

www.ridrom.uclm.es

ISSN 1989-1970

ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradición Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**PACTO DE RETENER LA POSESIÓN EN LA COMPRAVENTA.
ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

**RETENTION OF POSSESSION AGREEMENT IN THE
CONTRACT OF SALE. HISTORICAL BACKGROUND**

María José Azaustre
Profesora Doctora de Derecho Romano
Universidad de Oviedo

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Antecedentes históricos. 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 jurídica.¹

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

¹ Cfr. **RODRÍGUEZ DÍAZ**, E., *De la noción de contrato al Pactum Displicentiae en Derecho Romano*, Universidad de Oviedo. Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1998, p. 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). Sobre la materia *vid.*, asimismo, **VIARD**, P. E., *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, Recueil Sirey, París, 1929; **NAMUR**, J., *Les pactes ajoutés aux contrats de bonne foi et spécialement aux contrats de vente*, Gand, 1883 y **HERNANDEZ TEJERO**, L., «Pactos añadidos a la compraventa», en *Derecho Romano de Obligaciones en homenaje a Murga Gener* (coord. por Paricio Serrano), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 565 y ss.

sucedir 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 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.

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. 2.3 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 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 - RJ 2005\6938 - y del TEAC de 20 de marzo de 2014 - JUR 2014\139025-. 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.

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

⁴ El término *constitutum possessorium*, que no aparece en las fuentes romanas, es definido por SAVIGNY F.C.- STAEDLER, H., *Traité de la possession en droit romain*, 3^{eme} ed., Durand, Paris, 1879, 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 LLAMAS POMBO, E., *La compraventa*, La Ley, Madrid, 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, ÁLVAREZ MORENO, M. T., «La entrega por constituto posesorio», en *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz* (dir. por Carrasco Perera), t. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 110 y ss. Para GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «La tradición de fincas en instrumentos públicos», *AAMN*,

*contractus*¹¹. Un ejemplo de esta excepción nos lo ofrece el D. 18.1.78.2 (*Labeo l. IV posteriorum a Iavoleno epitomatorum*):

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 aget, 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*)¹².

¹¹ Según señala NARDI, *op. cit.*, p. 268, 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 “quasipignus” la facultad retentoria del vendedor son añadidos justinianeos. 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.

¹²VIARO, *op. cit.*, pp. 816 y ss., quien concluye que del D. 18.1.78.2 (*Lab. l. IV posteriorum a Iav. ep.*) 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

*traditio*¹⁴. Algún autor no excluye que tal práctica se haya podido producir con anterioridad, aunque no quede constancia de ello¹⁵. Las reservas de usufructo se llegaban a pactar por treinta¹⁶, diez¹⁷ o incluso cinco días¹⁸.

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

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

¹⁴ Sobre estos documentos vid. SPANGENBER, E. *Iuris Romani tabulae negotiurm sollemnium, modo in aere, modo in marmore, modo in charta superstites*, Carolum Cnobloch, Lipsiae, 1822; ARANGIO-RUIZ, V., *Fontes iuris Romani antejustiniani*, III, apud S.G. Barbèra, Florentiae, 1943, pp. 446-450, n 140; KIRCHER, R., «Zur Geschichte des ravennatischen Kaufvertrags», ZSS, 32, 1911, p. 100 y ss.; ERHARDT, A., «Byzantinische Kaufverträge in Ost und West», ZSS, 51, 1931, p. 128 ss.; LEVY, E., *West Roman Vulgar Law*, Philadelphia, 1951, p. 144 y 150 y ss.; PUGLIESE, G., «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 abril 1990* (a cura di L. Vacca), t. I, Giuffrè editore, Milano, 1991, especialmente pp. 66 y ss.; VOCI, P. «Tradizione, donazione, vendita da Constantino a Giustiniano», *IURA*, 28, 1987, p. 86 y ss. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., «Anotaciones al instrumentum venditionis en algunos documentos del siglo VI», *TR*, 1999, p. 227 y ss.

¹⁵ LEVY, *op. cit.*, p. 144.

¹⁶ SPANGENBERG, *cit.*, pp. 278-280, *Instrumentum venditionis Deusdedit* (fines del siglo VI) y pp. 273-278, *Instrumentum venditionis Domnini*, (572 d.C.).

¹⁷ SPANGENBERG, *op. cit.*, p. 286, *Instrumentum venditionis anonymi cuiusdam*, (616-619 d.C.).

¹⁸ ARANGIO RUIZ, *Fontes...cit.*, n° 140, p. 446, *Instrumentum venditionis Ravenna* (591 d.C.); SPANGENBERG, *cit.*, pp. 282-286.

