

PACTO DE RETENER LA POSESIÓN EN LA COMPRAVENTA. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

María José Azaustre
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Antecedentes históricos del pacto. – 3. Concepto posesorio del vendedor. – 4. Delimitación frente a figuras afines. – 5. Protección jurídica del vendedor. – 6. Otras cuestiones.

1. Introducción

En aplicación del principio de autonomía de la voluntad, los contratos, especialmente los consensuales y de buena fe, pueden ser objeto de innumerables pactos añadidos. Por ello, como nos recuerda Rodríguez Díaz, parece que sería imposible «concretar a priori la voluntad humana en tanto puede llegar a adoptar multitud de contenidos pacticios según la intención de los contratantes», máxime en el contrato que desde su nacimiento ha ostentado la mayor importancia jurídica¹.

Pues bien, en ejercicio de esa autonomía contractual, con alguna frecuencia aparece en contratos de compraventa de inmuebles – y a veces también en permutas – una cláusula en cuya virtud se permite al vendedor mantenerse en la posesión de la cosa vendida, bien durante un cierto periodo de tiempo, bien hasta que el comprador complete

¹ Cfr. E. RODRÍGUEZ DÍAZ, *De la noción de contrato al pactum displicentiae, en derecho romano*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1998, pp. 148 y ss. Explica esta autora cómo «los pactos supusieron una ruptura con la tipicidad que caracterizó la vida jurídica romana, sin necesidad de formas ni arquetipos, las partes podían alcanzar un *pactum* sobre cualquier objeto y contenido, concluido sin fraude y respetuoso con el ordenamiento» (p. 82). *Vid.*, asimismo, P.E. VIARD, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, París, 1929; J. NAMUR, *Les pactes ajoutés aux contrats de bonne foi et spécialement aux contrats de vente*, Gand, 1883 y L. HERNÁNDEZ TEJERO, *Pactos añadidos a la compraventa*, en *Derecho romano de obligaciones en homenaje a Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 565 y ss.

el pago del precio. Es decir, se trata de una compraventa pura, no sometida a término ni condición, en la que se transmite el dominio al comprador desde el momento del otorgamiento de escritura pública quedando, sin embargo, el vendedor autorizado a permanecer temporalmente en la posesión. Se trataría de cláusulas del siguiente tenor:

No obstante la plena eficacia de la compraventa que se deja formalizada en esta escritura, convienen de manera expresa las partes compradora y vendedora que el vendedor continuará en la posesión y uso de la cosa vendida hasta el día [...], fecha en que deberá dejarla libre y expedita a favor del comprador, siendo de su exclusiva costa y cargo los gastos ordinarios de comunidad y los de los consumos derivados de los suministros de luz, agua, telefonía e internet devengados durante el expresado período de tiempo.

o bien,

el vendedor permanecerá en la posesión y uso de la cosa vendida hasta el momento en que de acuerdo con lo pactado en las estipulaciones precedentes (relativas a la fecha, medio y condiciones de pago) sea abonado por el comprador el total importe del precio aplazado. Verificado dicho pago por el comprador el vendedor deberá dejar la vivienda libre y expedita [...].

Las razones que dan lugar a la aparición de estos pactos son, como se ve, variadas, pero siempre presentan un denominador común: la prolongación de la posesión del vendedor sobre el bien objeto del contrato de compraventa una vez perfeccionado el mismo. En la mayoría de las ocasiones se trata simplemente de la concesión de un periodo de gracia al vendedor para permanecer en el inmueble vendido (por ejemplo, por no estar terminada a su vez la casa a la que proyectaba trasladarse). En otras ocasiones puede suceder que se haya querido incluir este pacto como medida para reforzar el cumplimiento de la obligación de pago del resto del precio aplazado, pues el comprador no puede disfrutar del bien adquirido mientras se mantenga el vendedor en su posesión material, y asimismo se encontrará con serias dificultades si trata de enajenarlo a terceros, al no poder declararlo libre de arrendatarios u ocupantes al tiempo del otorgamiento de la escritura, so pena de cometer un delito de falsedad documental². Y por último, se dan casos en los que de lo que se trata es de prestar

² Las ventajas fiscales de esta figura son evidentes si se tiene en cuenta, por ejemplo, que la condición resolutoria, cuando garantiza el pago de un precio aplazado y es, por tanto, inscribible, tributa por el Impuesto de Actos Jurídicos documentados al tipo que establezca la respectiva Comunidad Autónoma, y en su defecto al 0,50% (art. 31.2 LITPAJD en relación con la L. 21/2001 de 27 de diciembre por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas de nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y ciudades con Estatuto de Autonomía). A estas condiciones resolutorias expresas son equiparados fiscalmente los pactos de reserva de dominio cuando están vinculados al pago del precio aplazado (art. 3.2 del RITPAJD, aprobado por RD. 828/1995 de 29 de mayo). Frente a ellos, el pacto de conservar la posesión no es inscribible a tenor de los artículos 5 y 11 LH, y por lo

atención a circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, como un posible cambio de calificación urbanística, pactándose que la posesión se entregará en el momento en el que se formalice el pago del resto del precio³.

Varias son las cuestiones que se plantean y que trataremos de analizar con el recurso a las fuentes y conceptos que nos proporciona el derecho romano. En primer lugar, la del concepto posesorio del vendedor una vez transmitida la propiedad al comprador. A continuación, será necesario delimitar la naturaleza de tales cláusulas, diferenciándolas de otros derechos o situaciones con las que pudieran guardar alguna similitud. Cuestión de especial importancia será, como veremos, la protección jurídica con la que cuenta el vendedor, tanto frente al comprador como frente a terceros. Y por último finalizaremos estas breves notas haciendo alguna referencia al régimen de los gastos y a las formalidades que puede revestir la definitiva entrega de la posesión al comprador.

2. Antecedentes históricos del pacto

En primer lugar debe indicarse que los pactos de retención de la posesión como los descritos no podrían entenderse sin el recurso a la doctrina del *constitutum possessorium*⁴, en cuya virtud, el que antes poseía a título de dueño ahora tiene solamente la posesión material, doctrina que aparece reconocida en el famoso pasaje de Celso en D. 41.2.18 pr. (Cels. 23 *dig.*)⁵. Como explica Torrent⁶, en estos casos hay un cam-

tanto no tributa. Pero, como tendremos ocasión de analizar, igual de evidentes son los inconvenientes derivados de la falta de publicidad registral.

³ Res. DGRN de 8 de septiembre de 2005 y del TEAC de 20 de marzo de 2014. En la primera de las citadas se preveía en estipulación aparte la posibilidad de un cambio en el precio si la cabida de las fincas resultaba afectada.

⁴ El término *constitutum possessorium*, que no aparece en las fuentes romanas, es definido por F.C. VON SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, traduit de l'allemand par H. Staedtler, Paris, 1879³, p. 302, como la «posesión que un acto de voluntad transforma en detentación mientras que la posesión se encuentra transferida inmediatamente a otra persona». Como dice E. LLAMAS POMBO, *La compraventa*, en *La ley*, 2014, p. 392: «Nada cambia físicamente, pues nada se entrega, pero todo cambia jurídicamente, por el solo acuerdo de las partes que viene a invertir el título posesorio». Advierte la doctrina que el *constitutum* ha de ser interpretado restrictivamente. En igual sentido, M.T. ALVAREZ MORENO, *La entrega por constituto posesorio*, en *Tratado de la compraventa. Homenaje a R. Bercovitz*, II, Madrid, 2013, pp. 110 y ss. Para J. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *La tradición de fincas en instrumentos públicos*, en *AAMN*, 1943, I, p. 22, el origen del constituto hay que situarlo en las reservas de usufructo y en las garantías de tipo fiduciario en las que el deudor, después de haber enajenado la cosa a su acreedor, continuaba utilizándola a la manera de los actuales hipotecantes.

⁵ D. 41.2.18 pr. (Cels. 23 *dig.*): *Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestare ministerium*. Una relación de supuestos en los que se aplica la doctrina del *constitutum* en el *Corpus Iuris* puede encontrarse en S. RICCOBONO, *Traditio ficta*, en *ZSS*, 1912, XXXIII, p. 273.

⁶ A. TORRENT, s.v. *Interservio possessionis*, en *Diccionario de derecho romano*, Madrid, 2005, p. 487.

bio en el *animus* del anterior poseedor, que pasa a ser detentador, transmitiendo la posesión *solo animo*, sin que haya entrega material de la cosa, situación que desde la doctrina medieval se llama *interversio possessionis*.

En segundo lugar puede comprobarse como aparecen en el Digesto algunos supuestos que, aunque no coinciden exactamente con los aquí analizados, sí vienen a cumplir una función similar de garantía; se trata de aquellos pasajes en los que se reconoce al vendedor al que no se ha satisfecho la totalidad del precio el derecho a retener en concepto de prenda o cuasi prenda (*quasi pignus*) la cosa vendida en tanto el comprador no satisfaga la totalidad del precio:

D. 18.4.22 (Scaev. 2 resp.): *Hereditatis venditae pretium pro parte accepit: reliquum emptore non solvente quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur. respondi nihil proponi cur non teneantur.*

D. 19.1.13.8 (Ulp. 32 ad ed.): *Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.*

Un sector de la doctrina considera que ambos pasajes han sido objeto de interpolaciones y ha tratado de delimitar su alcance original⁷. Sin embargo, más recientemente se ha tratado de devolver la autenticidad de la referencia a la prenda, puntualizando que, aunque no puede hablarse de una prenda en sentido técnico – se trataría entonces de una prenda sobre cosa propia –, sí existen importantes analogías entre su régimen y el del derecho de retención del vendedor⁸. Cabe señalar, en este sentido,

⁷ Respecto al primero de los pasajes transcritos considera E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I, *Fonti e casi*, Milán, 1947, pp. 256 y ss., que el *non* constituye una interpolación justiniana. El texto original recogería la postura de Escevola, que no encontraba elementos para admitir la prenda, pues en derecho clásico requeriría haberse convenido expresamente, y la prenda legal en esa época era desconocida. En una hipótesis similar el derecho clásico concedía al vendedor antes de la entrega de la cosa vendida la *exceptio non adimpleti*, y después la *actio venditi*. A Justiniano no le gustó la respuesta de Scaevola e introdujo un “no”. En igual sentido, J.C. ADAME GODDARD, *Libro XVIII del Digesto (Sobre la compraventa)*, México, 1993, nota 155 y Krüger, al que cita. Por su parte S. VIARO, *L'eccezione di inadempimento nell'emptio venditio*, en *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova, 2007, pp. 787 y ss., entiende que el fragmento es coherente con lo afirmado en otros pasajes: si Escevola se plantea el problema de individualizar sobre qué bienes materiales va a recaer el derecho (ya una vez asimilado al *quasi pignus*) del que goza el vendedor, esto significa que tal derecho viene dado por pacífico, revistiendo una validez general.

⁸ S. VIARO, *L'eccezione di inadempimento nell'emptio venditio*, cit., pp. 841 y ss. La autora se refiere en concreto a la responsabilidad del comprador por hurto, a la indivisibilidad de las prestaciones y a la posibilidad de liberarse ofreciendo la totalidad del precio. En nuestra doctrina admite la retención de cosa propia I. MATEO Y VILLA, *El derecho de retención*, Cizur Menor, 2014, p. 117 poniendo como ejemplo el del vendedor se niega a entregar la cosa vendida o alguno de sus accesorios al comprador en tanto este último no verifique el pago del precio.

que el artículo 758 del vigente Código civil portugués atribuye al retentor de bienes muebles los mismos derechos y obligaciones del acreedor pignoraticio (salvo en lo que respecta a la substitución o refuerzo de la garantía).

Se ha destacado también que estos fragmentos, junto a otros que podrían citarse⁹, constituyen en el fondo supuestos de *exceptio non adimpleti contractus*¹⁰. Un ejemplo de esta excepción nos lo ofrece el D. 18.1.78.2:

D. 18.1.78.2 (Lab. 4 post. a Iav. epit.): *Qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur ei possessio, duobus heredibus relictis decessit. si unus omnem pecuniam solverit, partem familiae herciscundae iudicio servabit: nec, si partem solvat, ex empto cum venditore agat, quoniam ita contractum aes alienum dividi non potuit.*

Como puede verse, se trata de un contrato de compraventa en el que se pacta que el adquirente sólo entrará en posesión del fundo tras el pago del precio y se plantea el problema de si habiendo pagado el coheredero del comprador sólo su parte, puede dirigirse contra el vendedor a través de la *actio empti*. Labeón da una respuesta negativa alegando que la contraprestación de la compraventa no es susceptible de división (sin perjuicio de su derecho a dirigirse contra el otro heredero a través de la *actio communi dividundo*)¹¹.

