PICAZO, por el contrario, en *La representación...*, cit., págs. 198-199, mantiene opinión distinta: «Las consecuencias del abuso —dice— deben producirse en línea de principio únicamente en la relación interna entre representado y representante, donde generará un deber de resarcimiento o de indemnización de daños y perjuicios». No obstante, admitirá más adelante que la anulabilidad no es la sanción adecuada a tal acto: «El defecto del acto contemplado —explica— parece un defecto causal: nulidad por causa ilícita».

(29) Vid. Exposición de Motivos del Proyecto («B. O. C.» 14, 9, 79, pág. 318): «La consideración prioritaria del interés del hijo ha conducido a acentuar, en el ejercicio de la patria potestad, la intervención y vigilancia del juez, árbitro en muchos aspectos de las relaciones paterno-filiales, hasta el punto de concedérsele una amplia autorización para ordenar las medidas oportunas cuando el hijo —su vida, su seguridad, su salud— se halle en peligro».

tuvo (30)— se proveía a la seguridad en la actuación de la patria potestad. Atisbo de una norma de protección de terceros, posteriormente desarrollado en lo que terminó por ser el tercer párrafo del artículo 156.

3) Nueva y también llamativa norma de protección de los terceros de buena fe es la contenida en el artículo 1.320:

«Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

Es de señalar, en primer lugar, la amplitud del campo de aplicación del precepto; situado entre las «disposiciones generales» sobre el régimen económico matrimonial, viene a integrarse en el llamado «régimen matrimonial primario», o «conjunto de normas patrimoniales que valen para todo matrimonio, sea cualquiera el sistema legal o convencional por el que se rija su economía» (31).

Sobre su significado y génesis, poco hay que observar. El primero es obvio: se trataba en el artículo 1.320 de establecer una medida de garantía y protección del hogar familiar y de los muebles de uso ordinario de la familia (32). «El hogar familiar —dijo en el Congreso el entonces Ministro de Justicia, Fernández Ordóñez (33)— obtiene una nueva protección según la norma por la cual para disponer de la vivienda habitual y de los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos correspondan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, la autorización judicial. Por tanto, si la casa familiar es del marido, él sólo no podrá disponer de ella; si él es el inquilino, él sólo no podrá a partir de ahora renunciar al arrendamiento».

(30) Cfr. Exposición de Motivos, Ib.: «Sin embargo, la aplicación rígida de tal regla (de ejercicio conjunto, o de uno de los padres con consentimiento del otro) la hacía impracticable en muchos casos; y a fin de darle la indispensable flexibilidad se admite la actuación unilateral de uno cualquiera de los padres cuando sea conforme al uso social y a las circunstancias de la familia o resulte necesaria por razones de urgencia». La razón de urgencia flexibiliza la norma como criterio *ad intra*, en favor del hijo; la adecuación del acto al uso social le da practicabilidad, creemos, fundamentalmente *ad extra*.

(31) Cfr. LACRUZ: *El nuevo régimen de la familia* II, cit., págs. 129-130.

(32) LACRUZ: op. cit., pág. 132: «Se trata de salvar el alojamiento del matrimonio y los muebles que lo guarnecen de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de ellos: *dueño o arrendatario*. En igual sentido, antes, en *La Reforma del Derecho de familia...*, cit., pág. 22.

(33) Cfr. *Diario de Sesiones*, pág. 8826.

Esta era, sin reservas ni matices de ningún tipo, la finalidad del artículo 1.320, ceñido en el Proyecto a lo que ahora constituye su primer párrafo. A partir de él queda abierto un interrogante al que la norma no daba respuesta: ¿*quid*, respecto a *terceros*, si efectivamente se dispone contra la limitación establecida? La Ponencia propone la aceptación parcial de una enmienda formulada por el Grupo Socialistas de Cataluña, y al artículo 1.320 se le añade lo que, sin discusión en el posterior *iter* parlamentario de la ley, será su actual párrafo segundo: «La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe» (34). La limitación, pues, impuesta al cónyuge titular en interés de la familia opera en el ámbito de las relaciones *inter partes*, pero se detiene ante el tercero adquirente de buena fe. He aquí una nueva norma de protección de terceros, clara en su formulación, importante en su amplitud y significado, técnicamente defectuosa en su redacción, posiblemente fuente de no pocos problemas en orden a su aplicación e, incluso, finalmente, dudosa en su oportunidad.

Decimos en primer lugar que la norma de protección de terceros es en este caso clara en su formulación. No necesita comentario: basta su lectura y la comprobación de su función de contrapeso a la limitación dispositiva establecida en el primer párrafo del artículo 1.320.

Importante en su amplitud y significado. Efectivamente, por lo que a bienes muebles se refiere, el artículo 1.320 puede limitarse a ser una aplicación del artículo 464 (35). Por lo que hace a inmuebles (la vivienda) presenta la importante particularidad de no supeditar respecto a ellos la protección del tercero adquirente de buena fe a la apariencia jurídica resultante de la publicidad inmobiliaria registral. La protección de la apariencia jurídica aparece así como una realidad comprensiva, efectivamente, de su doble materialización, posesoria para bienes muebles, y registral para inmuebles, pero no supeditada a ellas. Si la publicidad registral es la *species facti* ordinaria de la apariencia jurídica relativa a inmuebles, no es la única forma de su manifestación. El artículo 1.320 es hoy clara prueba de que caben apariencias protegibles relativas a inmuebles y producidas al margen de la publicidad inmobiliaria registral. La función del Registro como configurador de apariencias jurídicas queda así relativizada: no en el sentido de que el Registro no constituya un evidente medio de

(34) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Informe de la Ponencia. 22 mayo 1980.

(35) Cfr. LACRUZ: *La Reforma...*, cit., pág. 23: «En cuanto a los muebles adquiridos de buena fe se aplicará el artículo 464. La buena fe consistirá aquí en ignorar que los muebles pertenecen a una 'vivienda común', o que son 'de uso ordinario de una familia', uso en el cual pienso que no entran los objetos valiosos que alhajan la casa...».

creación de apariencias protegibles, sino en cuanto que tales apariencias pueden también producirse extra-registralmente (36).

Efectivamente, el supuesto contemplado en el artículo 1.320, 2 es resistente a la posibilidad de su reflejo registral. El defecto que de no establecerse la norma protectora, podría perjudicar al tercero no es un defecto de titularidad: el cónyuge disponente es —por hipótesis— titular (y titular único) del derecho de que dispone. Tal derecho puede ser de la más distinta naturaleza; no siendo real, tampoco tendrá acceso al Registro (con la salvedad del artículo 2,5 LH). Si fuere real, podrá estar inscrito, pero ello hace bien poco al supuesto del artículo 1.320. Lo que en él está en juego no es una cuestión de titularidad, sino una restricción de la facultad dispositiva en razón de una situación de hecho: el destino del inmueble a vivienda habitual de la familia. Sabido es que el Registro publica *derechos*; el destino de la vivienda es un *hecho*, ajeno, de suyo, al objeto de la publicidad registral. ¿Se tratará en la limitación dispositiva impuesta en la norma que comentamos de una restricción parecida a las prohibiciones *legales* de disponer, cuya publicidad legal hace innecesaria la inscripción para su efectividad *erga omnes* (art. 26 LH)? Evidentemente no: una cosa es la publicidad de la norma que impone la limitación dispositiva, y otra muy distinta la cognoscibilidad de la realización del presupuesto de hecho determinante de su aplicabilidad. Justamente el artículo 1.320, 2 viene a dejar a salvo al tercero que desconoce el dato fáctico del destino familiar de la vivienda. Y al no haber constancia ni indicio registral sobre el uso a que se dedica la vivienda la protección de éste se produce al margen del Registro de la propiedad: en cualquier caso, la manifestación errónea o falsa del disponente no le perjudica.

Significativa es también la norma desde el punto de vista de la protección de la apariencia por cuanto contribuye a reconocer a ésta su amplitud, superior a la de la adquisición *a non domino*. Con frecuencia, entre nosotros, y desde la reconducción de la apariencia al artículo 464 del C. c., se explican como resultado del carácter personal de las acciones recuperatorias, la definitividad de determinadas adquisiciones. Mientras la acción no se ejercita —se dice— el enajenante es dueño de la cosa y puede transmitir; no hay problema de adquisición *a non domino*, ni, por tanto, de protección de la apariencia. No es esa —creemos— la exacta explicación del problema. La apariencia no sólo salva defectos absolutos de titularidad; sana también la inestabilidad de titularidades resolubles, revocables, rescindibles, cuando tal inestabilidad no es

(36) En poco tiempo esa relatividad ha quedado especialmente resaltada. Si el artículo 1.320 del Código civil permite una apariencia jurídico-inmobiliaria no registral, el artículo 74 de la nueva L.A.R. impone al tercero adquirente al realidad de un arrendamiento sin reflejo registral, al disponer que «el adquirente de la finca, aun cuando estuviere amparado por el artículo 34 de la L. H., quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador».

cognoscible sin tacha de negligencia (art. 37 L. H.). Puen bien. el artículo 1.320 es hoy clara manifestación de la posibilidad de que una adquisición *a vero domino* haya de ser sanada por la protección del tercero de buena fe. Es que la apariencia cubre defectos de legitimación y ésta puede resultar recortada, entre otros casos, cuando el disponente, aunque titular, venga sujeto a alguna limitación en su facultad dispositiva.

También es de interés, desde el punto de vista de la protección de la apariencia, el nuevo artículo 1.320 por cuanto en él se separa la efectividad de la medida protectora respecto a todo aspecto de culpabilidad en el afectado por sus resultados. Por muchos la protección de la apariencia trata de reconducirse a la auto-responsabilidad del que ha de padecer sus consecuencias. Se trata de una visión *culpabilista* de la apariencia que nosotros no compartimos (37) y de la que, desde luego, parece apartarse la norma ahora comentada. Parece difícil explicar en términos de culpa la pérdida por un cónyuge de su derecho al uso de la vivienda y muebles de empleo ordinario de la familia como consecuencia de la manifestación errónea o falsa del otro cónyuge: el disponente; los efectos de la protección dispensada al tercero ha de padecerlos el otro cónyuge y los hijos, si los hubiere.