En el mismo documento el vendedor autorizaba, además, la inscripción en los *gesta municipalia* sin necesidad de una nueva declaración¹⁹:

“....de quibus unciis superius desingantis sibi sstus venditor usufructum retenuit dierum triginta, quod possit emptori, ut leges censetsollemni traditione constare et Gestis allegandi municipalibus concessit licentiam, non denuo inquista 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 pago²⁰; 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

¹⁹ Como subraya RODRÍGUEZ LÓPEZ, cit., p. 230.

²⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, cit., p. 233. BISCARDI, A., «La prassi delle influenze provinciali sulla regola ‘emptione 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*, t. II (a cura di L. Vacca), Giuffrè ed., Milano, 1991, p. 455 ss., al describir la práctica del derecho griego y helenístico indica que, como la transferencia de dominio en la compraventa griega se verificaba mediante el pago del precio, para obviar los inconvenientes prácticos que se producían al querer el comprador, muchas veces, 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

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.J. 8.53 (54).28:

Imperatores Honorius, Theodosius. 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. * HONOR. ET THEODOS. AA. MONAXIO PP. * <A 417 D. PRID ID. MART. CONSTANTINOPOLI HONORIO A. XI ET CONSTANTIO II CONSS.> ²³

magis videatur facta traditio, sed omni modo idem sit in his causis usumfructum retinere quod tradere. DAT. PRID. ID. MART. CONST(ANTINO)P(OLI) D. N. HONORIO A. XI ET CONSTANTIO V. C. II CONSS. Sin embargo, tan solo dos años después tal requisito es derogado (C.Th. 8.12.9). A juicio de LEVY, *op. 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 C. Th. 8.12.1 no habrían desperdiciado la ocasión de denunciar la donación con retención de usufructo como simulación.

²³ LEVY, *op. cit.*, p. 150 y ss. 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.

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.J. 2.3.20: *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.J. 8.54.28 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*²⁴. De este modo, los contratos de Ravena con pacto de reserva de

Este abuso tendría una larga vida, aunque las fuentes no dejan ver si esta 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.

²⁴ PUGLIESE, cit., p. 69; RODRÍGUEZ LÓPEZ, 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. RICCOBONO, S., «Traditio ficta», *ZSS*, 33, 1912, p. 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 en «Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano», *ZSS*, 43, 1922, p. 37, 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

usufructo trasmiten 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 dominical²⁵, tal y como queda recogido en I.J. 2,1,41²⁶, aunque, como se establece al final de la disposición, sería suficiente que *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 comprador²⁷, 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*

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, LEVY, *loc. ult. cit.*

²⁵ KIRCHER, *op. 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.

²⁶ IJ. 2.1.41: *Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferentur: 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.*

²⁷ KIRCHER, *cit.*, p. 115.

términos muy similares a los empleados en D. 19.1.38 –*Celsus, l. VIII 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 Inst. 2, 1, 41, pasa, con algunas modificaciones, a nuestras Partidas:

Part. 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 asi 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 tenuto 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"³⁰. Con ello se

³⁰ 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

(artículos 523-529 Cc). 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 otro⁴¹. Pero, como es sabido, el uso y la habitación constituyen derechos reales, suelen constituirse por el tiempo que viva el usuario o habitacionista⁴², son oponibles *erga omnes* e inscribibles 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. l. II 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 precio⁴³. Podría, de este modo, pensarse que el

⁴¹ MOHINO MANRIQUE, A., *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 183 y ss., recoge los siguientes: D.18.6.19 (18) pr. (*Pap. l. III 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. l. XXXIII ad ed.*) donde el vendedor se reserva o bien el derecho de habitación o bien que se le paguen 10.000 sestercios al año durante 10 años; D. 19.1.13.30 (*Ulp. l. XXXII 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. L.I pithanon a Paulo ep.*), en el que se exige que la reserva de habitación en la compraventa se haga nominalmente.

⁴² D. 7.8.10.3 (*Ulp. l. XVII ad sab.*).

⁴³ MOHINO MANRIQUE, *op. cit.*, p. 55 y ss., a propósito del supuesto contemplado en D.43.26.1 (*Ulp. l. I 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

concedente⁴⁵. 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 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 precario⁴⁶. 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 1.750 CC, en cuya virtud el comodante podrá poner fin al contrato a su voluntad⁴⁷. Tal es la doctrina

⁴⁵ Cfr. TORRENT RUIZ, *op. cit.*, p. 968, voz "Precarium".

⁴⁶ Advierte TORRENT, *op. y 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. l. I 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.

⁴⁷ Ya advertía el D. 43.26.2.2 (*Ulp. l. LXXI ad ed.*) "*Est enim naturae aequum, tamdiu de liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, quum mutaveri voluntatem*". Y, más adelante (D, 43.26.12, *Celsus l. XXV 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

tampoco implica un desplazamiento posesorio; además, la retención, a diferencia de la prenda, no concede acción, sino excepción⁵¹.