⁹ Concretamente E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I, cit., pp. 263 y ss., además de los dos citados, recoge los siguientes: D. 21.1.31.8 (Ulp. 1 ad ed. aed. cur.): *Idem Marcellus ait non posse alterum ex dominis consequi actione ex empto, ut sibi pro parte venditor tradat, si pro portione pretium dabit: et hoc in emptoribus servari oportere ait: nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet, quoad emptor satisfaciat*. D. 21.1.57 pr. (Paul. 5 quaest.): *Si servus mancipium emit et dominus redhibitoria agat, non aliter ei venditor daturus est, quam si omnia praestiterit quae huic actioni continentur et quidem solida, non peculio tenuis: nam et si ex empto dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequitur*. D. 47.2.14.1 (Ulp. 29 ad Sab.): *Adeo autem emptor ante traditionem furti non habet actionem, ut sit quaesitum, an ipse subripiendo rem emptor furti teneatur. et Iulianus libro vicensimo tertio digestorum scribit: si emptor rem, cuius custodiam venditorem praestare oportebat, soluto pretio subripuerit, furti actione non tenetur. plane si antequam pecuniam solveret, rem subtraxerit, furti actione teneri, perinde ac si pignus subtraxisset*.

¹⁰ Según señala E. NARDI, *loc. ult. cit.*, Justiniano era adicto a lo que califica de “prendamanía”, trayendo al ámbito de la prenda también la *exceptio non adimpleti* del vendedor y declarándola una cuasi prenda. Por ello considera que la mayoría de los pasajes en los que se califica de *quasi pignus* la facultad retentoria del vendedor son añadidos justinianos. Si la idea de Justiniano – añade – no ha encontrado una mayor virtualidad se debe a que también ha querido dejar formalmente al vendedor la propiedad de la cosa.

¹¹ S. VIARO, *L'eccezione di inadempimento nell'emptio venditio*, cit., pp. 816 y ss., quien concluye que del 18.1.78.2 no pueden extraerse conclusiones acerca del orden de ejecución de las prestaciones de la compraventa. La presencia de una *lex contractus* impide que se pueda admitir tanto la teoría que deduce *a sensu contrario* la ejecución simultánea (por lo que la inserción de la cláusula buscaría su distanciamiento temporal), como de la inversa, según la cual el orden de ejecución sería primero la entrega de la cosa y después pago del precio. Si la cláusula típica se limitara a repetir la práctica habitual – añade esta teoría – Labeón no habría basado su parecer en el marco temporal de la ejecución de las obligaciones, sino en la divisibilidad o no de lo pactado. A juicio de la citada autora el fragmento representaría una fase en la que, decaída la costumbre de insertar un compromiso prestado *verbis* por el comprador, el vendedor se aseguraba con la inclusión de una particular *lex venditionis* que lo autorizase a rechazar el

La situación se complicaba en el derecho justiniano, puesto que la propiedad no se entendía transmitida al comprador hasta que se hubiera satisfecho la totalidad del precio, o se hubieran dado garantías personales o reales, o si el vendedor se hubiera fiado del comprador, según se dispone en I. 2.1.41¹².

De este modo, concluye Nardi, en el período justiniano coexistía la *exceptio non adimpleti*, calificada de cuasi prenda, con el principio de que no obstante la entrega de la cosa vendida la propiedad no pasa al comprador hasta que no se haya pagado el precio. Se trataría – añade – de una propiedad larvada, a puro título de garantía del precio, que no tiene más que el contenido de una hipoteca legal. La diferencia principal entre los pactos de reserva de posesión en la compraventa y los pasajes recogidos radica, pues, principalmente, en que en derecho justiniano la propiedad no queda transmitida al comprador hasta que haya cumplido por completo su prestación, a pesar de que en ambos casos el vendedor retiene la posesión hasta el pago del precio.

En la búsqueda de antecedentes históricos a los pactos de reserva de posesión es necesario examinar la práctica de las retenciones de usufructo. Efectivamente, en la colección de documentos de Ravena se constata, a partir de la segunda mitad del siglo VI (por tanto, bajo dominio bizantino y vigente ya la compilación justiniana) una práctica consistente en pactar en los *instrumenta venditionis* una reserva de usufructo temporal a favor del vendedor, por plazos brevísimos, con el ánimo de evitar el requisito de la *traditio*¹³. Algún autor no excluye que tal práctica se haya podido

cumplimiento de su obligación en tanto no hubiese recibido la suya, tratando de reproducir lo que en época más antigua habría operado según la *expromissio nummorum*. La continua inserción de cláusulas análogas a la descrita por Labeón podría haber conducido a configurar como un elemento natural del régimen de la compraventa el derecho a retener la cosa vendida hasta el pago del resto del precio.

¹² *Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. sed et si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.* Para V. ARANGIO-RUIZ, *La compraventa en diritto romano*, II, Nápoles, 1956, pp. 276 y ss. la regla pertenece al período postclásico vulgar, influenciado en Oriente por las concepciones helenísticas, pero surgido también en Occidente por el sentimiento jurídico popular, que siempre tiende a representar la compraventa como el cambio inmediato de cosa contra precio. Varios textos de la antigua jurisprudencia habrían sido manipulados en este sentido, aprovechando la antigua norma de la Ley de las XII Tablas por la que la garantía por evicción, en la forma de *auctoritas*, nacía de la *mancipatio* si el precio había sido efectivamente pagado o garantizado. En este mismo sentido fueron modificadas las *Res cottidianae*. Rechazando esta nueva tendencia, los compiladores de las Instituciones de Justiniano transcribieron el pasaje de estas últimas pero lo neutralizaron con la afirmación de que la propiedad pasa también al comprador cuando el vendedor se fie de este; y del mismo modo corrigieron el pasaje de Pomponio reproducido en D. 18.1.19 (Pomp. 31 *ad Quint. Muc.*); despreocupándose de corregir otros textos igualmente glosados, que sin haber sufrido precedentes manipulaciones, ignoraban la regla, e incluso incluían en el *Codex* rescriptos imperiales que explícitamente la condenaban. *Vid.* también F. DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford, 1966, pp. 37-38.

¹³ Sobre estos documentos *vid.* E. SPANGENBER, *Iuris Romani tabulae negotiorum sollemnium, modo in aere, modo in marmore, modo in charta superstites*, Lipsiae, 1822; *Fontes Iuris Romani Antejustiniani. Pars tertia. Negotia*. Edidit VINCENTIUS ARANGIO-RUIZ. *Editio altera appendice aucta*, Florentiae 1972,

producir con anterioridad, aunque no quede constancia de ello¹⁴. Las reservas de usufructo se llegaban a pactar por treinta¹⁵, diez¹⁶ o incluso cinco días¹⁷.

Un ejemplo de tales cláusulas lo encontramos en el siguiente *instrumentum emptionis* de Ravena, del año 591 d.C:

De qua uero uenditione q(uo)q(ue) s(upra)s(cripti) uenditores quinquem dies usumfru|ctum sibi retenuerunt, quod denuo emptori pro sollemnem tra||ditionem constauit, d(o)l(o) m(al)o uim metum & circumscrib|tione cessante.

En el mismo documento el vendedor autorizaba, además, la inscripción en los *gesta municipalia* sin necesidad de una nueva declaración¹⁸:

[...] de quibus unciis superius desingantis sibi sstus venditor usufructum retenuit dierum triginta, quod possit emptori, ut leges censet [...] sollemni traditione constare et Gestis allegandi municipalibus concessit licentiam, non denuo iniqua eius professione.

Ahora bien ¿cuál era la finalidad concreta perseguida mediante la inserción de estas cláusulas? Porque, evidentemente, la verdadera intención de las partes no sería la de constituir un auténtico derecho real de uso y disfrute de tan corta duración temporal. No sólo no existen pruebas de que el precio no haya sido pagado en la realidad, sino que los documentos insisten reiteradamente en hacer constar el pago¹⁹;

n. 140, pp. 446-450; R. KIRCHER, *Zur Geschichte des ravenatischen Kaufvertrags*, en ZSS, 1911, XXXII pp. 100 y ss.; A. ERHARDT, *Byzantinische Kaufverträge in Ost und West*, en ZSS, 1931, LI, pp. 128 ss.; E. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, Filadelfia, 1951, pp. 144 y 150 y ss.; G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica (Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990)*, I, Milán, 1991, especialmente, pp. 66 y ss.; P. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, en IURA, 1987, XXVIII, pp. 86 y ss. y R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Anotaciones al instrumentum venditionis en algunos documentos del siglo VI*, en LHR, 1999.

¹⁴ E. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, p. 144.

¹⁵ E. SPANGENBER, *Iuris Romani tabulae negotiorum sollemnium, modo in aere, modo in marmore, modo in charta superstites*, cit., pp. 278-280: *Instrumentum venditionis Deusdedit* (fines del siglo VI) y pp. 273-278: *Instrumentum venditionis Domnini* (572 d.C.).

¹⁶ E. SPANGENBER, *Iuris Romani tabulae negotiorum sollemnium, modo in aere, modo in marmore, modo in charta superstites*, cit., p. 286: *Instrumentum venditionis anonymi cujusdam*, (616-619 d.C.).

¹⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, III, cit., p. 446: *Instrumentum venditionis Rusticianae* (591 d.C.); E. SPANGENBER, *Iuris Romani tabulae negotiorum sollemnium, modo in aere, modo in marmore, modo in charta superstites*, cit., pp. 282-286.

¹⁸ Como subraya R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Anotaciones al instrumentum venditionis en algunos documentos del siglo VI*, cit., p. 230.

¹⁹ R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Anotaciones al instrumentum venditionis en algunos documentos del siglo VI*, cit., p. 233; A. BISCARDI, *La prassi delle influenze provinciali sulla regola 'emptio dominium transfertur' nella realtà giuridica del tardo impero*, en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica (Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990)*, II, Milán, 1991, pp. 455 y ss., al describir la práctica del derecho griego y helenístico indica que como la transferencia

efectivamente, en ellos aparece no solo la declaración del vendedor, sino también la de los testigos de que se ha recibido el precio.

Para resolver la cuestión se hace necesario recordar algunas disposiciones imperiales en materia de donación y compraventa. En primer lugar, Constantino, deseando a la vez proporcionar certeza jurídica a las donaciones y facilitar el cobro de impuestos, había dictado un decreto en el 323 (posteriormente recogido en CTh. 8.12.1) estableciendo, entre otros requisitos, la necesidad de una entrega corporal en las donaciones. En el 415 Teodosio II desaprueba la omisión que se venía haciendo de tal requisito y dispone que en el caso de las donaciones se entendía equivalente a la entrega incluso la retención de usufructo (CTh. 8.12.8)²⁰. Con posterioridad, Justiniano, en su propósito de restaurar el derecho clásico y la obligatoriedad de la entrega para la adquisición de la propiedad, hizo extensiva esta norma a las compraventas, y así aparece recogida en C. 8.53(54).28:

C. 8.53(54).28 (*Impp. Honorius et Theodosius AA. Monaxio pp.*, a. 417): *Quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando vel vendendo usum fructum eius retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, ne quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omnimodo idem sit in his causis usum fructum retinere, quod tradere*²¹.

de dominio en la compraventa griega se verificaba mediante el pago del precio, para obviar los inconvenientes prácticos en cuanto el comprador muchas veces quería adquirir la propiedad sin haber pagado el precio por completo, se recurría a una declaración ficticia de que el vendedor había recibido el precio (con un pacto suplementario de intereses). Pero esa no parece ser la praxis que reflejan los contratos de Ravena.

²⁰ Vid. también CTh. 8.12.9: *Idem AA. Monaxio P(raefecto) P(raetori)o. Legis a nobis paulo ante latae cetera quidem cautio necessaria nobis admodum visa est, sublata vero in donationibus species traditionis, quam olim retentio ususfructus induxerat, non sine magna ratione desiderata est, cum observationem iuris contrahere potius quam propagare debeamus. Ideoque ius pristinum renovamus, ut quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando usumfructum eius retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omni modo idem sit in his causis usumfructum retinere quod tradere*. Sin embargo, tan solo dos años después tal requisito es derogado (CTh. 8.12.9). A juicio de E. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., p. 144, la práctica de las retenciones de usufructo ficticias en la época postclásica no habría constituido en modo alguno regla general, pues de lo contrario los trabajos preparatorios del CTh. 8.12.1 no habrían desperdiciado la ocasión de denunciar la donación con retención de usufructo como simulación.