Pero la norma —decíamos— es también técnicamente defectuosa en su redacción. La protección del *tercero* significa tanto como la consagración de la inoponibilidad a éste de una situación objetiva y oculta o no aparente, a la que aquél permaneció ajeno. Por eso al protegido se le llama *tercero*, y por eso puede presumirse su desconocimiento de la realidad oculta y su creencia, de buena fe, en que la apariencia coincide con la realidad. Desde este punto de vista la protección de los terceros, que se diferencia en sus efectos de la protección *inter partes* de la confianza, es distinta de esta misma también en sus presupuestos. La buena fe que justifica la protección del tercero, ha de apoyarse en la apariencia resultante de una situación objetiva, cuyo aparecer exterior tiene tal fuerza en relación con el tercero —extraño a su formación— que el Derecho permite a éste fiarse de ella sin necesidad de una exhaustiva investigación. La confianza protegible en las relaciones *inter partes* recae, por el contrario, en el solo hecho de la declaración de la contraparte; la mera declaración de voluntad (o de ciencia) no llega a constituir situación objetiva de apariencia. Por ello el tratamiento jurídico de ambas hipótesis es distinto. La apariencia opera al margen de la disciplina negocial y funciona inmediata y definitivamente como la realidad misma en relación con terceros de buena fe, quienes, en consecuencia, realizarán sobre ella actuaciones jurídicas definitivamente eficaces, como si se apoyaran en la realidad. En cambio, al menos hoy por hoy, la protección *inter partes* de la confianza, en el ámbito del negocio

(37) Cfr. *La representación aparente...*, cit., págs. 191-219 y 459-465.

jurídico, no alcanza más allá de la indemnización del interés negativo cuando dicha confianza se ve defraudada (38).

Desde el punto de vista indicado, la redacción del artículo 1.320, 2 resulta técnicamente defectuosa. Se contempla en él una situación *de tercero*: lo son, efectivamente y de modo recíproco, el adquirente protegido, a quien no perjudicará la limitación legal impuesta al disponente en favor del otro cónyuge, y éste mismo cónyuge, en definitiva afectado por la validez de un acto en el que no ha intervenido y cuyos efectos tiene que padecer como resultado de la norma protectora del adquirente. No obstante, se considera situación desencadenante de la ignorancia de la realidad por el tercero de buena fe «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda» Aparte la dificultad de concebir una situación de error propio sobre el carácter (familiar) de la vivienda por parte del cónyuge disponente, es de interés señalar cómo se sitúa la base fáctica de la creencia de buena fe del tercero en la sola declaración del disponente, sin exigir, expresamente al menos, la existencia de una situación *objetiva* de apariencia, envolvente de la declaración del mismo disponente, y no mero resultado de la misma

Por ello creemos que la interpretación y aplicación del artículo 1320, 2 ha de cuidar mucho la relación entre los dos datos en él tomados en consideración: la manifestación errónea o falsa del disponente y la buena fe del adquirente El tercero protegido en su adquisición es un tercero *de buena fe*. E inmediatamente, la pregunta: ¿lo es necesariamente el tercero que se escuda en la declaración errónea o falsa de la contraparte? Evidentemente no lo será quien así lo haga, a conciencia del carácter familiar de la vivienda (o muebles de uso ordinario) que pretende adquirir. Pero, sin llegar a tal situación, ¿basta por sí sola la declaración del disponente para producir la buena fe del tercero? Tal buena fe consiste aquí en el desconocimiento, sin negligencia —la diligencia ordinaria es ingrediente necesario de la buena fe— del carácter familiar de la vivienda (o del uso familiar ordinario de los muebles) y es claro que en relación con el destino familiar de la vivienda pueden producirse circunstancias de notoriedad, o indicios de cognoscibilidad (publicidad registral incluida: art. 95 RH, e. c.) que lleguen a descalificar la buena fe del tercero (ignorancia inculpable) cuando, pudiendo fácilmente conocerlas, alega desconocerlas de hecho.

Significa lo anterior tanto como mantener que la buena fe del tercero no encontraría sólida base para su presunción sólo en la manifestación errónea o falsa del disponente. En la teoría general de la apariencia, y con base en la objetividad de ésta y en su misma virtualidad como reflejo de una situación que aparece como real aun sin serlo, cabe presumir la buena fe del tercero. Guiado éste por lo que hacia afuera objetivamente aparece, yerra sin cul-

(38) Cfr., con bibliografía de apoyo sobre el tema, nuestro estudio *La representación aparente...*, cit., págs. 443-444.

pa sobre la realidad; la publicidad registral es claro exponente —no único— de esa *species facti* de apariencia objetiva y «fiable» sobre cuya base encuentra sólido fundamento una presunción de buena fe en el tercero (art. 34 L. H., e. c.) que supone algo más que la genérica presunción de honesto comportamiento, por lo mismo que produce un especial y determinado *favor legis* (39). En nuestra opinión la sola declaración del disponente no ha de considerarse por sí sola firme base de la buena fe del tercero. Al margen de ella pueden existir datos objetivos que hagan fácilmente cognoscible el carácter familiar de la vivienda. De esta forma el anómalo arranque, a partir sólo de dicha declaración, de una protección adquisitiva en favor del tercero, como la consagrada en el artículo 1.320, 2, puede quedar contrapesado por la exigencia de buena fe en el mismo tercero. Su comprobación indagará en la objetividad de su fundamento y a la misma contribuirá la manifestación del disponente, «arropada» en un conjunto de circunstancias objetivas que concurren a su credibilidad.

Desde estas consideraciones se comprueba cómo, según antes indicábamos, el nuevo artículo 1.320 puede resultar problemático en su aplicación. La afirmación puede ampliarse a otros puntos: ¿*quid*, e. c., en cuanto a la extensión en el tiempo de la buena fe? Sabido es que la respuesta a tal pregunta resulta discutible en otros supuestos más generales de protección del tercero adquirente. En el ámbito del artículo 464 parece claro, con base en la misma letra del precepto, que la buena fe ha de mantenerse durante todo el proceso adquisitivo, incluido el momento de entrada en la posesión de la cosa (40); en la adquisición *ex* artículo 34 L. H., mientras unos mantienen que es necesaria sólo hasta la celebración del acto de adquisición, aunque posteriormente —incluso antes de la inscripción de dicho acto— el adquirente conozca la realidad contraria a la apariencia, otros entienden —y nosotros compartimos esta opinión— que es necesario que la buena fe perdure hasta el momento de inscripción del acto protegido de adquisición (41). ¿Hasta dónde ha de llegar temporalmente la buena fe

(39) Con más detenimiento nos ocupamos del tema en *La representación aparente...*, cit., págs. 285-290.

(40) Lo que equivale al título es la *posesión de bienes muebles adquirida de buena fe*. No es convincente el argumento de apoyo *ex* artículo 609, en aplicación del sistema del título y el modo, como, e. c., mantiene DE LA CÁMARA: *Contribución al estudio...*, cit., pág. 187, explicando la adquisición *ex* 464 según el mecanismo de la adquisición derivativa ordinaria. La que se produce en el indicado precepto es una adquisición originaria (por más que funcione *ad instar derivativae*) y *ex lege*; es la ley, y no el negocio de adquisición —creemos— la que, en atención a la buena fe del adquirente, ordena la validez de la adquisición.

(41) Nosotros nos inclinamos por esta segunda opinión. Paralelamente a lo indicado en la nota anterior no entendemos decisivo el argumento derivado del esquema de adquisición derivativa ordinaria en virtud del título y el modo. La adquisición consagrada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no es una adquisición regular *a domino*, sino una adquisición de suyo originaria, que no deriva constitutivamente del contrato más la entrega, sino *ex*

del tercero protegido en el artículo 1.320? ¿Desde cuándo se le podrá aplicar el *mala fides superveniens non nocet*? La respuesta a tales preguntas ha de contar con la amplitud del 1.320. En él no sólo se protegen adquisiciones de la propiedad, sino, genéricamente, adquisiciones del derecho que sobre la vivienda pueda tener el cónyuge disponente (propiedad o arrendamiento, los más frecuentes, aunque no necesariamente los únicos). En la cesión de derechos de índole personal —también cuando éstos se ceden en la cesión de la condición de parte contractual— la eficacia de la cesión deriva directamente del acuerdo constitutivo de la misma (42); la buena fe debe llegar hasta el momento de arranque de la definitiva eficacia del consentimiento, a veces sometida a más requisitos que el puro encuentro de voluntades (art. 25 L. A. U., e c.). Si lo que se transmite es la propiedad, ¿basta la buena fe en el momento obligacional del acuerdo —donde se produce la «manifestación errónea o falsa del disponente» que no debe perjudicar al adquirente— o habrá de prolongarse hasta el momento real adquisitivo? Si se trata de adquisición de muebles de uso ordinario de la familia, la solución podrá venir por la vía del artículo 464: será necesario entrar de buena fe en su posesión. ¿Vale el paralelo con el artículo 34 L. H. para la adquisición de la vivienda? Podría pensarse así para los supuestos en que ambas hipótesis protectoras del tercero actuarán superpuestas (adquisición de cónyuge, titular inscrito, cuyo derecho se anule o resuelva posteriormente por virtud de causa que no constaba en el Registro, y sin el consentimiento del otro cónyuge). Ahora bien, si la protección del artículo 1.320 puede discurrir —ya lo hemos señalado— al margen de la normativa hipotecaria; esto es, si el adquirente puede apoyar su buena fe en una apariencia extra-registral y no tiene por qué inscribir su derecho para ser protegido, no se ve razón para negar que —sin necesidad de inscripción— su buena fe ha de llegar (en este punto sí cabe la analogía) hasta el final del proceso adquisitivo; hasta su momento real, aquí coincidente con la entrega, a la que equivaldrá el otorgamiento de escritura pública cuando la venta se realice mediante ella (art. 1.462, 2). Hasta ese momento no hay *adquirente* (y es al *adquirente* de bu-

lege, produciéndose, por tanto, su eficacia y habiéndose de cumplir sus requisitos (buena fe incluida) durante todo el tiempo de realización de sus presupuestos: uno de ellos, el último en el tiempo, la inscripción del acto adquisitivo.