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 Cc), 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 entre posesión y propiedad mientras está pendiente el pago del precio, y sólo en este sentido puede decirse que se trata de pactos equivalentes⁵².

en contrario, y finalmente como elemento *esencial* (existe, aunque se pacte lo contrario) *vid.* BUENO DELGADO, J. I., "Precedentes romanos del derecho de retención de la prenda", *RIDROM*, 10, 2013, pp. 120 y ss.

⁵¹ Para las diferencias entre prenda y derecho de retención *vid.* MATEO Y VILLA, *op. cit.*; LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "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 LÓPEZ DE HARO, C., *El derecho de retención*, ed. Reus, 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.

⁵² 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

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 articulado⁵⁶, en la legislación mercantil⁵⁷ y en la foral, a la que nos referiremos más adelante. Recientemente se han introducido nuevos supuestos de derecho de retención

diversos supuestos concretos de derecho de retención; así el 1.620 para el mandatario, el 1.685 para el depositario y el 1.779 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.

⁵⁶ 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).

⁵⁷ El Código de Comercio lo aplicaba al contrato de pasaje (704 CCom) 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 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)

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*⁶² -en realidad, ya existía en Roma un supuesto en el que se daba retención faltando la conexidad entre cosa y crédito; se trata, como es sabido, del llamado *pignus gordianum* -C.J. 8.26.(27)⁶³-; la de otorgarle, en determinados supuestos, una

⁶² En este sentido, MATEO Y VILLA, 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 propria* del vendedor.

⁶³C.J. 8.26.1 *Imperator Gordianus. 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 susceperat, 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 cogaris. 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. * GORD. A. FESTO. *<A 239*

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.

Este mismo reforzamiento lo encontramos en nuestro país en la *Compilación de Derecho foral navarro* y en 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 permita⁶⁶. Una vez cumplida la obligación, el

⁶⁶Opina SABATER BAYLE, E., «La facultad de retención posesoria», *Revista Jurídica de Navarra*, nº 13, 1992, p. 89 que “acaso este Ordenamiento trate sencillamente de orillar la controversia doctrinal acerca de la distinción entre derechos reales y derechos de crédito, pronunciándose expresamente a favor del *numerus apertus* de derechos reales en base al

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 poseer⁷³, 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,

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 CC 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”*.

⁷³ Cosa que sí autorizaba la anterior legislación hipotecaria, bajo cuyo amparo LÓPEZ DE HARO, *op. 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 MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, t. IV, 7ª ed., Reus, Madrid, 1972, 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 CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español. Común y Foral*, 13ª ed., Madrid, 1987, t. II, vol. 1, p. 657 y ss.

Por lo que se refiere a las contribuciones, por analogía con el 504 CC en relación al usufructo y el 1.882 respecto a la anticresis, habrá de estimarse que corresponden al vendedor mientras se mantenga en la posesión, si nada se ha pactado al respecto⁷⁷; 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 Cc (“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 contenido⁷⁸. Tampoco cabría una imputación anticrética de los frutos para compensar la deuda, salvo que se hubiera pactado expresamente⁷⁹.

⁷⁷ En este sentido ALBADALEJO, *op. cit.*, p. 108, considera que las contribuciones ordinarias en cuanto gravamen del uso de la cosa o de sus rendimientos, (cfr. Art. 504 CC) 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.

⁷⁸ En este sentido, MARTÍN PÉREZ, “Comentario al artículo 451 Cc”, *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*, t. VI, cit., p. 365; DIEZ-PICAZO, 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

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 definitiva⁸⁰, o si es suficiente, por

compartida por CASTÁN, *op. cit.*, p. 693 DELGADO ECHEVERRÍA, «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor de buena fe», *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.).

⁷⁹ El D.6.1.48 (*Pap. l. II resp.*) permitía la compensación de la deuda con los frutos percibidos antes de la contestación a la demanda; también la Part. 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., *op. cit.*, p. 257, n. 702, entiende que es factible, teniendo como norte el principio de libertad de pactos recogido en su ley 7, y al amparo de la Ley 471 de la Compilación, el pacto anticrético por el que en el contrato de depósito remunerado se determina que el depositario hará suyos los frutos que la cosa produzca mientras dure el depósito, en pago del precio establecido por sus servicios. 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 LÓPEZ DE HARO, *op. cit.*, p. 106; en contra CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *cit.*, p. 75 y ss., salvo en los supuestos de anticresis, y MATEO Y VILLA, *cit.*, p. 200.

⁸⁰ En el supuesto contemplado por la resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996 (RJ 1996\3950), la promotora se comprometía a entregar las cinco fincas que la recurrente adquiría 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