²¹ E. LEVY, *loc. ult. cit.* Para este autor no es probable que Justiniano quisiera aprobar la regla de que un usufructo ficticio dispensara de la *traditio*, pues ello destruiría el principio general de la necesidad de la entrega por el que tan expresamente se había pronunciado. Los compiladores no consideraban que el consentimiento fuera suficiente para la transmisión de la propiedad, pero no abrieron sus mentes a la realidad de su tiempo. Ignorando la costumbre de prescindir de la entrega material – y ello tanto en el este como en el Oeste – se olvidaron de las salidas que dejaban abiertas para una interpretación que deseara ignorar tal *traditio*, y se habrían indignado si se hubieran dado cuenta de que una cláusula vacía sobre la retención de usufructo fuera suficiente para destruir su principio, o si comprobaran que el C. 8.53.1 abría las puertas a una *traditio per chartam*. Lo que no quiere decir – continúa – que estas “maquinaciones” no fueran familiares en la práctica, como deduce de los documentos de Ravena a los que nos estamos refiriendo. Este abuso tendría una larga vida, aunque las fuentes no dejan ver si esta

Así se entiende la práctica de los usufructos de treinta días o menos que documentan los *instrumenta venditionis* de Ravena. No se pretendía en absoluto establecer un derecho real de uso y disfrute. Lo que ocurre es que la legislación de Justiniano establecía la necesidad de una *traditio* para la transmisión del dominio (C. 2.3.20 [*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Martiali*, a. 293]: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*). El expediente legal para lograr esta transmisión en el momento del otorgamiento del *instrumentum*, si no se quería efectuar una entrega real, era la de acudir a una reserva de usufructo, que por virtud del C. 8.54.8 quedaba equiparada a una *traditio* material. En suma, la entrega se entiende hecha a través del mismo pacto de reserva de usufructo, culminando así el proceso de espiritualización de la *traditio*²². De este modo, los contratos de Ravena con pacto de reserva de usufructo transmiten por sí mismos la propiedad sobre el objeto vendido. De ahí también la insistencia en demostrar la realidad del pago, puesto que también bajo el régimen de Justiniano era requisito necesario para la transmisión dominical²³ (I. 2.1.41, aunque, como es sabido, sería suficiente la *fidem emptoris secutus fuerit*).

En cualquier caso, la propiedad se entendía transmitida al comprador mientras que se difería su puesta en posesión material, como ocurre en la actualidad cuando en un contrato de compraventa se incluye un pacto de reserva de posesión. Ahora bien, no hay pruebas de que con estas reservas de usufructo se esté concediendo un aplazamiento al comprador²⁴, más bien la impresión es justamente la contraria.

Por último, hace referencia Levy a la *Lex Romana Burgundiorum*, 35.2 (*Vinditionem vero ex hoc maxime ius firmitatis accipere, si traditione celebrata possessio fuerit subsecuta; si vero post possessionem dierum aut mensium praecaria fuerit subsecuta, ut ille*

práctica fue alguna vez sancionada por la legislación. Así, por ej., en el régimen de Chindasvinto (y más tarde en las Partidas) se da por sentado que el usufructo es vitalicio.

²² G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., p. 69; R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Anotaciones al instrumentum venditionis en algunos documentos del siglo VI*, cit., p. 233. Explica esta autora que, fuera de estos casos de *traditio ficta*, era preciso la confección por el notario de una *epistula traditionis*, su entrega a la Curia, juntamente con el *instrumentum venditionis*, y su consiguiente aceptación por el comprador, lo que demostraría que se ha recibido la cosa y se ha adquirido la propiedad. S. RICCOBONO, *Traditio ficta*, cit., pp. 259 y ss., señala que Justiniano, al entender hecha la *traditio* en caso de reserva de usufructo *iure intelligi fieri*, no recurre al *constitutum possessorium*, por considerar que la autoridad imperial podía siempre determinar *recta via* los efectos jurídicos de los actos privados sin necesidad de recurrir a construcciones artificiosas. El mismo autor (S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, en ZSS, 1922, XLIII, pp. 262 y ss.) concluye que, si bien Justiniano exige como regla general para la transmisión el requisito de la *traditio*, en la práctica ésta había dejado de ser un acto material y se había convertido en una *res iuris*, como consecuencia de su deformación en las provincias orientales, quedando reducida en los documentos a darse como cumplida sin haber tenido lugar en la realidad; por lo que en la sustancia en el derecho justiniano es el consentimiento el que opera la transferencia de la propiedad. En contra, como hemos visto, E. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, loc. ult. cit.

²³ R. KIRCHER, *Zur Geschichte des ravennatischen Kaufvertrags*, cit., p. 114. El hecho de que la entrega de la escritura al comprador se equiparase a la transferencia jurídica del inmueble, explicaría precisamente el enérgico énfasis de los documentos en indicar que el interés del vendedor había sido satisfecho.

²⁴ R. KIRCHER, *Zur Geschichte des ravennatischen Kaufvertrags*, cit., p. 115.

iterum rem videatur possidere, qui vindedit, documenti professio firmitatem praecariae possessionis obteneat) en la que se refleja la situación de la posesión que ha pasado inicialmente al comprador – y en esto se diferencia de los pactos que al principio de este trabajo se describían – pero que vuelve posteriormente al vendedor para una tenencia temporal (posesión precaria). El comprador, para estar a salvo de las interferencias del vendedor tendría que procurar la redacción de un documento en el que se certificara que la posesión del vendedor sólo era precaria.

La situación que nos ofrece nuestra legislación medieval es la siguiente. Por un lado interesa reseñar como contemplan las Partidas la situación del *constitutum possessorium*²⁵:

P. 3.30.9: *Que si alguno enagenau su cosa, o la arrienda de otro, pierde la possession della. Enagenan los omes los vnos a los otros sus heredamientos a las vegadas, a tal pleito, que retienen para si en toda su vida el vsofruto dellos, o después que los han enagenado, ante que apoderen dellos a aquellos a quien los enagenaron, arriendanlos de los compradores. E en qualquier destos casos dezimos, que gana la possession de la cosa aquel a quien es enagenada, e aun ha el señorío en ella, bien assi como si fuesse apoderado corporalmente della. Esso mismo seria, si aquel que enagenaua la cosa, dixesse: Otorgo, que de aquí adelante tengo la possession della en vuestro nombre.*

Como puede verse, en primer lugar se contemplan supuestos de compraventas con pacto de reserva de usufructo (a semejanza del C. 8.54.28), presuponiéndose, eso sí, que el usufructo se pacta por toda la vida del donante. A continuación, se alude a contratos de compraventa en los que el vendedor continúa como arrendatario. La ley se encarga de precisar que, aunque no haya sido puesto el comprador en la posesión material del bien en cuestión, sí le queda traspasada la posesión civil, entendida esta, según P. 3.30.2 como la que se tiene *maguer non sea tenedor de la cosa corporalmente, serlo ha en la voluntad, e en el entendimiento, e valdrá tanto como si estoviesse en ella por si mismo*.

Comprobamos como ya existe pues, al tiempo de las Partidas, un esquema contractual en ciertas compraventas en el que el trinomio posesión natural-posesión civil-propiedad en ocasiones puede quedar estructurado en la misma manera que en los pactos que nos muestra la práctica actual, es decir, la posesión (civil) y “aun el señorío” son del comprador, *como si fuesse apoderado corporalmete della*, pasando el vendedor a poseer en nombre de otro (*tengo la possession della en vuestro nombre*).

Llama la atención el inciso final, *Esso mismo sería si aquel que enagenara la cosa dixesse: Otorgo, que de aquí adelante tengo la possession della en vuestro nombre*, puesto que no se expresa la causa por la que el vendedor pasa a poseer en nombre del comprador. Se admite, pues, la constitución de un *constitutum possessorium* abstracto, por

²⁵ Las Siete Partidas del sabio rey Don Alonso el Nono con las variantes de más interés y con la glosa del Licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias, II, Barcelona, 1844.

lo que, en principio, nada impediría incluir aquí un pacto con finalidad de garantía. Es más, en la glosa de esta ley Gregorio López se plantea concretamente el problema de si el que vende una cosa, la retiene en calidad de prenda por razón del precio (en unos términos muy similares a los empleados en D. 19.1.38 [Cels. 8 *dig.*]) se entenderá que ha traspasado la posesión, dando una respuesta afirmativa, con apoyo en la doctrina de los glosadores.

Lo que plantea más dudas en este caso es si se puede entender transferido el dominio al comprador en esa circunstancia. Hay que recordar en este punto que lo dispuesto en I. 2.1.41, pasa, con algunas modificaciones, a nuestras Partidas:

P. 3.28.46: *Que el señorío de la cosa pasa á aquel que apoderan della quando la ha por compra ó por otra razón derecha [...]: empero el que así hobiese vendido su cosa á otro et lle apoderase della, si el comprador non hobiese pagado el prescio, ó dado fiador, ó peños ó tomado plazo cierto para pagar, por tal apoderamiento como este non pasarie el señorío de la cosa á él fasta que el prescio pagase. Mas si fiador o penos hobiese dado, ó tomado plazo para pagar, ó si el vendedor se fiase en el comprador del prescio, entonce pasarie el señorío de la cosa á él por el apoderamiento, maguer el prescio non hobiese pagado; empero serie tenudo de lo pagar.*

Como puede verse la principal modificación es la de añadir un nuevo supuesto en el que la propiedad puede pasar al comprador aun sin haber pagado el precio, y es la de “haber tomado plazo para pagar”²⁶. Con ello se sigue ahondando en dejar cada vez menor virtualidad práctica a la regla de que el pago del precio (o el ofrecimiento de garantías) es requisito para la transferencia de dominio, camino ya iniciado por los compiladores justinianeos al introducir la excepción *fidem emptoris secutus fuerit*.

Sin embargo, son los Fueros de Valencia los que contemplan de forma más clara los pactos de retención posesoria, en sede de donaciones, pero haciéndolo extensivo a la compraventa y a otras enajenaciones:

FRV, 8.6²⁷: *Si alcuna cosa serà venuda o donada o escambiada a altre o per qualque justa rahò alienada, de mantinent que la venda serà feïta o la donació, la senyoria d'aquella cosa és guanyada a aquell que la cosa haurà comprada o a qui serà donada o escambiada o per qualque justa rahó la haurà, jatsia ço que la cosa corporalment a ell no sia liurada. Car la possessió és de mantinent a ell guaanyada. Si doncs primerament altre no pendrà*

²⁶ En caso de duda, se presume dado plazo con el mero hecho de haber entregado el vendedor la cosa al comprador. Se pregunta el glosador si el vendedor podría reivindicar la cosa si habiendo concedido al comprador para pagar el solo plazo de diez días, no hubiera pagado en dicho término, a lo que da una respuesta negativa salvo “si el comprador no hubiera tomado posesión de la cosa en virtud de la facultad que para ello le había concedido el vendedor”. En dicho caso, podrá el vendedor quitársela y ocuparla de nuevo en nombre propio, por más que la retuviese en el del comprador, desde que este obtuvo la expresada facultad.

²⁷ Recopilación de J. PASTOR, *Fori Regni Valentiae*, Valencia, 1547-1548. Cfr. asimismo la versión recogida por P. LÓPEZ ELUM, *Los orígenes de los furs de Valencia y de las Cortes en el siglo XIII*, Valencia, 2001.

aquella possessió o no la tindrà; car per lo consentiment que és feït de les parts, la possessió d'aquella cosa és guanyada a aquell, jasia ço que de mantinent aquella cosa que és donada o venuda no sia corporalment liurada.

En aquest fur enadeix lo senyor rey que en les vendes ne els cambis que feïts seràn entre alguns que guanyà la senyoria lo comprador o aquell qui fa lo cambi, mas no entre en possessió tro que haje pagat lo preu al venedor o a l'escambiador o assegurat a sa voluntat.