(42) Cfr., e.c., Díez PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, I. Madrid, 1970, pág. 793: «Debe entenderse que la transmisión se produce por virtud del negocio consensual de cesión. No obstante la colocación sistemática de las reglas de la cesión en el Código, la transferencia de créditos no exige los presupuestos que la ley impone para la transmisión de la propiedad y de los derechos reales, como son la concurrencia de un título o negocio jurídico antecedente, causa puramente obligatoria, y un modo o acto con efecto traslativo (Cfr. art. 609 C. c.). Entre cedente y cesionario, la transferencia del derecho de crédito se produce como efecto del simple consentimiento».

na fe a quien protege el segundo párrafo del art. 1.320); en el *interin*, pues, que pudiera ir de la perfección del contrato de adquisición al momento adquisitivo real, el cónyuge de cuyo consentimiento se prescindió y al que trata de favorecer el 1.320, 1, podrá oponer al tercero en vías de adquirir la limitación dispositiva del pretendido enajenante.

Para terminar esta apresurada reflexión sobre el precepto que ahora nos ocupa nos falta aún por glosar el último de los calificativos que antes le atribuíamos. Se trata —decíamos— de una norma dudosa en su oportunidad. Es que, efectivamente, la protección del tercero de buena fe —nosotros así lo hemos defendido— tiene en nuestro ordenamiento rango de auténtico principio general. Pero ello no significa que haya de jugar como un principio absoluto, respecto al que no quepan excepciones. La retroacción de la quiebra (art. 878 C. c.) determina una nulidad que la conocida Sentencia de 17 de marzo de 1958 califica de «nulidad *ipsae legis potestate et auctoritate*, a pesar de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y de la buena o mala fe en la adquisición». Se trata de una limitación razonable en una ocasión excepcional en la que la exclusiva protección del adquirente de buena fe supondría una quiebra notable respecto al criterio rector en la situación a que se alude de la *par conditio creditorum*. ¿No cabría pensar que cuando, desde un punto de vista de especial y reforzada protección de la vivienda y enseres familiares, se limita la facultad dispositiva incluso del cónyuge, titular único, tal limitación podría llevarse —con quiebra en tal caso del principio general contrario— hasta el terreno de los terceros? ¿Qué debe pesar más *en esta materia*: los genéricos intereses del tercero de buena fe, o el específico del cónyuge de cuyo consentimiento se prescindió y, posiblemente, de los hijos comunes respecto a su vivienda familiar? Nosotros, que hemos mantenido que la protección del tercero es más una medida de ética protección a su situación de buena fe, que una manifestación de pura inspiración mercantilista, no hemos de ocultar el peso de los reparos formulados a otro propósito, pero con validez general respecto a la reforma del régimen económico del matrimonio por el diputado andalucista Aguilar Moreno: se decide sobre la base de los intereses, exteriores al matrimonio, del tráfico mercantil, de la seguridad jurídica; no quedan, en cambio, suficientemente protegidos los intereses de la parte que mayoritaria y sociológicamente es más débil en el matrimonio, los intereses de la mujer; aquellos que deberían ser prevalentes en esta materia (43).

(43) Cfr. *Diario de Sesiones* (18 diciembre 1980), pág. 9018: «Curiosamente... se nos ha argüido en contra de la misma forma que al debatir la enmienda nuestra también al artículo 1.352: los intereses del tráfico mercantil, de la seguridad jurídica, pero exteriores al matrimonio. En cambio, los intereses de la parte más débil en el matrimonio, como puede ser, repito, sociológicamente y de forma mayoritaria la mujer, esos que son los que entiendo que debemos contemplar y proteger en este debate (y no otros

La opción correspondía al legislador y éste la realizó en favor del tercero de buena fe. Ocorre, además, que literalmente se la formuló con la notable amplitud ya señalada. La manifestación errónea o *falsa* del disponente no perjudica al tercero de buena fe. En el planteamiento teórico, según ya hemos dicho, la exigencia de buena fe en el tercero impide tomar como única pauta de valoración de su posición la declaración del disponente. Pero en el terreno de la práctica, ¿será fácil probar siempre que el tercero conoce la falsedad de tal declaración? Véase cómo en esta materia no debe presumirse, sobre la sola base de la declaración o manifestación del cónyuge disponente, la buena fe del tercero. De lo contrario, serán muchas las maniobras de colusión indemostrables que dejen vacía de contenido la protección del hogar y enseres familiares consagrada en el primer párrafo del artículo 1.320.

4. En el artículo 1.335 volvemos a encontrar nueva norma de protección de los terceros de buena fe; a propósito, ahora, de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales:

«La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe.»

«El párrafo primero de esta regla —ha comentado Lacruz (44)— introduce en el Código civil lo que ya era doctrina dominante, añadiendo el segundo una oportuna salvedad, que en parte podía deducirse de otros preceptos vigentes». Efectivamente, el nuevo artículo 1.335 podría tener más interés por lo que, en general, pudiera establecer sobre la repercusión respecto a terceros de la invalidez contractual, que por lo que de novedoso venga a suponer en el concreto régimen de las capitulaciones matrimoniales. Una de las lagunas más importantes de nuestro Código civil en materia de protección de terceros es la producida en la determinación de los efectos de la invalidez e ineficacia de los contratos en sus distintas formas. El nuevo artículo 1.335 podría haber sido la norma que, aunque en sede impropia, hubiera venido a colmar esta laguna. Si la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se reconduce a la disciplina general de los contratos, y si a continuación se indicara que sus consecuencias no perjudicarían a terceros de buena fe, indirectamente se nos estaría indicando cómo funciona frente a tales terceros la invalidez de los contratos; de tanto mayor interés esta indicación, por cuanto a través de ella nuestro Código pasaría del absoluto silencio en la materia, que hasta ahora le caracterizaba, al enunciado más general y completo en la misma, superando incluso de esta forma las insuficiencias y recortes de los Códigos civiles comparados (45).

que quizá deben ser objeto de otro debate, de otros artículos, de otras leyes...), esos no quedan protegidos en el texto del Dictamen».

(44) *La Reforma del Derecho de Familia...*, cit., pág. 27.

(45) El artículo 1.445 del *Codice* establece la protección de terceros en materia específica de anulabilidad; el 291 del C. C. portugués, que equipara

El texto del precepto impide, no obstante, una tan amplia interpretación. La remisión a la disciplina general de los contratos se hace a propósito de la *invalidéz* de las capitulaciones matrimoniales; la norma de protección de los terceros (segunda parte del art. 1.335) tiene un ámbito menor: resulta limitada a las consecuencias de la *anulación*. Por más que la terminología sea en este punto fluctuante e imprecisa (el mismo Código se refiere a la impugnación del contrato anulable bajo el término «acción de nulidad»), no parece dudoso que la *invalidéz* es forma genérica, a una de cuyas especies concretas se refiere la *anulación*: a la derivada de la anulabilidad o impugnabilidad (46). ¿Por qué esa restricción de la protección de los terceros a sólo la *anulación* y no a la ineficacia derivada de cualquier forma de *invalidéz*? ¿Cuál es la exacta explicación e interpretación del artículo 1.335? Sin poder entrar en detalle en el tema, apuntamos algunas posibilidades.

Pudiera pensarse, en primer lugar, que según el artículo 1.335 la inoponibilidad a los terceros de buena fe es peculiaridad de la anulabilidad, en general. La generalidad resultante de la remisión al régimen de los contratos se mantendría en la segunda parte del precepto: porque son de aplicación las reglas de los contratos, la anulabilidad de las capitulaciones, como en general la de los contratos, no perjudica a terceros de buena fe. Es que, podría pensarse, al ser la anulabilidad una forma de *invalidéz* menos intensa que la nulidad, permite esa limitación en sus efectos; mientras la nulidad normalmente viene a constituir una forma de ineficacia absoluta, la anulabilidad consistirá en una ineficacia normalmente relativa (47). Estaríamos de esta forma en la línea

en cuanto a su inoponibilidad a terceros de buena fe los efectos de la nulidad y los de la anulabilidad, rompe lo que es el esquema ordinario de funcionamiento de la protección del tercero de buena fe y permite que éste se vea afectado por los efectos de la ineficacia si la acción para hacerla valer se ejercitó y fue registrada dentro de los tres años posteriores a la conclusión del negocio. El BGB salva los derechos del tercero de buena fe frente a los efectos de la *invalidéz* por contravención de prohibición legal de disponer: § 135, 2.

(46) En cuanto al significado de la terminología al uso, Cfr., e.c., CASTRO: *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, pág. 463: «En la doctrina española no parecen haber importado mucho estas disquisiciones terminológicas, respecto de las que siempre decide el uso con sus preferencias arbitrarias». Díez PICAZO: *Fundamentos*, cit., pág. 298: «La distinción entre *invalidéz* e ineficacia no me parece admisible. Por un lado, la terminología es indudablemente arbitraria, puesto que el contrato inválido tiene que ser también por hipótesis ineficaz. Por esto habría que hablar, en todo caso, de una ineficacia proveniente de la *invalidéz* y de una ineficacia proveniente de otro tipo de causas o razones. Pero es que, además, las aplicaciones concretas que se hacen de la noción de ineficacia en sentido estricto... no son en rigor casos de ineficacia...». Para ambos autores, por otra parte, la *anulación* designa la puesta en acción de la anulabilidad. Cfr. Díez PICAZO: op. cit., págs. 306-309; CASTRO: op. cit., pág. 504.

(47) Cfr. Díez PICAZO: *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*. ADC, 1961, pág. 831: «a) Nulidad es una ineficacia siempre automática, originaria

marcada por el artículo 1.445 del *Codice*, al señalar a los efectos de la anulabilidad el límite de los derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso por terceros (48). «Se trata —se ha dicho entre nosotros (49)— de una limitación a la operatividad de la anulación misma, limitación que forma parte del concepto de la *annullabilita* y que no concurre en el caso de la *nullita*» En nuestra opinión la protección de los terceros opera *a se*, con fundamento en sí misma y en sí misma y en atención a la concurrencia de sus presupuestos, sin quedar de suyo limitada o supe- ditada por la figura en que incide. Es la protección de los terceros la que limita los efectos de la ineficacia en cualquiera de sus formas y con independencia de éstas; no a la inversa: que los distintos regímenes de ineficacia se extiendan o se detengan, según sus peculiaridades, ante los terceros de buena fe. De ser posible, por tanto, otra forma de interpretación del artículo 1.335, la estimaríamos preferible.

Cabría, en efecto entender el precepto de modo distinto resaltando más la separación entre sus dos partes. En la primera hay una clara remisión a las reglas generales de los contratos: por ellas se regirá la invalidez de las capitulaciones. La segunda parte va a establecer una peculiaridad para las consecuencias de la anulación de los capítulos: no perjudicarán a terceros de buena fe. ¿Cuál es propiamente la peculiaridad, y cuál la regla general en relación con la cual se establece la excepción? Podría entenderse que las reglas generales de los contratos se particularizan en relación con las capitulaciones matrimoniales por cuanto mientras, en general, toda forma de ineficacia desconocida sin negligencia por el tercero no ha de perjudicar a éste, en los capítulos ^{al} criterio sólo puede predicarse de la anulabilidad, y ello como consecuencia de la cognoscibilidad por todos de las específicas causas de nulidad de los capítulos (cfr art. 1.328: «Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge»).

Tampoco cabría, en absoluto, descartar otra interpretación: la segunda parte del 1.335 es pura particularización, más que excepción. La remisión a las reglas generales de los contratos para nada prejuzga la posible repercusión de la invalidez —cualquiera que sea su forma— sobre los derechos de terceros de buena fe; no es

y estructural, normalmente absoluta e insanable. b) Anulabilidad es una ineficacia provocada, sobrevenida y estructural, normalmente relativa y saneable».

(48) La norma, con todo, excluye el caso de la anulabilidad por incapacidad legal: «L'annullamento —dice el precepto— che non dipende da incapacita legale non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede, salvi gli effetti di trascrizione della domanda di annullamento».

(49) CLAVERIA GOSALBEZ, Luis Humberto: *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977, pág. 81, nota 146.

ésta sede apropiada para su regulación. Con independencia, por ello, de la trascendencia en cuanto a terceros de la invalidez de los contratos, se particulariza en su sede propia la de la anulación de las capitulaciones matrimoniales: no constituyendo éstas un contrato «puntual», sino suponiendo más bien una plataforma jurídica estable (acuerdo normativo) desde la que habrán de celebrarse cuantos contratos realicen los cónyuges durante el tiempo de su vigencia, se hace aquí más necesaria la norma de protección de terceros, de la cual pudo prescindir la disciplina general de la invalidez de los contratos. Así entendido el precepto, quedaríamos sin norma de terceros aplicada a la ineficacia contractual general (ni siquiera a la anulabilidad). Por otra parte, quedaría en pie la pregunta sobre la razón de la limitación de la norma de terceros sólo a la anulación, y no, en general, a la invalidez de los capítulos (a no ser que la razón antes ofrecida se diera por suficiente).

Quizá de las propuestas sea la segunda la interpretación preferible. En cualquier caso cabe estimar que en este punto la reforma no ha ido hasta donde pudo haber llegado. Aun en sede impropia y mediante la remisión a la disciplina general del contrato, pudo haberse colmado en el nuevo artículo 1.335 la laguna existente en nuestro ordenamiento acerca de la limitación de los efectos de la invalidez contractual en relación con terceros de buena fe. Bastaría haber establecido: la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos y sus consecuencias no perjudicarán a terceros de buena fe. En la redacción dada al precepto, entre las reglas generales de los contratos y la inoponibilidad a terceros se interpone, no sólo el punto gramatical, sino la diferencia de ámbito entre la invalidez, en general, y la anulación, en concreto. De haberse colmado la indicada laguna en el sentido dicho, habríamos dispuesto en nuestro Código civil de norma relativa a la materia, superadora de las limitaciones establecidas en los ordenamientos comparados (50).

Lo que tampoco ha de hacerse es tomar pie en la nueva norma para volver atrás en lo que, sobre protección de terceros en tema de ineficacia, podía mantenerse para nuestro ordenamiento antes de la Reforma. Nuestra más autorizada doctrina venía ya señalando cómo incluso la nulidad —la más intensa y enérgica forma de invalidez— se detiene ante el tercero de buena fe (51). Así lo había

(50) Cfr. *antea*, nota 45.

(51) Cfr. CASTRO: *El Negocio Jurídico*, cit., págs. 477-78: «Esta ineficacia —dice, hablando de la nulidad— se refiere a los propios efectos negociales y no se ha de entender como si lo nulo no hubiese sucedido. El negocio nulo, como acto, ... unido a la buena fe puede originar efectos negociales o cuasi-negociales, como en el matrimonio putativo (69), en la protección del adquirente de buena fe...». Igualmente, en pág. 483: «El más visible de estos efectos es el ya señalado de la reacción en cadena, que se produce al extenderse la condición de nulo a todos los derechos y títulos basados en el negocio que se declaró nulo. La que se detiene sólo respecto de los terceros de buena fe que legítimamente hayan podido confiar en la validez del negocio». Para la anulabilidad, cfr. pág. 508: «Declarada la nulidad de:

hecho ya en la doctrina francesa, e. c., Lutzesco (52) y, lo que es más importante, así cabe entenderlo en nuestro Derecho con base legal clara. La interferencia de la apariencia jurídica en los efectos de la invalidez o ineficacia, cualquiera que sea su forma, viene claramente dibujada en la Ley Hipotecaria a propósito de la apariencia de validez resultante de la inscripción. Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero de buena fe, esto es, a quien su fundamento resulte incognoscible (artículo 37). Igual ocurre con la nulidad: la inscripción no convalida

un negocio jurídico por sentencia judicial, se producirán los efectos propios de la declaración de nulidad. Destruídas sus posibilidades de confirmación y de sanarse por caducidad de la acción de nulidad, aparece, la originaria invalidez del negocio. La anulación, se dice, tiene eficacia retroactiva (*ex tunc*). También desplegará sus naturales efectos destructivos sobre los títulos y derechos fundados en el negocio que se anula (*resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis*); sin otras limitaciones que las resultantes de la protección debida a los terceros amparados en la publicidad y en la buena fe (art. 464, 1.473 CC., 34 LH)«. También Díez PÍCAZO: *Fundamentos...*, cit., hablando de la reacción del ordenamiento frente al contrato ineficaz, se refiere a la convalidación excepcional de los efectos contractuales, la cual, dice —pág. 298— puede ser una medida de protección de la confianza creada en personas que de buena fe han creído en la eficacia del contrato aparente, bien sean las mismas partes del negocio o alguna de ellas o bien sean terceras personas...». Aquilata cuidadosamente NÚÑEZ LAGOS: *La integridad de la fe pública en los Registros de la propiedad*, RDN, 1966, 51 (Enero-marzo), págs. 48-49. El acto realizado por el tercero sigue siendo en sí mismo un acto ineficaz, por más que la ley —esa es la medida protectora— le conceda *aliunde* los efectos que corresponderían a su eficacia. Los artículos 40 *in fine* L. H. y 173, 2 R. H. son para nuestro ordenamiento la base legal de esta afirmación. «El artículo 40 —dice Núñez Lagos— permite que se rectifiquen todas las inexactitudes registrales, originarias o sobrevenidas, incluso las del asiento del tercero del artículo 34, sin más limitación que la de no le perjudiquen... El juez que decreta la rectificación de su asiento (del tercero) tiene que decretar al mismo tiempo el nuevo asiento manteniendo al tercer adquirente de buena fe en su titularidad» (pág. 49).

(52) LUTZESCO, Gorges: *Teoría y práctica de las nulidades*. Trad. de M. Romero Sánchez y S. López de la Cerda. Méjico, 1945, págs. 297-302, esp. pág. 298: «Pero la práctica de las cosas muy a menudo viene a frustrar la autoridad de la ley, casi siempre rodeada y sostenida por la atmósfera de la buena fe. En efecto, con el concurso de la buena fe las situaciones adquiridas habrán de afrontar la sanción de la ley, y tras ella se escudan los terceros adquirentes para defenderse contra los efectos de la nulidad y, advirtámoslo bien, la buena fe logra detener el progreso de la acción de nulidad desde el momento mismo en que se promueve. Algunas veces, para tener mayor eficacia requiere el concurso de la antigua regla *error communis facit jus*. Como quiera que sea, una y otra concurren para asegurar el respeto de las situaciones de hecho con o contra la ley». También, pág. 302: «Por esto creemos que no es exagerado concluir que el efecto de la nulidad no es tan completo como lo sostenía la doctrina clásica... Su papel, como ha sido trazado por la jurisprudencia, no es propiamente destructivo en todo caso. Este es el error de los clásicos. Afecta al acto jurídico sólo en el aspecto en que las partes han violado la ley, pero se detiene ante los hechos consumados si éstos no son de tal naturaleza que comprometan el orden público, y se detiene porque se prefiere sacrificar su autoridad para salvar el crédito y la seguridad de las transacciones, es decir, para no afectar los principios que son la piedra de toque del derecho de obligaciones».

los actos o contratos que son nulos con arreglo a las leyes (art. 33), pero el tercero que adquiere creyendo en su validez es mantenido en su adquisición (art. 34). La ineficacia, en todas sus formas, cede ante el tercero de buena fe. En este sentido es ejemplar el artículo 291 del Código civil portugués, que predispone indistintamente un mismo régimen de interferencia de la protección del tercero en relación con la nulidad como con la anulabilidad (53). Tercero de buena fe será en esta materia, como dice el tercer párrafo del mismo artículo 291 portugués, «el adquirente que en el momento de la adquisición desconocía sin culpa el vicio del negocio nulo o anulable» (54).

En cualquier caso, y esto es lo que directamente interesa al objeto de estas líneas, la reforma del Derecho de familia provee de nuevo y de modo expreso a la protección de los terceros de buena fe en el artículo 1.335, a propósito de la anulación de las capitulaciones matrimoniales.

5. Igual ocurre en los nuevos artículos 1.391 y 1.433-34. En el primero de ellos, y a propósito de la administración de la sociedad de gananciales, se establece que cuando un cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte quedará deudor por su importe y, además, si el adquirente en tal acto hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible. Es una concreta aplicación del régimen general de rescindibilidad (artículos 1.295, 1.298). La rescisión no alcanza al tercero adquirente de buena fe. No es que el acto rescindible pierda intrínsecamente su atacabilidad; es que dicho ataque resulta paralizado *ab extra* por consecuencia de la protección del tercero de buena fe; no del *tertius sciens*.