En la edición de 1580 de Tاراçona²⁸ comprobamos cómo se vuelve a utilizar la terminología de retención de usufructo empleada en el *Codex*²⁹:

L. II, CXIII. *En qualseuol donacio, venda, o altra altenacio feta per lo que tenia la cosa comprada, donant lo acte de la compra, val tant como si donaua la possessio de la cosa. Y si la cosa passa en senyoria del donatari, o comprador, en hauent pagat, o assegurat lo preu, guanya la possessio, encara que no lis done corporalment, si altre no la haura presa, o tindrà primer. Y si lo donador, o venedor se retingue lo usufruyt de la cosa, aquell acabat, entense que la cosa sia liurada al donatari, o comprador, encara que no sia conuengut.*

La práctica de compraventas en las que se pactaba una retención de usufructo, o constituto, o precario a favor del vendedor debió de dar lugar en la Edad Media a frecuentes abusos, haciéndose necesario proteger a los sucesivos adquirentes que compraban de alguien que aparecía como poseedor desde largo tiempo. Posiblemente con el propósito de que no se alegara frente a un segundo comprador la existencia de una primera compraventa en la que el vendedor seguía poseyendo en virtud de un pacto de constituto o de precario y proteger así la seguridad del tráfico, habría dispuesto Fernando II de Aragón en 1495 en Tarazona lo siguiente:

Fuero II: *De emptione et venditione. Porque con vendiciones, ó otras alienaciones fictas los verdaderos creadores y compradores, no sean defraudados. Por tanto de voluntad de la Cort statuymos, que si persona alguna venderá, ó alienara sus bienes [...] y el ó los havientes derecho, ó causa del, reterna en si la possession natural, real, y actual, é de fecho, de los dichos bienes por tiempo de tres años continuos, o la mayor parte dellos inmediamet siguientes, apres fecha la dicha vendicion. E assi teniendo, é possiendo los dichos bienes aquellos, ó parte dellos obligara, ipothecara, empeñara, ó trahudo formara, y aquellos obligara: que en tal caso probando el dicho creador por confession de aquel en quien será fecha dicha alienación, ó de sus successores, cartas publicas, ó por testimonio, como el dicho alienant empues fecha la dicha alienación, ha posseydo por tiempo de los dichos tres años, ó la mayor parte dellos actualmente corporal, y de fecho: y no por precario, ó acto ficto, los dichos bie-*

²⁸ P.H. TARAÇONA, *Institucions dels furs y privilegis del regne de Valencia eo summari e reporti de aquells*, Valencia, 1580.

²⁹ La concordancia entre Los Fueros de Valencia y C. 8.53.28 en este punto ha sido puesta de manifiesto por A.M. BARRERO, *El derecho romano en los Furs de Valencia de Jaime I*, en *AHDE*, 1971, XLI, p. 657.

Pacto de retener la posesión en la compraventa. Antecedentes históricos

nes pueda exercir y demandar todos sus derechos y acciones, en, y sobre dichos bienes á el obligados, no obstant la dicha tal vendicion, ó alienación ante fecha por el dicho obligant, como si aquella fecha no fuesse, no obstant cualquier clausula, ó clausulas de precario, ó de constituto en la dicha alienación contenidas, é aunque el dicho alienant en el dicho contracto otorgue tener, é posseyer aquellos por el dicho comprador, pues realment acutal, y de fecho, y no por actos fictos aquel, ó successores suyos en quien la dicha alienación será fecha, no tenga la dicha natural possession de los dichos bienes á el alienados: quanto á otros fines, y efectos la dicha alienacion romanient en su eficacia, é valor.

Y continúa la larguísima disposición declarando la validez de la segunda venta con entrega de posesión en los términos más contundentes:

Para los cuales fines, y efectos qualesquiere vendiciones, donaciones, ó otras alienaciones, queden sanas, é illesas, y esten en su plena eficacia, é valor, assi, y en tal manera que por seyer repelidas en el dicho juicio, é execucion, no le sea fecha lesión, ni perjuicio alguno en otro qualquiere juicio á otros fines, y efectos. Esto mesmo haya lugar si el vendedor teniendo en si la dicha possession de los dichos bienes por el assi alienados apres de la dicha vendicion, alienara aquellos en otra persona ó personas en las quales traspassara realment, actual, y de fecho la real, y actual possession de los dichos bienes, que este segundo en quier será realment, y de fecho traspassada la dicha possession, sea preferido al primero: y el tal primero de la tal alienación, no se pueda alegrar contra el dicho segundo, é habientes derecho, y causa del en los dichos bienes³⁰.

En resumen, que si uno vende una cosa y la retiene en su poder por espacio de tres años – o la mayor parte de ellos – y después la vende a otra persona distinta, el segundo comprador es el que se reputa dueño de ella, aun cuando en el contrato figuren las cláusulas de precario y constituto³¹.

3. Concepto posesorio del vendedor

En primer lugar es necesario volver a la distinción entre posesión natural o mera detentación y posesión civil, con ánimo de poseer la cosa en concepto de dueño;

³⁰ Disposición recogida por E. PEÑA, *Recopilación por orden de materias de los Fueros y Observancias vigentes en el antiguo reino de Aragón, adicionada con la Jurisprudencia del tribunal supremo de Justicia y precedida de un prólogo del Excmo. Sr. D. Joaquín Gil Bergues*, Zaragoza, 1880.

³¹ En la recopilación de E. PEÑA, *Recopilación por orden de materias de los Fueros y Observancias vigentes en el antiguo reino de Aragón*, cit., p. 242, vigente ya la Ley Hipotecaria, anota el autor que es de suponer que cuando se trata de inmuebles difícilmente tendrá lugar esta disposición, por cuanto con arreglo a la ley Hipotecaria hay que inscribir en el Registro de la propiedad las escrituras de venta, con lo que el comprador tiene asegurado su derecho; pero que transcribe esta disposición foral por si pudiera suceder aun que rarísimas veces.

distinción que, a través de un largo recorrido histórico³², llega al artículo 430 del vigente Código civil en el que se define la posesión natural como *la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona*, y a la posesión civil como *esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos*. La distinción ha sido repetidamente recogida en nuestra jurisprudencia. Así, conforme a la STS 593/2008 de 26 de junio:

El artículo 430 no dispone un concepto unitario de la posesión, y distingue entre la posesión natural y la civil; según destacada doctrina científica, ambas posiciones se caracterizan por consistir en la tenencia de una cosa y el disfrute de un derecho (“corpus”) y se diferencian en la intención de haber la cosa o derecho como suyos (“animus”), sólo aplicable a la posesión civil;

³² Recordamos cómo en la época clásica del derecho romano se podía clasificar la posesión en civil (*possessio* adquirida en base a una *iusta causa* que, como base para la adquisición de la propiedad debía integrarse en la buena fe; cfr. A. TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 934), *ad interdicta* (posesión que goza de la protección interdictal conferida por el pretor como situación de hecho, y en la que se da la existencia en el sujeto que posee del *animus domini*, o intención de poseer la cosa como dueño, o la intención de poseerla para sí, *animus rem sibi habendi*) y natural (referida a aquellas situaciones en las que a pesar de mantener el sujeto una relación con la cosa, los juristas negaban la existencia de una situación posesoria, cfr. A. TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 937); pero que ya en época justiniana se pasó a distinguir únicamente entre posesión natural y civil. Resulta sugestiva la teoría de C. FUENTESECA, *Posesión mediata e inmediata*, Madrid, 2002, que parte de una única concepción de la posesión dividida en funciones: la que conduce a la usucapión y la destinada a aprovechamientos diversos. En nuestro derecho histórico, la distinción romana entre posesión natural y civil aparece recogida en las Partidas. Así, la P. 3.30.2: *Quantas maneras son de posesión. Ciertamente dos maneras hi ha de posesión: la una es natural et la otra es por otorgamiento de derecho á que llaman en latín civilis. Et la natural es quando home tiene la cosa por sí mesmo corporalmente, así como su casa, ó su castiello, ó su heredad ó otra cosa semejante estando en ella: et la otra à que llaman civilis es quando algunt home sale de casa de que él es tenedor, ó de castiello, ó de heredad ó de otra cosa semejante, non con entendimiento de la desamparar, mas porque non puede home siempre estar en ella; ca entonce maguer non sea tenedor de la cosa corporalmente, serlo ha en la voluntat et en el entendimiento, et valdrá tanto como si estodiese en ella por sí mesmo*. Por su parte, el Código de Napoleón prescinde de la distinción posesión civil-natural y emplea la distinción entre posesión en nombre propio y en nombre de otro, al definir la posesión en el artículo 2228 como *la detencion ó el goce de una cosa ó de un derecho que tenemos ó disfrutamos por nosotros mismos, ó por otro que la tiene ó que la disfruta en nuestro nombre*. En España, el Proyecto de 1836 distinguía en su artículo 729 entre posesión natural como *mero apoderamiento u ocupación de las cosas* y civil, consistente en *el derecho y ánimo de retenerlas u ocuparlas*. El artículo 425 del Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851 parece inspirarse en el Código napoleónico al decir que *La posesión es la tenencia de una cosa ó el goce de un derecho por nosotros mismos en concepto de dueños, ó por otro en nuestro nombre*. En esta línea el artículo 435 del Proyecto de 1882 señalaba que *Posesión es la tenencia de una cosa o disfrute de un derecho por una persona*, añadiendo el 437 que *La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el tenedor dela cosa o derecho para conservarlo o disfrutarlo, perteneciendo el dominio a otra persona*. En general, la redacción del Código civil vigente ha recibido las críticas de nuestra doctrina (Castán, Albadalejo, Hernández Gil) porque, tras acoger la posesión natural entendida como tenencia a la manera de la concepción romana clásica, no la respeta luego a la hora de determinar sus efectos (por ejemplo, la expresión del 446 *todo poseedor* comprende también el natural; en la adquisición de frutos no se habla de poseedor civil sino “de buena fe” – art. 451 – y a los efectos de la usucapión y prescripción de justo título se dan no al poseedor civil, sino al que posee “en concepto de dueño”; el artículo 250.4 LEC concede legitimación para iniciar procedimiento verbal que pretenda la tutela sumaria de la posesión – antiguos interdictos – tanto al tenedor como al poseedor civil).

la doctrina jurisprudencial ha señalado que el “animus” de haber la cosa o derecho como suyos del poseedor civil equivale a poseer la cosa en concepto de dueño o el derecho en concepto de titular del mismo (entre otras, SSTs de 6 de junio de 1986 y 14 de mayo de 1994), por lo que las restantes posiciones fácticas posesorias serán únicamente de posesión natural.

Pues bien, en el supuesto contemplado el carácter posesorio del vendedor no puede ser otro que un mero poseedor natural, eso sí, de buena fe y de carácter legítimo, derivado de lo pactado por las partes en el contrato de compraventa. Su posición tendrá un carácter superior a la del precarista, pues podrá oponer a la pretensión de lanzamiento del comprador no cumplidor la *exceptio inadimpleti contractus*, excepción que no podría ser alegada por este último.

Se trata, en suma, del supuesto inverso a la cláusula de reserva de dominio. En el momento de la celebración del contrato de compraventa el comprador se convierte en propietario, pues ha habido tanto título como modo para la adquisición de dominio. La entrega se ha verificado aquí a través de una *traditio chartae* o *instrumentum*, figura que se admite a partir del período postclásico por influencia helenística. Efectivamente, la preponderancia de la escritura en esta época «llevó a considerar que la propiedad se transmitía al adquirente con la entrega de la mera documentación relativa sin necesidad de ningún acto material de entrega por parte del *tradens* ni de toma de posesión material por el *accipiens*»³³. El otorgamiento de escritura pública,

³³ Cfr. A. TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 1369. Sobre la evolución de la naturaleza de la compraventa y la transmisión de la propiedad en derecho romano y derecho altomedieval, con especial referencia a la *traditio chartae* vid. E. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., pp. 137 y ss.; M. KASER, *Compraventa y transmisión de la propiedad en el derecho romano y en la dogmática moderna*, Publicación de los Seminarios de la facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1962; R. FERNÁNDEZ ESPINAR, *La compraventa en el derecho medieval español*, en *AHDE*, 1955, XXV, pp. 293-528; J. MIQUEL, *Compraventa y transmisión de la propiedad*, en *Derecho romano de obligaciones en homenaje a Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 573-596; M.P. POLO AREVALO, *Incidencia del instrumentum en la concepción clásica de la emptio-venditio*, en *IX Congreso internacional y XI Iberoamericano de derecho Romano. El derecho comercial, de Roma al derecho moderno*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2007, II, pp. 719 y ss., y M.P. PÉREZ ÁLVAREZ, *La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del derecho privado europeo*, Madrid, 2006; M. NAVARRO CASTRO, *La tradición instrumental*, Barcelona, 1996, pp. 125 y ss. y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, cit., pp. 9 y ss. Cfr. asimismo, J. BELDA MERCADO, *Presupuestos romanísticos de la transmisión de propiedad y compraventa en la dogmática moderna*, Granada, 2001. A juicio de E. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., p. 134 es a partir del derecho romano vulgar cuando la *traditio* queda tan espiritualizada que puede entenderse efectuada con el mero acuerdo de voluntades, aunque esto no sea el resultado de una creación consciente (no obstante lo cual aclara después que lo frecuente sería la entrega de la cosa a cambio del precio en el momento del contrato, de otro modo el comprador no estaría dispuesto a pagar). Para este autor en época postclásica todavía no puede hablarse de *traditio per cartam*. La *traditio* instrumental, si bien referida a la donación, aparece en el C. 8.54.1. En el derecho histórico español, esta institución queda reflejada en el Código de Eurico, 286: *Venditio per scripturam facta plenam firmitatem. Si etiam scriptura facta non fuerit, datum praetium testibus conprobatur, et emptio habet firmitatem* que pasa literalmente a la *Lex Visigothorum*, 5.3.4; el F.J. 5.2.6, donde se recoge una ley de Chindasvinto: [...] *e si avinier por aventura que la cosa que es dada sea*

pues, en virtud del vigente 1462 C.c., equivale a la entrega de la posesión jurídica en concepto de dueño. Nuestra doctrina se ha encargado de puntualizar que la escritura pública no culmina el *iter* transmisivo cuando las partes, en la propia escritura, manifiestan una voluntad distinta³⁴. Ahora bien, lo único que se está excluyendo aquí es el efecto traditorio en lo relativo a la posesión inmediata o material, no afectando a la transmisión del dominio³⁵.