Los artículos 1.433 y 1.434 regulan el pago del crédito de participación en el régimen económico-matrimonial de igual nombre. Si no hubiere bienes en el patrimonio del deudor —establece el art. 1.433— para hacer efectivo el derecho de participación en ganancias, el cónyuge acreedor podrá impugnar las enajenaciones que hubieren sido hechas a título gratuito sin su consentimiento (debilidad de la causa gratuita, en la que no opera la protección de los terceros) y aquellas que hubieren sido realizadas en fraude de sus derechos. De nuevo, la pregunta: ¿habrá de llegar la aquí llamada *impugnación* hasta los terceros adquirentes? El artículo 1.434 de la respuesta: tras señalar al ejercicio de dicha impugnación un plazo de dos años desde la extinción del régimen de participación, añade que no se dará ella contra *adquirentes a título*

(53) Artículo 291, 1: «A declaração de nulidade ou a anulação do negocio jurídico que respeite a bens imóveis, ou a móveis sujeitos a registro, não prejudica os direitos adquiridos sobre os mesmos bens, a título oneroso, por terceiro de boa fe se o registro de aquisição for anterior ao registro da acção de nulidade ou anulação ou ao registro do acordo entre as partes acerca da invalidade do negocio».

(54) «E considerado de boa fe o terceiro adquirente que no momento da aquisição desconhecia, sem culpa, o vicio do negocio nulo o anulável».

oneroso y de buena fe. Como se ve, son las completas señas de identidad de la protección del tercero: onerosidad y buena fe.

Las normas ahora indicadas son aplicación concreta de un criterio más amplio ya establecido en el Código. Poco suponen de novedad en este sentido. Son, con todo, dos ocasiones más en que en nuestro Código, de modo expreso, dándose un conflicto de *terceros*, se opta por la protección de éstos. La rescindibilidad o la impugnabilidad se detienen ante el tercero de buena fe: el tercero que desconoce inculpablemente la irregularidad (oculta) del acto en que participa, o el que, posterior subadquirente, confía en la aparente estabilidad de la titularidad de su *causam dans*. Lo de menos, en estos casos, es el carácter real o personal de la acción que se ejercita, o que el disponente, antes de la rescisión, sea verdadero titular del objeto de que dispone. La protección de los terceros, ya lo hemos dicho, no sólo salva adquisiciones *a non domino*; cubre también excesos dispositivos a consecuencia de los cuales el acto de disposición resulta impugnable, y suple la inestabilidad de titularidades amenazadas. Al desmoronarse éstas, el *resoluto jure dantis*... haría que sus consecuencias afectaran al tercero; la protección de éstos se interpone dando a la adquisición efectuada una estabilidad que la titularidad del *tradens* no tenía.

III. Hasta ahora hemos venido indicando los preceptos que en la reciente reforma del Código civil hacen aplicación de modo expreso del principio de protección del tercero de buena fe: frente a él la realidad desconocida es como si no existiera; la apariencia funciona como si fuera la realidad. Con la anterior relación no queda agotado el tema de la protección de los terceros en el nuevo Derecho de familia. Hay en él otro conjunto de normas que, sin mención expresa del tercero de buena fe, resultan ser aplicación de la protección de la apariencia jurídica. A estas normas hemos de referirnos a continuación.

1. En primer lugar hemos de ocuparnos del matrimonio putativo, objeto del antiguo artículo 69: «El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles aunque sea declarado nulo...»

La doctrina no era pacífica en la explicación de la naturaleza jurídica de la figura. Cifándonos sólo a la nuestra, Jordano, entiende como una aplicación de la teoría de la apariencia; Ladaria, por el contrario, niega su encaje en tal molde (55). La divergencia

(55) JORDANO BAREA, J. B.: *Fundamento y naturaleza jurídica del matrimonio putativo*. Libro Homenaje al Prof. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Sevilla, 1967, págs. 37 ss., esp. pág. 81: «... estamos convencidos —como ya anunciamos en las primeras páginas de este trabajo— de que sólo recurriendo a la teoría de la apariencia jurídica puede explicarse satisfactoriamente la esencia y el funcionamiento del matrimonio putativo...». Se incluye nota amplia y documentada sobre la doctrina italiana, tanto en este mismo sentido como en sentido distinto. En cambio, LADARIA CALDENTEY, J.: *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona, 1952, pág. 138, siguiendo a TRABUCCHI, objeta que la apariencia sólo puede ser invocada por terceros; no por quienes son parte en el negocio o acto que la desencadena.

de criterio tiene su explicación: la apariencia jurídica cubre en la amplitud de su extensión campos en que la intensidad de sus efectos varía. La apariencia (*lato sensu*) comienza por otorgar al titular de la situación aparente una protección *inmediata pero no definitiva* (arts. 446, 448 C. c., 38 L. H.) en interés de la seguridad estática, o una protección *definitiva, aun cuando no inmediata*, cuando la misma apariencia reúne determinadas condiciones legales (arts. 1.930, 1; 1.940, 1941...). Es una forma menos intensa de efectividad de la apariencia jurídica, pero aplicación de la misma, en todo caso. Cuando ésta se hace más intensa (apariencia *stricto sensu*) es cuando se la toma en consideración desde el punto de vista de los terceros. Al estimarla éstos como realidad, llevan a cabo una actuación, de buena fe, en cuya ayuda ha de venir el Derecho: la apariencia se trata como si fuera la realidad misma, y el ajeno a su formación (tercero de buena fe) obtiene una protección *inmediata y definitiva* (arts. 464 C. c., 34 L. H.) (56). Pues bien, el matrimonio putativo, cuando con detenimiento se estudia su fundamento y naturaleza —lo que entre nosotros ha hecho Jordano— puede situarse en la primera de las indicadas zonas de efectividad de la apariencia. Ahora bien, si —lo que ya comienza a ser cuestión fundamentalmente de vocabulario— al término apariencia jurídica se reserva sólo el espacio en que ésta adquiere su más intensa y plena forma de eficacia —lo que hace Ladaria—, el matrimonio putativo queda fuera de ella.

En efecto, «velo, sombra y apariencia de matrimonio» llamaba García Goyena al matrimonio putativo (57) y sin embargo, es claro que sus efectos no encajan en los de la apariencia jurídica *stricto sensu*. El artículo 69, en primer lugar, se ocupaba de los cónyuges (y de los hijos), pero no de los *terceros*, ajenos al matrimonio y que pudieran resultar engañados por la aparente validez del mismo: respecto a su propio matrimonio, los cónyuges no son terceros, sino parte, y la teoría de la apariencia (*stricto sensu*, repetimos) despliega su eficacia respecto a terceros. En segundo lugar, el resultado protector de la apariencia se traduce en la equiparación inmediata y definitiva (respecto a terceros de buena fe) de apariencia y realidad: la ineficacia del acto fundado en la apariencia pero carente de base real resulta sanada definitiva-

(56) Cfr. para esta distinción, más ampliamente, nuestro trabajo *La representación aparente...*, cit., págs. esp. 451-454.

(57) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid, 1852, I, pág. 104: «Este es el matrimonio llamado comúnmente putativo. En rigor sólo el matrimonio legítimo y verdadero podría hacer verdaderos esposos y producir hijos legítimos. Mas por un efecto de favor hacía los hijos, y en consideración a la buena fe de los esposos, se ha recibido por equidad que, anulándose el matrimonio a consecuencia de un impedimento oculto que existía al contraerlo, si los dos esposos lo habían ignorado, tanto ellos como los hijos nacidos de esta unión, conserven el nombre y prerrogativas de esposos e hijos legítimos, porque los unos se han unido, y los otros han nacido bajo el velo, sombra y apariencia del matrimonio».

mente en sus efectos. El matrimonio putativo, en cambio, nunca llegaba a convertirse en matrimonio válido y eficaz. Jordano podía sintetizar los efectos del antiguo artículo 69 del siguiente modo: «la apariencia del matrimonio nulo equivale en cuanto a su eficacia al matrimonio válido, desde la celebración en forma hasta la declaración de nulidad, sin más limitaciones que las impuestas por la mala fe». El matrimonio putativo es, pues, añadía, un matrimonio *nulo* que no se sana, convalida o tiene como válido *ad tempus* la ley (58). Finalmente, el artículo 69 protegía, en todo caso, con independencia de la buena o mala fe de los padres, a los hijos, y es claro que éstos no podían aducir en su favor —como ocurre al tercero protegido— el haber confiado de buena fe en una determinada apariencia jurídica (59).

Con estos datos a la vista, nosotros hemos mantenido que matrimonio putativo y matrimonio aparente no pueden equipararse como categorías que adecuadamente se correspondan: ni toda apariencia de matrimonio encontraba acogida y regulación en el artículo 69, ni todo el artículo 69 respondía a la protección de la apariencia jurídica (60). Cuando del matrimonio putativo se derivan efectos firmes para los cónyuges —no obstante su condición de partes en el matrimonio realmente nulo— reconducibles a la teoría de la apariencia, es —decíamos— porque «en el matrimonio aparente la apariencia deriva fundamental y decisivamente de la forma solemne de su celebración: la oficialidad de la asistencia del Juez, en el matrimonio civil, o del párroco o su delegado, en el canónico, objetiva la apariencia y da base a la buena fe del o de los cónyuges» (61).

Pues bien, tras la reforma del Derecho de familia el contenido del antiguo artículo 69 resulta distribuido en varios y distintos preceptos que, según creemos, ayudan a circunscribir lo que, en torno a la nulidad del matrimonio, puede reconducirse a la técnica general de protección de la apariencia jurídica.

En primer lugar, el nuevo artículo 79 dispone que «la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe —completa— se presume». Aparece aquí recogida buena parte del derogado artículo 69. Podría pensarse incluso que se consagra en la nueva norma una de las posibles formas de explicación de la disciplina contenida en la anterior regulación. El matrimonio putativo terminaba por consistir en la evitación de retroactividad en los efectos de la nulidad declarada

(58) JORDANO: op. cit., pág. 82.

(59) Para CASTRO: *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 465, texto y nota 4, «la protección de los hijos resulta del valor concedido a la posesión de estado y de razones evidentes de equidad», pero en cualquier caso, distintas a la buena fe de los padres, razón de ser del matrimonio putativo si éste se entiende desde la doctrina de la apariencia.

(60) Cfr. nuestra *Representación aparente...*, cit., pp. 425-426.

(61) *Ib.* pág. 445.

(algo parecido a lo que, en relación con el poseedor de buena fe, ocurre a la liquidación de la situación posesoria).

Pero el régimen de la nulidad del matrimonio necesita ser completado. Especial atención merece la nulidad por defecto de forma. De ella se ocupan varios de los nuevos preceptos. El artículo 73, párrafo 3.º, establece la nulidad del matrimonio que «se contraiga sin la intervención del juez o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos». El 78 dispone que «el juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, salvo lo dispuesto en el número tres del artículo 73». Al parecer, pues, el defecto de forma invalidante ha de ser un defecto grave (los supuestos que se venían hipotizando como desencadenantes de *inexistencia*); no cualquier irregularidad formal, sino la falta de intervención del juez o funcionario que deba autorizar el matrimonio, o la de los testigos. Interviniendo juez y testigos —y, en cuanto al primero, incluso juez incompetente— queda a salvo la validez del matrimonio si al menos uno de los cónyuges lo contrae de buena fe. En este sentido, el nuevo artículo 53: «La validez del matrimonio no quedará afectada por la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del juez o funcionario que lo autorice, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiese procedido de buena fe y aquellos ejercieran sus funciones válidamente».

Sin que sea este el lugar para el comentario detallado del anterior conjunto normativo, sí interesa destacar cómo, al parecer, en la nueva regulación se circunscriben los términos de la protección de la apariencia jurídica acerca de la validez del matrimonio. La irretroacción de los efectos de la nulidad no encajan en la protección de la apariencia jurídica. Esta, en cambio, se produce con toda normalidad para sanar, en aras de la buena fe del contratante o contrayentes, la nulidad que *de suyo* habría de seguirse de la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del funcionario autorizante. Cuando tal ocurre, la protección de la apariencia opera sobre *terceros* —que terceros son los cónyuges en cuanto a la falta de nombramiento o competencia del juez— y se traduce, no en la mera irretroactividad de los efectos de la nulidad, sino en la evitación de ésta: el matrimonio no queda afectado en su validez. Estamos ante una aplicación de lo que en el Derecho administrativo se llama el *funcionario de hecho*. Lo que en el antiguo artículo 69 podía haber de aplicación de la teoría de la apariencia *stricto sensu* encuentra ahora regulación separada, plenamente ajustada al molde que la conforma.

2. Nueva referencia, implícita pero clara, a la apariencia jurídica encontramos en los nuevos artículos 102 y 1.436. En el primero se determinan los efectos que *ministerio legis* se producen desde la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio: los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal. Quedan igualmente revocados los consenti-

mientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado al otro. Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. La pregunta brota de inmediato: ¿serán efectivas tales consecuencias incluso respecto a terceros desconocedores de la causa que las provoca? Nótese, de una parte, que los efectos indicados interesan en gran manera la actuación de los cónyuges respecto a terceros; de otra parte, que la admisión de la demanda de separación permite, pero no impone, que los cónyuges vivan separados. ¿Será mucho imaginar pensar que pueda haber terceros desconocedores de la admisión de la demanda y que piensen, posiblemente apoyados en el hecho de la continuada convivencia, que en nada se ha alterado la situación matrimonial, y con ella la legitimación para actuaciones en las que el mismo tercero interviene, de la persona con quien contrata?

El artículo 102, previendo esta posibilidad, termina por establecer: «A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro civil y, en su caso, en los de la propiedad y mercantil». Se trata, claramente, de permitir un reflejo para terceros de la realidad de la situación producida. Quien quiera alegrarla ha de hacerla cognoscible: la publicidad registral es un medio —no el único, ni, por tanto, necesario, y, posiblemente, tampoco suficiente en ocasiones— de tal cognoscibilidad. No se impone propiamente una obligación, sino una carga. El permisivo *podrá* que aquí emplea la ley contrasta con el imperativo *deberán* que se utiliza en el artículo 1.436.

Efectivamente, la demanda de separación de bienes y la sentencia en que ésta se declare están llamadas a tener una fuerte repercusión respecto a terceros. ¿Se impondrán a éstos, sin más sus efectos? No, si no les resultan cognoscibles: la publicidad puede ser medio de tal cognoscibilidad, por ello: «la demanda de separación de bienes y la sentencia firme en que se declare se deberán anotar e inscribir respectivamente en el Registro de la propiedad que corresponda si recayere sobre bienes inmuebles. La sentencia firme se anotará también en el Registro civil».

3. Los artículos 113, 131, 135, 137 y 140 hacen también aplicación de la protección de la apariencia, en la medida en que la *posesión de estado* puede considerarse «apariencia del estado, creada por el ejercicio de sus facultades y la convicción de la generalidad» (62). No hace al objeto de estas páginas entrar en la distinción de su efectividad respecto al poseedor del estado y en relación con terceros.

4. También en los artículos 1.319 y 1.365 se deja traslucir la preocupación por la seguridad y protección de los terceros. Recoge el primero el contenido del derogado artículo 66, la potestad doméstica: «Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos en-

(62) Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M.: *La posesión de estado familiar*. Sevilla, 1971, pág. 168.

caminados a atender las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma».

Con la nueva disciplina —ha indicado Lacruz (63)— el antiguo mandato tácito que el marido podía revocar expresamente a su mujer se ha transformado en un poder que concede la ley individualmente a uno y otro cónyuge y que ninguno puede suprimir o restringir en el otro; en tema de satisfacción de las necesidades ordinarias de la familia cada cónyuge tiene las mismas posibilidades de comprometer, no ya sólo los bienes comunes, sino también los del otro cónyuge.

Es evidente la trascendencia frente a terceros de la norma ahora indicada; no es una norma de *contribución*, sino de *responsabilidad*, según puntualiza el mismo Lacruz (64). Efectivamente, «de las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad —artículo 1.319, 2— responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda, y subsidiariamente, los del otro cónyuge». En igual sentido, y regulando las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, establece el artículo 1.365: «los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge: 1. En el ejercicio de la potestad doméstica...».

Ahora bien, por muy legal que sea el poder atribuido a los cónyuges, se tratará siempre de un poder funcionalmente limitado: las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado le marcan sus propios límites. ¿Ha de detenerse el tercero a comprobar hasta el fondo que la actuación del cónyuge no excede sus atribuciones? Sin recurrir expresamente a la categoría del tercero de buena fe, la ley emplea aquí un criterio externo de determinación del poder de cada cónyuge: el uso del lugar y las circunstancias de la familia (justamente el mismo que marca el ámbito de ejercicio de la patria potestad por uno solo de los cónyuges, art. 156, 1). Quiere ello decir que hacia fuera, en relación con terceros, la actuación del cónyuge en ejercicio de la potestad doméstica, compromete los bienes comunes, e incluso subsidiariamente los privativos del otro, si *externamente* aparece adecuado al uso y circunstancias de la familia, por más que *ad intra* el acto pueda resultar excesivo o extralimitado. Con la nueva disciplina —ha podido decir Lacruz (65)— cada uno de los cónyuges tiene el poder de obligar los bienes comunes por aquellas deudas que «aparentemente (al acreedor le debe bastar la apariencia) se contraigan en interés, mediato o inmediato, pero manifiesto, de la comunidad». La apariencia, pues, termina por legitimar al cónyuge en beneficio de los terceros que en ella confían para actuaciones que comprometen los bienes comunes.

(63) *La Reforma...*, cit., pág. 44.

(64) *Op. cit.*, pág. 17.

(65) *La Reforma...*, cit., pág. 44; *El nuevo régimen...*, cit., pág. 162.

5. De nuevo, en las normas dedicadas a la administración de la sociedad de gananciales, volvemos a comprobar la solicitud del legislador por la seguridad del tráfico o de los terceros. No se menciona tampoco ahora al tercero de buena fe, pero la inspiración legal es inequívoca.

Comienza el artículo 1.375 estableciendo el principio de gestión y disposición conjunta de los gananciales. Su aplicación rigurosa dificultaría la economía del matrimonio y provocaría inseguridad en el tráfico. Se hacen, pues, necesarias normas complementarias que, como excepción al principio, permitan los actos de gestión y disposición por sólo uno de los cónyuges. Ya hemos visto en este sentido la llamada potestad doméstica. Ahora la reforma incluye un conjunto normativo del que nos interesa destacar los artículos 1.384 - 1.386.

«Serán válidos —dice el 1.384— los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren.»

«Los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza —añade el 1.385— serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos...»

«Para realizar gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios, bastará el consentimiento de uno solo de los cónyuges», termina el artículo 1.386.

La *ratio* de estos preceptos es clara: legitimación individual excepcional. Su orientación varía: en los primeros se trata de una legitimación justificada desde fuera, desde las exigencias del tráfico de buena fe; en el tercero se consagra una legitimación individual fundamentada *ab intra*, desde la urgencia del interés conyugal o familiar. Nuestra atención ha de ceñirse a los dos primeros: a los artículos 1.384 y 1.385.

Es cierto, repetimos, que no se hace en ellos mención explícita del tercero de buena fe; quizá tampoco sea necesario. Poco añaden los preceptos en estudio al artículo 464 o al 1.164 («... a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren...»; «... a cuyo nombre aparezcan constituidos...»). En cualquier caso su fundamento y finalidad resultan claros. En la Exposición de Motivos del Proyecto se dice textualmente: «La reforma, al atribuir la gestión a ambos cónyuges, sin distinción ni ventaja para ninguno, ha tenido muy en cuenta la *necesidad de agilizar los negocios* y operaciones de cada uno de ellos... y de *salvaguardar el interés y las legítimas expectativas de los terceros que contratan exclusivamente con el marido o la mujer*, mediante la previsión de una serie de supuestos en los cuales la legitimación para administrar, disponer y obligarse puede ser indistinta o individual».