La compraventa, pues, se ha perfeccionado en todos sus elementos y se ha cerrado en todos sus efectos civiles, registrales, fiscales y catastrales. El pacto no altera, pues, la esencia del negocio de compraventa. El vendedor ostenta solamente – y en virtud de ese pacto – la posesión inmediata. Es jurisprudencia constante del Tribunal Supremo que la *traditio instrumental* admitida por el 1462 C.c., que conlleva la presunción *iuris tantum* de la transferencia de la posesión jurídica, no implica la adquisición *ope legis* de la tenencia de la misma (cfr., por ejemplo, S. de 9 de enero de 1941 y 29 de noviembre de 2013).

Esta línea argumental es mantenida asimismo por la DGRN:

lucen si es dada por escripto, non deue por ende menos valer, que estonz semeia la donación perfecta pues que a ende el escripto daquel que ie la da [...]; en P. 3.30.8: *Cómo gana home la tenencia de la cosa que le dan solamente por el apoderamiento de la carta del donadio*: “Dando algún home á otro heredamiento ó otra cosa qualquier apoderando de las cartas por que la él hobo, ó faciéndol otra de nuevo et dándogela, gana la posesión maguer nol apodere de la cosa dada corporalmente” y en las Leyes 17 y 44 de las de Toro, cuando, hablando de mejoras y mayorazgos dice: «O le oviere entregado ante escribano la escriptura dello». El artículo 1585 del Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851 presenta una importante novedad frente a la legislación anterior: no es ya la entrega de la escritura sino su mero otorgamiento, lo que cumple las funciones de la *traditio*: *Cuando por disposicion de la ley, ó por la voluntad de las partes, se haga la venta en escritura pública, el otorgamiento de esta equivale á la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare ó se dedugere claramente lo contrario*. A diferencia de él, el Proyecto de 1836 se limitaba a establecer que la entrega simbólica se verifica por medio de algún signo o señal que represente o denote la entrega verdadera; y que la entrega de las cosas incorpóreas, o sea, de los derechos se ejecuta por la tradición de los títulos de propiedad o por el uso que el adquirente hace de las cosas o derechos, consintiéndolo el dueño o propietario anterior - arts. 703 y 704.

³⁴ GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentarios al Código civil*, VII, dirigidos por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Valencia, 2013, p. 10347. Los autores se encargan de advertir sobre la confusión entre las formas legales de tradición y el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa vendida; el otorgamiento de la escritura pública presenta así una doble función: cumplir un requisito para la transmisión de derechos reales y manera de efectuar la entrega de la cosa, dejando claro que lo que se transmite con la tradición instrumental es la posesión mediata (*Vid.* GONZÁLEZ MARTÍNEZ, cit., p. 38 y M. NAVARRO CASTRO, *La tradición instrumental*, cit., p. 297); este aspecto quedaba muy claramente reflejado en la ley de Partidas antes transcrita.

³⁵ En este sentido, M. NAVARRO CASTRO, *La tradición instrumental*, cit. p. 160, y J.M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil*, IV, Madrid, 1972⁷, p. 217, aclaran que es posible que el aplazamiento derivado de lo manifestado en la escritura signifique diferir el momento de la transmisión de la posesión inmediata pero no de la mediata, poniendo los ejemplos de aplazamiento de la entrega por conservar el vendedor la cosa en calidad de arrendatario o usufructuario, casos estos de constituto posesorio y en los que no se rompería la equivalencia entre otorgamiento de la escritura y *traditio*.

La escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la tradición dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que, *a pesar de la transmisión del dominio puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega*, mas tal hecho deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar al comprador una cosa ya ajena al vendedor³⁶.

El mismo criterio diferenciador entre la puesta a disposición en el sentido del 1462 C.c. y la posesión inmediata del bien, es seguido por el TEAC (res. de 20 de marzo de 2014) a la hora de determinar el momento de devengo del IVA. En este sentido, basta para que se entienda producida la entrega jurídica de un bien que el vendedor ponga la cosa vendida a disposición del comprador, aunque materialmente no la posea. En resumen, el devengo del impuesto que proceda, según los casos (IVA o TPAJD), no sufre aplazamiento por la circunstancia del pacto posesorio, sino que se produce desde la fecha del documento.

4. Delimitación frente a figuras afines

Puesto que la finalidad práctica perseguida en cada caso es distinta, creemos conveniente diferenciar aquellos supuestos en los que la permanencia pactada a favor del vendedor en el contrato de compraventa se realiza como concesión graciosa en su favor, de aquellos otros en los que se pretende servir de refuerzo al cumplimiento de la obligación de pago.

Por lo que hace al primer caso, lo primero que se puede descartar es cualquier analogía entre esta figura y los derechos de uso o habitación (artículos 523-529 C.c.). De hecho, en las fuentes se encuentran varios supuestos de contrato de compraventa en los que el vendedor reserva tales derechos para sí o para otro³⁷. Pero, como es sabido, el uso y la habitación constituyen derechos reales, suelen constituirse por el tiempo que viva el usuario o habitacionista³⁸, son oponibles *erga omnes* e inscribibles

³⁶ Esta es la doctrina constante de la DGRN (res. de 25 de enero y 31 de marzo de 2001 y 8 de septiembre de 2005 en relación con la compraventa, y res. de 16 de mayo de 1996 en relación con la permuta). Precisa GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentarios al Código civil*, VII, cit., p. 10321, que las partes son libres para modular la obligación de entrega.

³⁷ A. MOHINO MANRIQUE, *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, Madrid, 2006, recoge los siguientes: D.18.6.19(18) pr. (Pap. 3 *resp.*) en el que, además del precio, el comprador debe respetar el derecho de habitación de los libertos del testador que se había impuesto al heredero vendedor; D. 19.1.21.6 (Paul. 33 *ad ed.*) donde el vendedor se reserva o bien el derecho de habitación o bien que se le paguen 10.000 sestericios al año durante 10 años; D. 19.1.13.30 (Ulp. 32 *ad ed.*) el vendedor se reserva una habitación para que un inquilino o colono disfrute por cierto tiempo y D. 19.1.53.2 (Lab. 1 *pith.*), en el que se exige que la reserva de habitación en la compraventa se haga nominalmente.

³⁸ D. 7.8.10.3 (Ulp. 17 *ad Sab.*).

en el Registro de la Propiedad en virtud del artículo 2.2 de la LH, mientras que a la permanencia en la posesión suele darse un plazo breve y en modo alguno reviste carácter real u oponibilidad *erga omnes*.

Más interesante resulta, en cambio, la comparación con el precario. En D. 43.26.20 (Ulp. 2 *resp.*) encontramos el supuesto inverso al contemplado: un vendedor deja en precario en poder del comprador las cosas vendidas hasta que se pague todo el precio³⁹. Podría, de este modo pensarse que el vendedor que continua en la posesión del inmueble enajenado deviene, en realidad, precarista. Efectivamente, según la STS 1205/2000 de 22 de diciembre (RJ 2000\10136):

la retención de la posesión material por el primitivo poseedor no anula el efecto traditorio de la escritura pública ya que frente a él los adquirentes estaban facultados para exigir la acción de cumplimiento de la obligación de entrega nacida del contrato o de reclamación de la posesión por su condición de precarista.

Es decir, que para el Tribunal Supremo, la posesión en la que permanece el vendedor después de otorgada la escritura pública, *a falta de otro título que se hubiere acordado*, merece la calificación de posesión meramente tolerada o precario⁴⁰. Cabe recordar aquí cómo la *Lex Romana Burgundiorum* recomendaba al comprador que con posterioridad a la entrada en posesión, volviera a traspasar ésta al vendedor, incluyera siempre una cláusula que dejase claro que la posesión de éste era a título de precario.

Ahora bien, si el precarista es perturbado en su posesión está legitimado para interponer un interdicto contra cualquiera excepto contra el concedente⁴¹. Y en nuestro caso, no se podrá negar legitimación activa al vendedor para interponer un interdicto contra el comprador que trate de perturbar su posesión antes de vencido el término fijado en el contrato o pagado el precio. Por otro lado, no podemos olvidar que el título para la posesión se encuentra en un pacto añadido al

³⁹ A. MOHINO MANRIQUE, *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, cit., pp. 55 y ss., a propósito del supuesto contemplado en D. 43.26.1 (Ulp. 1 *inst.*) explica las ventajas que este pacto suponía para el comprador, al poder este usar y disfrutar la cosa antes del pago del precio, pero con el inconveniente de la inseguridad de su posición pues el vendedor podría reclamarlo en cualquier momento. La entrega en precario constituía un acto de liberalidad del vendedor tendente a agilizar las relaciones comerciales; para el vendedor las ventajas de este mecanismo eran evidentes, pues con él se evitaban los efectos de la traditio con relación a la usucapión, pues la traditio – explica la autora – sería consecuencia del precario, no de la compraventa. El vendedor tendría a su disposición la *actio venditi* no sólo para exigir el cumplimiento de las obligaciones sino también para resolver la venta por incumplimiento (además de la *actio praescriptis verbis* en cuanto concedente).

⁴⁰ Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentarios al Código civil*, VII, cit., p. 10339. Cita esta autora la STS 31-10-51 (RJ 2364), que afirma que la posesión en la que permaneció el vendedor tras el otorgamiento de la escritura pública *sólo cabe atribuirlo a tolerancia del comprador, constituyéndose así aquel en la situación de precarista o mero tenedor material de la cosa que por haberla vendido sabe que ya no le pertenece*.

⁴¹ Cfr. A. TORRENT, s.v. *Precarium*, cit., p. 968.

contrato de compraventa. El precario, como es sabido, puede finalizar en cualquier momento que así lo decida el propietario, ejercitando la acción de desahucio; pero es difícil considerar que esto pueda suceder igualmente cuando en el contrato de compraventa se ha fijado una fecha cierta para abandonar la posesión. En realidad, la fijación de un plazo o la concreción de un uso son los elementos que nuestra jurisprudencia exige para delimitar la presencia de un comodato frente a un simple precario⁴². Cuando no se haya pactado el uso para el que se destina el bien que pasa a poder del comodatario, ni se haya concretado un plazo de duración del contrato, ha de aplicarse el artículo 1750 C.c., en cuya virtud el comodante podrá poner fin al contrato a su voluntad⁴³. Tal es la doctrina constante del TS en conflictos derivados de la atribución del uso de la vivienda como hogar familiar en una sentencia de separación o divorcio, cuando dicha vivienda la venía disfrutando el matrimonio como consecuencia de la liberalidad de algún familiar del otro cónyuge⁴⁴. A estos efectos, la expresión del uso genérico propio del inmueble (como por ejemplo “para la vivienda del matrimonio”) no es suficiente para convertir el precario en comodato.

Cuando la reserva de posesión se pacta con el propósito de convertirse en un mecanismo de refuerzo del cumplimiento del contrato por parte del comprador, se hace necesario deslindar la figura de otras garantías.

En primer lugar, la comparación debe hacerse con relación a la prenda. Efectivamente, el hecho de quedar la propiedad en manos del comprador – deudor mientras que la posesión es detentada por el vendedor – acreedor da lugar a una situación que nos recuerda a la que se producía con el *pignus datum* (en nuestro ordenamiento ob-

⁴² Advierte A. TORRENT, *loc. cit.*, cómo las fuentes clásicas que siempre consideran al precarista poseedor, no dejan de advertir sus afinidades con el comodato (D. 43.26.1.3 [Ulp. 1 *inst.*): uso gratuito de la cosa, libre revocabilidad a discreción del concedente, y fue asimismo considerado figura del *ius gentium*; pero, a diferencia del comodato, en época clásica nunca fue considerado figura contractual.