En la discusión parlamentaria —ya hemos aludido a ello en otro lugar— el diputado Aguilar Moreno, por el Grupo Andalucista, manifestó sus reparos al artículo 1384: se atiende excesivamente a la seguridad, en perjuicio de los intereses del matrimonio y, particularmente, de la mujer: la parte más débil en él sociológicamente. Por ello —se objetaba— el régimen establecido en el precepto debería condicionarse a que el dinero o títulos de que en ellos se trata no representen posición cualificada en el seno de la sociedad conyugal. Queda ya lejano en el tiempo el criterio de valoración superior de los inmuebles y de minusvaloración de los bienes muebles. En la contestación a la enmienda, el diputado Díaz Fuentes subraya la *ratio* del artículo 1.384: «... este artículo está dirigido —dice— a fortalecer fundamentalmente el crédito del matrimonio y el de cada uno de los cónyuges frente a terceros, evitando enojosas investigaciones sobre la procedencia del dinero empleado por un contratante, en una operación de investigación que si la reclamamos a terceros puede ser en muchos casos dificultosísima y paralizadora del tráfico...», terminando por destacar que «el artículo 1.384 no es más que una pieza dentro de un conjunto armónico de normas», armonía que se rompería si se modificara el criterio protector de terceros que lo inspira (66).

El comentario doctrinal de la norma abunda en el mismo sentido. Los artículos 1.384 y 1.385 «han sido pensados en beneficio del tráfico —dice Lacruz—: en interés del cónyuge tenedor, al que no se exige que justifique su titularidad exclusiva ni la utilidad del acto de administración, y en interés de los terceros que contratan válidamente sin tener que comprobar la legitimación de quien les compra o vende en los límites del artículo 1.384» (67). «El artículo 1.384, dirigido más bien a conservar el crédito del matrimonio y de cada uno de los cónyuges frente a terceros, evitando a éstos enojosas investigaciones sobre la procedencia del dinero empleado por un contratante casado, no podría consagrar, en la relación interna, las decisiones puramente individuales en orden a los actos que modifican la composición del capital del consorcio (68). Es que, *inter partes*, la regla del artículo 1.384 debe interpretarse restrictivamente frente a la regla general del artículo 1.375 de disposición conjunta de los bienes gananciales. De los frutos y productos de los bienes puede disponer cada cónyuge, como administrador de su patrimonio privativo —dice el art. 1.381— en cuanto sea preciso para la administración de dicho patrimonio, pero no a efectos distintos, «pues los frutos y ganancias forman parte del haber de la sociedad: son de ella y no del cónyuge y —en la relación interna— éste no puede servirse de tales fondos en beneficio propio y para sus gastos particulares que no sean, a su vez, carga

(66) Cfr. *Diario de Sesiones*, del Congreso de los Diputados, 18 diciembre 1980, págs. 9017-9018.

(67) LACRUZ: *La reforma...*, cit., pág. 58; *El nuevo régimen...*, cit., pág. 168.

(68) Id.: *La reforma...*, pág. 60; *En nuevo régimen...*, cit., pág. 171.

de la comunidad. Claro que *erga omnes* es válida la disposición conforme al artículo 1.384, salvo que el tercero sea cómplice en el fraude» (69). No se puede indicar mejor ni más claramente cómo el artículo 1.384 es una norma *de tercero*, que produce en favor de éste, cuando lo es de buena fe (no cómplice en el fraude), la validez de una actuación que, examinada y valorada hacia dentro, debería considerarse ineficaz.

IV. No queda dicho con lo anterior cuanto sobre la protección de terceros se establece en la reciente reforma del Derecho de familia. Quedarían aún por relacionar las situaciones en que, sin previsión legal expresa, pero por una clara razón de analogía, han de entenderse protegidos los terceros de buena fe; es decir, las situaciones en que la realidad no puede ser opuesta a quien sin culpa la desconoce, y toma como índice de ella lo que es mera apariencia. Brevisísimamente pasamos a indicar tales supuestos.

1. Determina el artículo 83 que «la sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular los bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica».

La norma es evidentemente lógica pero deja en pie un interrogante: ¿*quid* respecto a terceros conedores del matrimonio e ignorantes de la separación? Necesariamente ha de entenderseles protegidos. Es aplicable por analogía el artículo 102, ya visto: cualquiera de las partes puede instar la oportuna anotación en el Registro Civil —habiendo de padecer en caso contrario los efectos de la omisión— de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio. Si la oponibilidad de los efectos derivados de la admisión de la demanda puede quedar sometida a su publicidad registral (en el caso de que el tercero no la conozca *aliunde*), a *fortiori* han de quedar supeditados a ella los efectos de la sentencia. También es analógicamente aplicable el artículo 89: «la disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil».

2. Tras la sentencia de nulidad, separación o divorcio, y según dispone el último párrafo del artículo 96, «para disponer de la vivienda y bienes indicados (los objetos de uso ordinario en ella) cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

De nuevo: ¿*quid*, cuando de hecho se dispone sin los requeridos consentimiento o autorización? ¿Puede el tercero desconocer sin culpa la situación determinante de su necesidad? Creemos aplicable al caso, con cuantas observaciones hicimos al comentarlo, el segundo párrafo del artículo 1.320. Si incluso *constante matrimonio* el cónyuge no titular (y, de haberlos, los hijos) ha de padecer, como consecuencia de la protección del tercero de buena fe,

(69) LACRUZ: *El nuevo régimen...*, cit., pág. 172.

los efectos de una enajenación sobre los mismos bienes, por él no consentida, *a pari*, si no *a fortiori*, habrá de soportarlos cuando la enajenación se produce tras la sentencia de nulidad, separación o divorcio.

3. En razón de la patria potestad los padres tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Ahora bien, tal representación no alcanza —art. 162, 3— a los actos relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres (cfr. art. 164), como tampoco a los de enajenación o constitución de gravamen sobre inmuebles del hijo, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios..., sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 166, 1).

¿Qué ocurrirá, de cara a terceros, si en el ejercicio de la patria potestad se dispone sobre bienes del hijo a los que no alcanza, en absoluto o por sí sólo, el contenido de dicha patria potestad? Téngase en cuenta que la exclusión respecto a ella de los bienes aludidos en el 162, 3, e indicados en el 164, no tiene necesariamente reflejo que hacia fuera la haga cognoscible: el origen de los bienes, incluso su titularidad, pueden resultar desconocidos, su consideración como «preciosos» podrá ser cuestión relativa, los inmuebles pueden no estar inscritos... El nuevo artículo 166, que en otros aspectos completa al antiguo 164, omite la salvedad que éste hacía en cuanto a los efectos de la transmisión, de lo establecido en la Ley Hipotecaria; era una forma de dejar a salvo los derechos de terceros de buena fe. ¿Cuál es la trascendencia de esta omisión? Responden Suárez Sánchez Ventura y Martínez Martínez: «Suprime del anterior artículo la salvedad frente a terceros de lo prevenido en la Ley Hipotecaria, sin que ello tenga trascendencia alguna, por cuanto esta supresión no significa excluir su aplicación a este campo, sino el reconocimiento de que su constancia expresa era innecesaria ya que siempre y en todo caso regirán, al igual que, tratándose de muebles, el artículo 464» (70).

4. Entre las disposiciones generales sobre el régimen económico matrimonial, ordena el artículo 1.322 que «cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento

(70) Op. cit., pág. 869. Más adelante —pág. 876— refiriéndose a los objetos «preciosos», dicen: «Para estos casos sin perjuicio de que aquel a cuyo favor se otorgue la disposición pueda exigir preventivamente el cumplimiento de los requisitos del art. 166, y sin perjuicio también de que, otorgado el acto, pueda éste ser impugnado, una vez que conste la preciosidad, por faltar autorización judicial o consentimiento del menor que pueda prestarlo, siquiera los efectos devolutorios puedan verse obstaculizados por el art. 464, y determinándose la extensión de la obligación de indemnizar por quien corresponda en atención a la buena o mala fe interviniente».

se haya omitido o de sus herederos. No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre los bienes comunes si falta en tales casos el consentimiento del otro cónyuge» (cfr. también artículos 1.376-78 en cuanto a administración de gananciales).

Omitido, por ajeno a nuestro tema, todo comentario al distinto régimen de ineficacia en consideración del carácter oneroso o gratuito (en estos últimos —además— no hay cuestión de protección de terceros) (71), hemos de limitar nuestra atención a la repercusión, en cuanto a terceros, de la anulabilidad de los actos a que se refiere el artículo ahora transcrito. ¿Cabe la anulación cuando el adquirente desconoce que la calificación jurídica del bien impone el consentimiento omitido? Podríamos responder con el criterio que, en interpretación antes propuesta, pudiera extraerse del artículo 1.335: «las consecuencias de la anulación no perjudicarán a tercero de buena fe». Si se estima que ésta es norma exclusivamente aplicable a la anulación de las capitulaciones matrimoniales, encontraremos la respuesta, una vez más, en el artículo 1.320. Se trata en él del acto dispositivo, necesitado de consentimiento de ambos cónyuges (aun cuando el bien *de quo* pertenezca exclusivamente a uno de ellos) que más puede afectar a aquel de cuyo consentimiento se prescinde, por referirse a algo tan elemental y necesario como la vivienda habitual: «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe»; es decir: el adquirente de buena fe queda a salvo de la anulación y de sus efectos; será el disponente quien haya de responder indemnizando al cónyuge omitido. Lo que vale para la disposición sobre la vivienda, o sobre los derechos que en ella se tengan, vale, una vez más, *a pari* si no *a fortiori* para los actos de administración o disposición de bienes no tan elementalmente necesarios.

5. En la regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales dispone el artículo 1.370: «Por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro responderá siempre el bien adquirido, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código».