⁴³ Ya advertía el D. 43.26.2.2 (Ulp. 71 *ad ed.*): [...] *est enim natura aequum, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem.* [...]. Y, más adelante (D. 43.26.12 [Cels. 25 *dig.*]) parece que repugna a la naturaleza del precario la fijación de un plazo que haya de ser respetado por el dueño frente al precarista, considerando tal pacto nulo, pues no es lícito poseer cosa ajena contra la voluntad de su dueño: *Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in kalendas Iulias precario possideat, numquid exceptione adiuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat.* Para V. SCIALOJA, *Sopra il “precarium” in diritto romano*, Napoli, 1981, p. 17, del continuo deber de restitución inherente al *habere precario* derivaba que no podían valer los pactos añadidos que establecían un tiempo mínimo durante el cual el rogatus no podría ejercitar su facultad arbitraria de reclamar la cosa. Explica este autor que el tiempo valdría como un máximo para el concesionario, pero nunca como un mínimo para el cedente.

⁴⁴ A partir de la S.1.022/2005 de 26 de diciembre. Cfr. Por ejemplo, SSTS 1034/2008, de 30 de octubre, 1.077/2008 de 13 de noviembre, 6.321/2009, de 22 de octubre, 776/2010, de 8 de enero, o STS 4837/2014 de 3 de diciembre.

viamente no, al no ser posible la prenda sobre inmuebles). La doctrina se ha encargado de recoger en las fuentes varios supuestos de contratos de compraventa en los que se añade un pacto de prenda a favor del vendedor⁴⁵. Ya reseñamos anteriormente que los pactos detectados en el Digesto diversos de retención de la posesión “en concepto de prenda o cuasi prenda” en manos del vendedor al que no se ha satisfecho la totalidad del precio, que en realidad constituyen supuestos de *exceptio non adimpleti contractus*.

Ahora bien, la diferencia entre prenda y retención posesoria a favor del vendedor está clara. Mientras que la prenda es derecho real, la conceptualización jurídica del derecho de retención posesoria dista de estar clara. Lo que resulta pacífico es que ni concede un *ius distrahendi* a favor del retenedor⁴⁶, ni tampoco implica un desplazamiento posesorio; además, la retención, a diferencia de la prenda, no concede acción, sino excepción⁴⁷.

Puesto que los pactos de reserva de posesión no contemplan la posibilidad de resolver el contrato en caso de incumplimiento, tampoco podemos decir que contienen un pacto comisorio (1504 C.c.), inscribible según el artículo 11 LH como condición resolutoria expresa. Y con relación a la compraventa con pacto de reserva de dominio a favor del vendedor, ya hemos señalado anteriormente que constituye el supuesto justamente inverso. Si en la reserva de dominio la propiedad sigue siendo del vendedor en tanto en cuanto no se pague el precio, pero el comprador pasa a ser poseedor desde el momento de la perfección del contrato, aquí sucede justo lo contrario. Ahora bien, como punto común en ambos casos se da una separación

⁴⁵ En este sentido, A. MOHINO MANRIQUE, *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, cit., pp. 123 y ss. estudia los siguientes: el antes transcrito D.19.1.13.8 (Ulp. 32 *ad ed.*) – donde se califica de *quasi-pignus* al derecho del vendedor de retener *como en prenda* la cosa que vendió – y D. 20.1.12 (Paul. 68 *ad ed.*) que contiene un convenio de prenda añadido a la compraventa: *Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris convention locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut, si talis pactio fiat, quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat) et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat; quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est*. Frente a la interpretación tradicional, que considera la pignoración de servidumbre como un añadido justiniano, la autora entiende que Paulo recoge un supuesto de venta de un fundo a cuyo favor se encuentra constituida una servidumbre predial rústica, reservándose el vendedor un derecho real de prenda sobre la finca vendida y consecuentemente sobre las servidumbres ya existentes a favor de otro fundo que mantiene. De este modo, si el comprador-deudor pignorante no paga dentro del plazo, el vendedor-acreedor pignoraticio puede venderlas al vecino, no las mismas servidumbres, sino el fundo mismo sobre el que las mismas recaen.

⁴⁶ Sobre la evolución del *ius vendendi* en el pignus, primero como elemento *accidental*, que precisaba ser pactado expresamente, luego como elemento *natural*, que existe salvo pacto en contrario, y finalmente como elemento *esencial* (existe, aunque se pacte lo contrario) *vid.* J.I. BUENO DELGADO, *Precedentes romanos del derecho de retención de la prenda*, en *RIDROM*, Abril, 2013.

⁴⁷ Para las diferencias entre prenda y derecho de retención *vid.* I. MATEO Y VILLA, *El derecho de retención*, cit.; A. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Retención y mandato*, en *Studia Albornotiana*, XXVII, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1976, que se fija sobre todo en la existencia o no de *ius distrahendi*, y C. LÓPEZ DE HARO, *El derecho de retención*, Madrid, 1921, para quien la razón distintiva entre una y otra deriva de que la retención es un hecho mientras que la prenda es un contrato.

entre posesión y propiedad mientras está pendiente el pago del precio, y sólo en este sentido puede decirse que se trata de pactos equivalentes⁴⁸.

Merece la pena, sin embargo, detenerse un momento a comparar estos pactos con el derecho de retención por el parecido que guardan con el supuesto que estudiamos cuando la posesión del vendedor reviste una finalidad garantista.

La retención posesoria suele entenderse como una garantía primitiva de realización del propio derecho, que se encuadra en la autotutela⁴⁹. Diversos ejemplos de derecho de retención aparecen ya en el derecho romano⁵⁰. En derecho español se recogía en P. 3.28.44 y en el artículo 432 del Proyecto de 1851⁵¹. En la actualidad el *ius retentionis* aparece empleado con carácter general por el artículo 453 de nuestro Código civil; y se encuentran supuestos particulares recogidos en diversos preceptos de su articulado⁵², en la legislación mercantil⁵³ y en la foral, a la que nos referiremos

⁴⁸ Tal es el razonamiento esgrimido como motivo del recurso estimado por la Res. DGRN de 8 de septiembre de 2005: *la compraventa se formaliza con precio aplazado y pacto equivalente a la reserva de dominio, admitida en nuestro derecho conforme a la jurisprudencia*.

⁴⁹ Así, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *Ámbito material y límites en el ejercicio del derecho de retención en la codificación civil de Cataluña*, en *InDret*, 2012, IV, p. 7: «Pese a los intentos modernos de rehabilitar esta institución, en el estado actual de nuestra ciencia jurídica, el derecho de retención junto a las órdenes de precinto, el comiso de vehículos, etc [...] sigue formando parte de ese mundo subliminal del derecho, en el que el Derecho diluye su carácter racional para exteriorizar exclusivamente los perfiles conminativos de la posición de fuerza».

⁵⁰ *Vid.* el amplísimo estudio realizado por E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I, cit. En nuestro país J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La retención de cosa ajena*, Barcelona, 1990, pp. 10 y ss., recoge, sin ánimo exhaustivo, los siguientes: D. 6.1.48 (Pap. 2 *resp.*) (gastos hechos por el poseedor de buena fe en fundo ajeno), I. 2.1.30 (constructor poseedor del suelo cuando el dueño pretenda que lo construido es suyo y no paga ni el salario ni los jornales); C. 3.32.11.1 (gastos de siembra) y C. 8.26(27) (*pignus Gordianum*) y D. 30.70.2 (Gai. 18 *ad ed. prov.*) (mandatario para la compra de un esclavo que causó daños). Se refiere también a las retenciones dotales en cuya virtud podía el marido retener una porción de la dote frente a la *actio rei uxoriae*, si bien indica que no se da aquí la conexión entre la cosa retenida y el gasto.

⁵¹ Ambos textos ampliaban la posibilidad de retención a los gastos necesarios realizados por el poseedor de mala fe. El Proyecto de García Goyena también contemplaba diversos supuestos concretos de derecho de retención; así el 1620 para el mandatario, el 1685 para el depositario y el 1779 para el acreedor pignoraticio. El artículo 458 del Proyecto de 1882 vuelve a los orígenes en el sentido de limitar el derecho de retención por gastos necesarios al poseedor de buena fe.

⁵² El Código civil reconoce un derecho de retención al usufructuario (artículos 522 y 502), al autor de obra en cosa mueble (1600), al mandatario (1730), al depositario (1780) – pero no el comodatario (1747) – y al acreedor pignoraticio (1866). La jurisprudencia lo ha extendido al reservista (STS 4-12-1933) pero no a los arrendatarios ni a los precaristas en base al 1604-5 LEC (SSTS 23-5-51 y 27-1-53; más recientemente, S.A.P. Coruña 292/2011 de 29 de junio).

⁵³ El Código de comercio lo aplicaba al contrato de pasaje (art. 704 C.Com.) y a los gastos de salvamento (842) y avería gruesa (665). En la actualidad, la Ley 14/2014 de 24 de julio, de Navegación Marítima, concede derecho de retención al porteador sobre las mercancías transportadas mientras no perciba el flete, las demoras y demás gastos ocasionados por su transporte, pero sólo contra del destinatario que no sea el fletador, salvo que en el conocimiento o carta de porte conste la mención de que el flete es pagadero en destino (art. 237.1); en el contrato de pasaje, al porteador sobre el equipaje de bodega (art. 296), al operador de manipulación portuaria mientras no se le abone el precio debido por sus servicios (art. 338), en el caso de avería gruesa, el armador puede retener, a bordo o en tierra, las

más adelante. Recientemente se han introducido nuevos supuestos de derecho de retención en el art. 53 de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de y la Ley 47/2002 de 19 de diciembre de Reforma de la Ley 17/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista.

En un principio, el derecho de retención se concibe para resarcir al poseedor de buena fe de los gastos útiles y necesarios ocasionados – en ocasiones también para indemnizar daños y perjuicios producidos – por razón de la cosa poseída durante el tiempo estuvo en su poder. Las diferentes posiciones doctrinales entre los autores que se han ocupado de esta institución se ponen de manifiesto en cuanto se comienza a analizar el fundamento del *ius retentionis*, que para unos, se encuentra en la necesidad de evitar un enriquecimiento injusto de la contraparte⁵⁴, para otros, deriva directamente de la equidad⁵⁵; para algunos de la excepción de contrato no cumplido⁵⁶, e incluso hay quien lo encuentra directamente en la ley⁵⁷. Las divergencias continúan a la hora de determinar la naturaleza personal o real de la figura, su oponibilidad frente a terceros, etc. Pocos aspectos de esta figura no han sido ampliamente debatidos, y su análisis sobrepasa el alcance de estas notas.

Interesa destacar, no obstante, que tradicionalmente se ha coincidido en señalar que para poder hablar de un derecho de retención es imprescindible el requisito de conexión entre el crédito y la cosa retenida (*debitum cum re iunctum*); que se trata de un derecho – o más precisamente, una facultad – sólo eficaz en las relaciones entre las partes y que en modo alguno concedía *ius distrahendi*. Sin embargo, y como consecuencia de las diversas reformas legislativas – en especial en derecho comparado – y de la evolución en el pensamiento de la doctrina podría hablarse de un reforzamiento del derecho de retención, y ello en varias direcciones: la de admitir una retención de origen convencional; la de prescindir, en ocasiones, del requisito del *debitum cum re iunctum*⁵⁸ – en realidad, ya existía en Roma un supuesto en el que se daba retención

mercancías transportadas en tanto los interesados en ellas no constituyan garantía suficiente del cumplimiento de su obligación de contribuir (art. 352), y para el supuesto de salvamento se establece que el salvador tendrá derecho a retener el buque y otros bienes salvados bajo su control, en el puerto o lugar a que se hayan conducido tras la terminación de las operaciones de salvamento mientras no se constituya a su favor garantía suficiente por el importe del premio que se reclame (art. 365.1).

⁵⁴ J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La retención de cosa ajena*, cit., p. 43.

⁵⁵ C. LÓPEZ DE HARO, *El derecho de retención*, cit., pp. 33 y ss.

⁵⁶ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, cit., p. 5. En realidad distingue este autor entre el derecho de retención en las obligaciones sinalagmáticas, que se basaría, como la *exceptio inadimpleti*, en la oposición a realizar lo que se debe mientras la otra parte no haya cumplido lo que nos debía, y el derecho de retención en los créditos con vocación *propter rem*, en los que se trataría de evitar un enriquecimiento injusto.