Se establece en este precepto una concreción de responsabilidad sobre un bien por el precio aplazado del mismo. La norma es enérgica en el tono de su expresión: *responderá siempre el bien adquirido*. ¿Con la eficacia propia de una garantía real, como sugeriría la letra del precepto? ¿Acompañará tal responsabilidad al bien, incluso si éste sale de manos del adquirente? Evidentemente, no. La prenda no surte efectos contra terceros si no consta por instrumento público la certeza de su fecha (art. 1.865); la hipoteca requiere para su válida constitución que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad (arts. 1.875 C. c. y 145 L. H.); la expresión del aplazamiento del pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero a menos que se garantice aquél

(71) Cfr. LACRUZ: *La Reforma...*, cit., págs. 17-18.

con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita en el documento que se inscribe (art. 11, L. H.). Nada de esto se impone en el nuevo artículo 1.370; no se establece en él ningún tipo de garantía legal real y tácita. El bien adquirido responderá de su precio aplazado, no «siempre», sino mientras esté en manos del deudor del precio. Sólo subsistirá la responsabilidad cuando el bien salga fraudulentamente de manos del adquirente a las de un *tertius conscius fraudis*. En tal caso procederá el simple desvelamiento del fraude para hacer posible la aplicación de la norma que se trató de eludir (art. 6, 4); en el supuesto contrario —adquisición por tercero desconocedor del fraude— ni siquiera es necesaria la protección del tercero de buena fe: el bien adquirido no está sujeto a garantía real; al adquirente no alcanza la responsabilidad del cónyuge deudor del precio aplazado.

6. «Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales —dispone el art. 1.377— se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges...». Comenta Lacruz: «Las sanciones de la infracción de estas reglas son importantes. Si el adquirente paga al marido el precio de la enajenación de bienes comunes unilateralmente realizada por éste, el pago no es liberatorio para el adquirente, y a su vez la mujer podrá, o reclamar el precio a dicho adquirente en nombre de la comunidad, o bien pedir la nulidad de la enajenación. Nulidad que, como se sabe, es relativa» (72).

Nada tenemos que objetar al comentario; sólo añadir que si el adquirente merece la calificación de tercero de buena fe, su pago le resultará liberatorio (art. 1.164) y la acción del cónyuge cuyo consentimiento se omitió quedará enervada: habrá sólo responsabilidad en las relaciones internas.

7. Según el artículo 1.381: «Cada cónyuge tendrá la administración de su patrimonio privativo y puede a este efecto disponer de los frutos y productos de sus bienes. Los frutos y ganancias forman parte del haber de la sociedad y están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales».

Los frutos y ganancias, pues, de los bienes privativos forman parte del haber ganancial; como tales están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales. No obstante, el cónyuge, en cuanto administrador de su patrimonio privativo, y a este efecto, puede disponer de sus frutos y productos (gananciales). ¿Qué ocurrirá, respecto a terceros, cuando el cónyuge dispone de los frutos de su patrimonio en medida superior a la exigida por su administración y con la consecuencia de sustraerlos a su afectación a las cargas y responsabilidades del consorcio? Transcribimos la autorizada respuesta de Lacruz: «De los frutos y productos puede disponer (el cónyuge titular del patrimonio que los produce) —dice el artículo 1.381— a este efecto, es decir, en cuanto sea preciso para la administración de su patrimonio privativo, pero no a efectos distintos, pues los frutos y ganancias forman parte del haber

(72) LACRUZ: *La Reforma...*, cit., págs. 53-54.

de la sociedad; son de ella y no del cónyuge y —en la relación interna— éste no puede servirse de tales fondos en beneficio propio y para sus gastos particulares que no sean, a su vez, carga de la comunidad. Claro que *erga omnes*, es válida la disposición conforme al artículo 1.384, salvo que el tercero sea cómplice en el fraude». Se trata en tal caso de «mera legitimación para disponer frente a los terceros que con él contrataba» (73).

V. El recorrido realizado por el conjunto de las nuevas normas introducidas en el Código civil para la reforma del Derecho de familia permite concluir —sin necesidad de que ahora hayamos de detenernos en resaltarlo— la confirmación para nuestro ordenamiento de la calificación como principio general del criterio de protección del tercero que de buena fe confía en la apariencia. No constituye la adopción de tal criterio una media excepcional; por el contrario, no hay problema «de tercero» que no se resuelva en tal sentido. Al igual que no hay ocasión en que tal problema pueda producirse y que no pida ser resuelto en favor del tercero de buena fe por una clara razón de analogía.

El criterio se formula fundamentalmente en torno a la expresión *tercero de buena fe* (arts. 61, 64, 89, 156, 1.335); ocasionalmente se habla de adquirente de buena fe (arts. 1.320, 1.434), o se alude sólo a la buena fe (arts. 53, 78: del cónyuge respecto a la incompetencia o falta de nombramiento del juez o funcionario que autorice el matrimonio), o al carácter de *tercero* (art. 318). Es que, efectivamente, la *buena fe* y el carácter de *tercero* del sujeto protegido son las notas básicas sobre las que se articula el principio (74). Se aplica éste cuando alguien actúa en el contexto objetivo de una situación en cuya formación él no ha intervenido y cuya realidad no coincide con su apariencia. Hablar en tal caso de *tercero de buena fe* es tanto como destacar el desconocimiento inculpable de una realidad oculta y la confianza justificada y razonable en una apariencia disconforme con la realidad. La protección del tercero se pone en conexión inmediata con su comportamiento de buena fe. En función de ésta se relativizan los elementos objetivamente configuradores de la apariencia jurídica. La reciente reforma del Código civil impone con mayor fuerza tal relativización: la protección del tercero no queda sometida a la rigidez de un determinado *numerus clausus* de situaciones generadoras de apariencias irrealles. La acentuación de la buena fe espiritualiza la protección del tercero. Ello se hace particularmente claro en el artículo 1.320: la protección en la adquisición de derechos sobre un inmueble se produce como consecuencia de una apariencia no conectada con la publicidad inmobiliaria registral; actúa al margen del artículo 34

(73) LACRUZ: *La Reforma...*, cit., pág. 55.

(74) Sin que por ello haya de prescindirse de la —en nuestra opinión, igualmente necesaria— nota de la onerosidad. A ella se refiere, entre los reformados, el art. 1.434. Cfr. sobre este punto y con cierta amplitud, nuestro trabajo *La representación aparente...*, cit., págs. 454-459.

de la L. H. A la inversa: no bastará escudarse en la omisión de la publicidad registral cuando la situación real —publicable y no publicada— es efectivamente conocida o fácilmente cognoscible; lo que, como ya hemos destacado, podrá ocurrir frecuentemente en relación con situaciones —como las familiares— cuya cognoscibilidad al margen del Registro es fácil.

Es de destacar, igualmente, cómo en la protección del tercero que de buena fe confía en la apariencia, la ley prescinde de la culpa del afectado por la medida protectora. Se trata de proteger al tercero de buena fe, no de castigar al creador de la apariencia. En ocasiones, incluso, no es el mismo creador de la apariencia quien inmediatamente ha de padecer los efectos de la protección del tercero. El artículo 1.320 no encaja en la concepción *culpabilista* de la apariencia. El cónyuge que ha de padecer la pérdida de su derecho sobre la vivienda puede ser en todo ajeno a la producción de la apariencia que justifica la protección del adquirente. En cualquier caso, en la reforma la apariencia resultante de la publicidad operada a través del Registro Civil se pone ahora en conexión pura y simplemente con la inscripción: se prescinde de toda consideración relativa a la diligencia o descuido en su solicitud (nuevo art. 61, en comparación con el antiguo 76).

Es igualmente de destacar en relación con la amplitud del principio de protección de terceros de buena fe, el ámbito en que ésta se produce, y con carácter —nos parece— ahora plenamente generalizado. No sin observaciones en contra, se lo aplica sin recortes en la nueva regulación del Derecho de familia. Todo él queda transido por la protección del tercero; ha sido éste uno de los criterios que ha presidido la reforma. Incluso cuando se quería crear una nueva y especial protección a la vivienda y enseres familiares, la protección del tercero interfiere recortando su efectividad. Desde el estado familiar (base de actuaciones patrimoniales) hasta el régimen de los bienes familiares, resultan regulados desde la protección de los terceros. No son las exigencias familiares las que triunfan sobre la protección del tercero, sino que es ésta la que se impone (también) sobre las consideraciones familiares. El Derecho de familia no excepciona la aplicabilidad de la protección de los terceros de buena fe.

Es igualmente índice de la generalización del criterio el modo cómo se le aplica. En efecto, la previsión protectora del tercero puede formularse como salvedad expresa al funcionamiento ordinario de la institución o situación en que interfiere; establecido éste, se añade la previsión favorable al tercero. Es como si el legislador, consciente sólo en un segundo momento de la necesidad de protección de los terceros, incrustara, como complemento externo, dicha protección en el régimen propio de las instituciones. Así ocurre frecuentemente en las normas reformadas. Pero hay un segundo modo de atender a las necesidades de los terceros. La protección de éstos no se lleva ya a cabo mediante la *coletilla* o incrus-

tación de la previsión a su favor. Ahora es la regulación nuclear de la institución o situación interferida la que va a ser objeto de regulación con un criterio no *ad intra*, o derivado de la institución misma y de su propia finalidad, sino *ab extra* o desde el punto de vista externo o de los terceros de buena fe. Tan habitual se hace la consideración favorable a los terceros, que llega a sustanciarse en la regulación básica de las instituciones. Es lo que ocurre, e. c., cuando en atención a criterios externos (el uso social y las circunstancias) se determina el ámbito de ejercicio solidario de la patria potestad (art. 156, 1) o el contenido de la potestad doméstica (art. 1.319) o el campo de actuación individual en la administración y disposición de bienes gananciales (arts. 1.384-1.385). Es evidente que si esto llega a ocurrir es sólo porque la atención a los terceros se ha generalizado. De añadido, por más que frecuente, pasa a ser configurador nuclear de las más distintas instituciones.

Siendo ello así, nada tiene de extraño que allí donde la ley no llega a prever expresamente la protección de los terceros, ésta resulte fácilmente aplicable por analogía. La normalidad de la aplicación del criterio y la semejanza de las situaciones sin norma expresa en tal sentido con otras que sí la contienen, imponen la analogía. Estamos lejos del sólo criterio excepcional, de estricta interpretación, y en plena aplicación de un verdadero y propio principio general. Constante en sus presupuestos (tercero, de buena fe, título oneroso) y resultado (equiparación —inmediata y definitiva— de realidad y apariencia), es múltiple en sus aplicaciones, como distintas pueden ser las apariencias protegibles (notoriedad, publicidad registral, posesión...) y las actuaciones realizadas en la confianza de su adecuación a la realidad (pagos, adquisiciones...). La adquisición *a non domino* es una de sus manifestaciones; no, desde luego, el campo único de su aplicación.