⁵⁷ T. ECHEVARRÍA DE RADA, *En torno al derecho de retención*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Madrid, 2003, p. 1768.

⁵⁸ En este sentido, I. MATEO Y VILLA, *El derecho de retención*, cit., p. 117, admite la retención en favor del vendedor en tanto el comprador no verifique el pago del precio; con la matización de que en el caso que plantea la propiedad todavía no ha sido traspasada al comprador, por cuanto se refiere a un supuesto de retención sobre *cosa propia* del vendedor.

faltando la conexidad entre cosa y crédito; se trata, como es sabido, del llamado *pignus gordianum* – C. 8.26(27)⁵⁹; la de otorgarle, en determinados supuestos, una eficacia real; y, por último, la de concederse, como hacen algunos ordenamientos, un derecho de realización del valor⁶⁰.

Las reformas introducidas en el derecho de retención en derecho comparado van todas ellas encaminadas a reforzar el derecho de retención. Tal ocurre en el Derecho francés, tras la reforma del Código civil por la Ordenanza núm. 2006-346, de 23.3.2006 y la Ley 2008-776, de 4.8.2008, sobre modernización de la economía⁶¹; en el nuevo Código civil holandés de 1992 y también en el portugués.

En el ámbito de la armonización europea en materia de contratos, el *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* contempla muy detalladamente el derecho de retención posesoria – eso sí, refiriéndose siempre a la retención de bienes muebles – calificándolo como un derecho real de garantía. Asimismo, la *Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas*, de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (Nueva York, 2010), en su párrafo 61 reconoce que algunos estados permiten que las partes contratantes hagan un empleo más extensivo del principio general legal de retención. En tales estados, las partes podrán pactar que si una de ellas incumple su obligación, la otra podrá abstenerse de cumplir la suya aun cuando se trate de una obligación estipulada en otro contrato concertado entre las partes. Lo más frecuente es que estos pactos se refieran al derecho de una de las partes a retener un bien en su posesión que, con arreglo a otro contrato, debería entregar a la parte incumplidora.

⁵⁹ C. 8.26(27).1 (*Imp. Gordianus A. Festo*, a. 239): *Pignus intercidit, si novatione facta in alium ius obligationis transtulisti nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, cautum est. 1. Quod si pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem suscepit, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneatur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem. 2. Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint. 3. Quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre.* La norma es recogida en P. 5.13, aunque – como destaca la STS de 24 de junio de 1941 – cuidando de limitar su alcance, al añadir *e esto dezimos que debe ser guardado tan solamente a aquellos que fazen el debdo e a sus herederos*. El precepto se recoge en el artículo 1779 del Proyecto de 1851 y en el 1.866 párrafo segundo del Código civil vigente.

⁶⁰ Artículos 898 Código civil suizo, 758 Código civil portugués (respecto a los bienes muebles); el 759 con relación a los inmuebles confiere al retentor un derecho de ejecución en los mismos términos que el acreedor hipotecario; 569.2.1-b y 569-7 del Código civil catalán y IX-7:207 del *DRAFT*.

⁶¹ I. MATEO Y VILLA, *El derecho de retención*, cit., identifica tres “familias” de códigos civiles en materia de retención: el sistema francés, en el que la regulación de la institución ha de inferirse a partir de artículos diversos, sistema que es seguido por nuestro Código; el alemán, en el que se proporciona una definición de la institución; y un tercer sistema, al que pertenecen, sobre todo códigos del área soviética que cuentan con una regulación mínima. Pues bien, señala este autor que, paradójicamente, la regulación del instituto de la retención en Francia, tras las reformas operadas en el Código civil, lo convierten en seguidor del modelo alemán.

Este mismo reforzamiento lo encontramos en nuestro país en la Compilación de Derecho foral navarro y con el Código civil catalán. Por lo que se refiere al Ordenamiento Navarro, la Ley 1/1973 de 1 de marzo por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil foral de Navarra contempla en sus leyes 463 y siguientes un derecho de retención, bajo el Título VI “De las garantías reales”. Efectivamente, la Ley 473, relativa a la *retención convencional*, dispone que las obligaciones también pueden garantizarse mediante el acuerdo de que el acreedor retenga hasta el cumplimiento la posesión de una cosa o derecho, sin poder alguno de disposición sobre los mismos. Este derecho *podrá inscribirse* cuando la naturaleza del objeto lo permita⁶². Una vez cumplida la obligación, el acreedor deberá restituir o indemnizar conforme a lo establecido para el acreedor pignoraticio en la Ley 478. Resulta interesante asimismo la regulación de los artículos 569-3 y siguientes del Código civil catalán, según la redacción dada por Ley 5/2006 de 10 de mayo del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, en tanto regula el derecho de retención de *muebles e inmuebles*⁶³ originado por los gastos que detalla en su articulado, configurándolo como un *derecho real*.

Podría parecer que esta nueva configuración del instituto retentorio abre las puertas a considerar que existe un derecho de retención de origen convencional en los pactos de la compraventa estudiados cuando éstos tratan de constreñir al cumplimiento de la prestación del comprador. Es más, algunos códigos civiles conceden un derecho de retención al vendedor y al comprador ante el impago o falta de entrega de la cosa⁶⁴. Y efectivamente, se dan bastantes coincidencias entre el derecho de re-

⁶² Opina E. SABATER BAYLE, *Principios estructurales de la facultad de retención posesoria*, en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona, 1993, que «acaso este Ordenamiento trate sencillamente de orillar la controversia doctrinal acerca de la distinción entre derechos reales y derechos de crédito, pronunciándose expresa mente a favor del *numerus apertus* de derechos reales en base al principio de libertad civil. Es precisamente en base a este principio [...] que la ley 473 permite la constitución de la misma por la voluntad privada, en garantía de cualquier obligación».

⁶³ La generalidad de la doctrina admite que pueden ser objeto del derecho de retención tanto bienes muebles como inmuebles; así J.M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, IV, cit., p. 362; J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La retención de cosa ajena*, cit., p. 10 únicamente excluye las cosas materiales por su imposibilidad de aprehensión; I. MATEO Y VILLA, *El derecho de retención*, cit., pp. 138 y ss., lo extiende incluso a los bienes inmateriales (pone el ejemplo de una clave informática); respecto al ordenamiento navarro, J.L. LACRUZ, *Elementos de derecho civil*, III.2, Barcelona, 1991, p. 427; OZCARIZ MARCO añade que el objeto retenido puede ser mueble, inmueble o derecho. La *Ley 22/1991 de Garantías Posesorias sobre cosa mueble* en Cataluña limitaba su campo de aplicación a los bienes muebles, aunque la *Ley 19/2002 de Derechos reales de garantía* lo extendió a los inmuebles, al igual que la reforma de 2006. Sin embargo, tanto el *DRAFT* como la Guía Legislativa de las Operaciones Garantizadas de la CNUDMI limitan la regulación del derecho de retención a los bienes muebles.

⁶⁴ I. MATEO Y VILLA, *El derecho de retención*, cit., cita el 1602 del Code francés y los Códigos civiles de Marruecos y la Louisiana.

tención y la conservación de la posesión del vendedor; sin ir más lejos el concepto posesorio en ambos casos es calificado de posesión natural, no apta para usucapir⁶⁵; la finalidad perseguida es la misma, etc.

Ahora bien, dentro del contenido que se otorga a este derecho parece excluirse de forma casi unánime la posibilidad de usar la cosa retenida por parte del retentor⁶⁶. Sin embargo, en los pactos añadidos a la compraventa que nos ocupan suele preverse expresamente el uso del inmueble por parte del vendedor, pactándose asimismo el pago de los gastos de comunidad, de los consumos, etc.; conviene tener en cuenta que en muchos supuestos el inmueble retenido ha constituido la vivienda habitual del retentor. Únicamente podría decirse que los pactos analizados participan de la naturaleza de un derecho de retención convencional entendido en un sentido impropio, en el que se pacta la facultad de uso para el retentor, bien alejado de su concepción originaria de reembolso al poseedor por los gastos efectuados en el bien retenido.

El derecho de retención mantiene gran parecido con la excepción de contrato no cumplido, pero las diferencias entre ambas figuras no han escapado a la doctrina, tanto por su origen – la *exceptio* ha de revestir necesariamente carácter contractual, la retención no – como por la necesidad de mantener la posesión en el caso de la retención, al contrario que en la excepción de incumplimiento contractual, y por la estrecha relación entre prestación y contraprestación, presente desde un primer momento en esta última, lo que no ocurre en la retención⁶⁷.

Los pactos de conservación de la posesión ahondan precisamente en la excepción de contrato no cumplido, como ocurría en los fragmentos del Digesto en los que se

⁶⁵ Señalan los autores que se trata de una posesión natural *causa retentionis*, no apta para usucapir: E. GÓMEZ CALLE, *El derecho de retención sobre bienes muebles. Una garantía en ascenso*, en *Indret*, 2011, IV, p. 45; J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La retención de cosa ajena*, cit., y I. MATEO Y VILLA, *El derecho de retención*, cit., p. 127, y que cuenta con la protección interdictal (A. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Retención y mandato*, cit., p. 22) o de las leyes (C. LÓPEZ DE HARO, *El derecho de retención*, cit., p. 42).

⁶⁶ J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La retención de cosa ajena*, cit., pp. 75 y ss.; I. MATEO Y VILLA, *El derecho de retención*, cit., p. 200. Precisamente la prohibición de uso unida a la obligación de pagar los gastos de conservación es uno de los principales inconvenientes de esta garantía posesoria a juicio de GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, p. 7. Sin embargo J.M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, IV, cit., p. 370, a contrario sensu parece admitir la posibilidad de uso cuando se trata de retención sobre inmuebles, al afirmar que «el poseedor no puede disponer de la cosa ni usarla si es mueble». Por lo que se refiere al *DRAFT*, su redacción plantea problemas, puesto que si bien se prohíbe con carácter general el uso del bien retenido salvo en la medida que sea necesario para la conservación del bien (IX-5:206) sí permite, en cambio, la percepción de los frutos civiles (Cfr. en este punto E. GÓMEZ CALLE, *El derecho de retención sobre bienes muebles. Una garantía en ascenso*, cit., p. 45 en su estudio del art. IX-5:208 del *DRAFT*). Contienen asimismo la prohibición de uso por el retentor la Ley 471 del Fuero Nuevo de Navarra, y artículo 569-6.2 del Código civil catalán.

⁶⁷ Al respecto vid. A. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Retención y mandato*, cit., p. 15; E. GÓMEZ CALLE, *El derecho de retención sobre bienes muebles. Una garantía en ascenso*, cit., y M. CRUZ MORENO, *La “exceptio non adimpleti contractus”*, Valencia, 2004, pp. 103 y ss.

confería al vendedor un derecho de retención “como en prenda” sobre la cosa vendida, puesto que ambos persiguen idéntica finalidad de garantizar el cumplimiento del contrato. Sin embargo no puede identificarse exclusivamente con esta: si el pacto de retener la posesión no fuera más que una excepción de incumplimiento contractual, no haría falta pactarla expresamente y nada añadiría al régimen del 1466 C.c. Pero en virtud del pacto y frente a lo dispuesto en dicho artículo, el vendedor *aunque haya concedido plazo* no se ve obligado a entregar la cosa vendida hasta el completo pago del precio dejando el bien retenido libre y expedito.

En resumen, la reserva de posesión en poder del vendedor constituye en la actualidad un pacto atípico, realizado al amparo de la autonomía de la voluntad de los contratantes; no regulado expresamente pero tampoco prohibido en nuestro ordenamiento; que en ocasiones ha recibido reconocimiento jurisprudencial y que resulta esgrimible ante los tribunales por la vía de excepción de contrato no cumplido, y cuya naturaleza puede situarse en una zona intermedia entre el derecho de retención – de carácter impropio – y la *exceptio non adimpleti contractus*.

5. Protección jurídica del vendedor

En las relaciones comprador-vendedor, se hace necesario distinguir dos momentos: el del período que media desde la transmisión de la propiedad al comprador hasta el pago del precio aplazado o hasta que llegue el término de permanencia en la posesión señalado en el contrato de compraventa y el del momento posterior a la llegada del término previsto en el mismo.

Pues bien, en relación con el primer momento, es evidente que durante el tiempo que permanece el vendedor en su posesión y hasta que se verifique el pago, podrá oponer a la petición intempestiva del comprador de cesar en su posesión la *exceptio inadimpleti contractus*, dado que el derecho a permanecer en la posesión deriva del pacto celebrado entre las partes y conectado esencialmente con el pago de la deuda aplazada.

La situación que se plantea si una vez llegado el plazo previsto en el contrato no se ha pagado el resto del precio, tampoco deja lugar a dudas: el vendedor podrá reclamar el cumplimiento de la obligación en los tribunales; si la compraventa se verificó en documento público, éste será ya un título ejecutivo. Si vencido el plazo o pagado el precio es el vendedor el que no desaloja voluntariamente el inmueble retenido, el comprador podrá iniciar un procedimiento de desahucio.

Por lo que se refiere a terceros a los que el comprador haya podido transmitir su derecho (nuevos adquirentes, acreedores hipotecarios...) el vendedor no goza de protección alguna – fuera del inconveniente – que pueda suponer para el tercer adquirente de tener que iniciar un procedimiento de desahucio. El derecho de retención no resulta, en modo alguno un derecho real oponible a terceros. Así se ha pronun-

ciado nuestro Tribunal Supremo en relación a otros supuestos de posesión material frente a terceros adquirentes (en este sentido, STS 1894/2010 de 14 de enero)⁶⁸. Y en modo alguno tiene acceso al Registro de la propiedad, pues el artículo 5 LH es terminante en cuanto a la posibilidad de inscribir títulos referentes al mero o simple hecho de poseer⁶⁹, y el artículo 11 de la misma determina que el aplazamiento del pago sólo surtirá efecto en perjuicio de tercero cuando éste se garantice con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. Además, en general, toda la doctrina que se ocupa del derecho de retención suele negar la eficacia de este instituto frente a terceros.

La situación del vendedor es todavía más precaria frente a embargos, multas u otras cargas que puedan afectar al comprador en cuestión. En suma, la protección que dispensan los pactos que nos ocupan es absolutamente débil si la comparamos con la que proporciona cualquier otro tipo de garantía con acceso al Registro. Su virtualidad práctica frente a los terceros no es otra que servir de obstáculo, obligando a iniciar un procedimiento de desahucio y la consiguiente reclamación de responsabilidades frente al transmitente doloso.

Ahora bien, para que el tercer adquirente lo sea efectivamente de buena fe, será necesaria la concurrencia de una conducta maliciosa del transmitente, bien por haber manifestado al describir la situación posesoria del inmueble que éste se hallaba libre de ocupantes, bien por no haber exhibido título, o bien por no haber exhibido

⁶⁸ Se contemplaba el supuesto de un matrimonio que permanece en un piso tras su venta a una sociedad inmobiliaria. Tras la separación matrimonial, el uso es atribuido a la esposa. Finalmente, la sociedad vende la vivienda en litigio a un tercero, reflejando como carga que se encuentra poseído de hecho por la demandada. En primera instancia se rechaza la reivindicación de los terceros compradores, entendiendo que el derecho de uso de la que fue vivienda familiar conferido en la sentencia de separación ex art. 96 C.c. constituye una carga sobre el inmueble independiente de sus ulteriores titulares y que confiere un título legítimo de dominio a la demandada. La AP, cuyo criterio es confirmado por el TS, concluye que tanto de la ubicación sistemática del 96 C.c. como de la consideración de los intereses a los que atiende se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar. Se presta particular atención al alcance del precepto en las situaciones en las que los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por el propietario: «en este caso, mediante la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del art. 96 C.c. no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges. De esto se sigue que el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad».

⁶⁹ Cosa que sí autorizaba la anterior legislación hipotecaria, bajo cuyo amparo C. LÓPEZ DE HARO, *El derecho de retención*, cit., p. 100, defendía la extensión de una inscripción si la retención es de origen convencional, y de una anotación preventiva si procede una anotación judicial. Para J.M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, IV, cit., p. 368, y de conformidad con la caracterización que hace del derecho de retención como un derecho real, es inscribible cuando se ejercita sobre inmuebles. Atendiendo a su carácter provisional, encuentra más apropiada una anotación preventiva que encajaría con el 2.3 LH. Una síntesis sobre la evolución de la legislación hipotecaria con anterioridad a la Ley de 1944 puede verse en J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español. Común y foral*, Madrid, 1987¹³, II.1, pp. 657 y ss.

el pacto consignado en documento aparte (1219 y 1230 C.c.), sin perjuicio de que haya podido llegar a formalizarse dicho otorgamiento previa consulta del notario por medios telemáticos en cuanto a la titulación y estado de cargas del inmueble que se transmite (artículos 170-175 del Reglamento Notarial).

En este caso, el tercer adquirente de buena fe tendrá derecho a exigir al transmitente que haya dolosamente ocultado el derecho posesorio del primer vendedor, la indemnización de daños y perjuicios causados, como los gastos derivados del litigio o los gastos personales en que incurra por no poder proceder a una inmediata posesión del bien en cuestión⁷⁰.

6. Otras cuestiones

Por un lado, será necesario dilucidar a quién corresponden los gastos útiles y necesarios (gastos de comunidad, consumos...) así como los tributos (por ejemplo, el IBI) durante el tiempo en que el vendedor permanezca en la posesión del bien retenido. Lo habitual será que en el contrato de compraventa se pacte que los consumos correspondan al vendedor, al igual que los gastos ordinarios de comunidad. Por el contrario, los gastos extraordinarios (derramas) suelen correr a cargo del comprador.

No siempre se encuentran en las cláusulas objeto de estudio previsiones acerca de los gastos, por ejemplo, en aquellas en que la retención posesoria se concreta por un plazo extremadamente breve⁷¹. Pues bien, en defecto de pacto, cabría pensar en la aplicación del régimen previsto en el 453 C.c. con relación al poseedor de buena fe, partiendo de que en el mismo se establece una regla general para la liquidación del estado posesorio⁷². Si no se abonaran tales gastos, surgiría entonces un derecho de retención legal.

⁷⁰ En este sentido, recuerda el Proyecto de Código Europeo de los Contratos realizado por el Grupo de Pavía (que, como es sabido, sólo resulta aplicable a compraventas de bienes muebles), en su artículo 195 que la entrega del bien vendido al comprador comporta para el vendedor la asunción de la obligación de preservar al comprador de cualquier pretensión que los terceros se jacten tener sobre el bien mismo.

⁷¹ Por ejemplo, si se pacta que el precio aplazado se satisfaga mediante la aportación de unos pagarés que todavía no se han entregado en el momento del otorgamiento de la escritura pública, pero que van a ser aportados, por ejemplo, en el plazo de una semana, puede incorporarse una cláusula por la que entrega de la posesión efectiva del principal inmueble de una sociedad, se retrasa *“hasta tanto no se haya procedido a la emisión y entrega a los vendedores de los pagarés en que se represente la totalidad del precio aplazado de la compraventa de las participaciones del capital social de la sociedad, y a la práctica de la pertinente diligencia, con incorporación por fotocopia de los mismos, en la presente escritura”*. En dicho pacto, como se ve, no hay previsión alguna acerca de los gastos.

⁷² M.R. DÍAZ ROMERO, *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, Madrid, 1997, p. 3.; L. DIEZ-PICAZO, A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil*, III, Madrid, 1990⁵, p. 138.

Por lo que se refiere a las contribuciones, por analogía con el 504 C.c. en relación al usufructo y el 1882 respecto a la anticresis, habrá de estimarse que corresponden al vendedor mientras se mantenga en la posesión, si nada se ha pactado al respecto⁷³; no obstante, hay que apuntar que estos pactos suelen hacerse por periodos temporales breves, generalmente de duración inferior al año, y que no se acostumbra a acordar un reparto proporcional a los días de disfrute en relación a las contribuciones, que son de devengo anual.

En relación a la percepción de frutos, la cuestión reviste una importancia menor, habida cuenta, precisamente, del carácter transitorio que suelen revestir estas situaciones y al hecho de que no se suele pactar la posibilidad de que el vendedor ceda la vivienda en arrendamiento, precisamente por ese mismo carácter transitorio. Habría que estar, nuevamente, a lo pactado por las partes en aplicación del principio de la voluntad. En su defecto no parece aplicable el 451 C.c. (*el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión*) al entender nuestra doctrina que el precepto se limita a la posesión que corresponde al derecho de propiedad; no a uno de menor contenido⁷⁴. Tampoco cabría una imputación anticrética de los frutos para compensar la deuda, salvo que se hubiera pactado expresamente⁷⁵.

⁷³ En este sentido M. ALBADALEJO, *Derecho civil*, III, *Derecho de bienes*, Madrid, 2010¹¹, p. 108, considera que las contribuciones ordinarias en cuanto gravamen del uso de la cosa o de sus rendimientos, (cfr. Art. 504 C.c.) y gasto necesario a hacer por causa de aquella, deberán ser a cargo de quien tuvo la posesión, en tanto en cuanto se haya beneficiado del uso o disfrute que la contribución gravaba.

⁷⁴ En este sentido, J.A. MARTÍN PÉREZ, *Comentario al artículo 451 Cc*, en *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*, VI, cit., p. 365; L. DIEZ-PICAZO, A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil*, III, cit., p. 138, quien considera que la norma debe ser matizada en el sentido de que el poseedor de buena fe hace suyos efectivamente los frutos, pero en la medida en que sea facultado por su título; opinión compartida por J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español. Común y foral*, cit., p. 693; DELGADO ECHEVERRÍA, *Adquisición y restitución de frutos por el poseedor de buena fe*, en *ADC*, 1971, p. 573 hace extensiva la norma al titular de un derecho menor, como el de usufructo, pero en ese caso no hace suyos más frutos que los que le corresponderían al titular del derecho en cuyo concepto goce (es decir, sólo los que atribuyen los artículos 471 y ss.).

⁷⁵ El D. 6.1.48 (Pap. 2 *resp.*) permitía la compensación de la deuda con los frutos percibidos antes de la contestación a la demanda; también la P. 3.28.41 establecía que el poseedor de buena fe había de descontar de los gastos *aquellos frutos, rentas o esquilmos*. Respecto al derecho navarro, OZCARIZ MARCO entiende que, a falta de pacto, entra en aplicación la Ley 471 de la Compilación, según la cual si la cosa produce frutos y a falta de pacto, deberán ser percibidos por el acreedor para imputarlo a la deuda, primero a los intereses y luego al capital. Por lo que se refiere a Cataluña, el actual Código civil termina con la posibilidad de imputación anticrética a favor del retentor que consagraba el artículo 2.1.b) de la Ley 19/2002 de 5 de julio, de Derechos Reales de garantía. El artículo IX-5:206 del DRAFT permite al retentor quedarse con los frutos civiles del bien retenido (aunque se le prohíbe su uso), concediéndole facultad anticrética (IX-2:306). En nuestra doctrina se pronuncia a favor de que el retentor se cobre con los frutos C. LÓPEZ DE HARO, *El derecho de retención*, cit., en contra J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La retención de cosa ajena*, cit., pp. 75 y ss, salvo en los supuestos de anticresis, y I. MATEO Y VILLA, *El derecho de retención*, cit., p. 200.

Cabe plantearse, por último, si ha de revestir alguna formalidad especial la definitiva puesta en posesión material al comprador, por ejemplo, mediante un acta que verifique la entrega definitiva⁷⁶, o si es suficiente, por ejemplo, la entrega de las llaves. En aquellos supuestos en los que el derecho de retención garantiza el pago del precio aplazado, satisfecho éste lo normal sería formalizar una escritura de carta de pago en la que se puede mencionar que con motivo de éste cesa la posesión de la parte vendedora.

Podríamos concluir diciendo que el pacto de reserva de posesión en la compraventa constituye, en suma, una garantía humilde, con un alcance limitado, pero que a veces es suficiente para servir a los intereses de las partes, especialmente en tiempos como los presentes aquejados de una difícil coyuntura económica; y que esta figura puede resultar de innegable utilidad cuando las partes no quieren recurrir a otras de mayor alcance como la condición resolutoria expresa, la cláusula de reserva de dominio, o, por supuesto, la hipoteca, o cuando no hay tiempo material para la constitución de una garantía como las expresadas.

⁷⁶ En el supuesto contemplado por la resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996, la promotora se comprometía a entregar las cinco fincas que la recurrente adquiriría mediante escritura de permuta en el plazo de dieciocho meses *mediante el otorgamiento de acta notarial de entrega y cumplimiento de obligación*. El Centro Directivo se encarga de precisar que a la permuta le es igualmente aplicable la tradición instrumental del 1462 párrafo segundo C.c., por lo que deja claro que la transmisión dominical queda efectuada desde el otorgamiento de la escritura. El otorgamiento del acta notarial de entrega debe valorarse “como la regulación del modo en que ha de cumplirse una obligación de entregar una cosa *ya ajena al deudor*”, y no como la exclusión inequívoca del efecto traditorio inherente a una escritura pública.