

Reflexiones en torno a la venta de cosa ajena

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. LA NULIDAD DE LA VENTA DE COSA AJENA POR FALTA DE OBJETO. **CRITICA.**—3. LA ANULABILIDAD DE LA VENTA DE COSA AJENA: 3.1. POR «ERROR IN DOMINIO». 3.2. POR **DOLO.**—4. LA VALIDEZ DE LA VENTA DE COSA AJENA COMO EXIGENCIA DE SISTEMA.

1. PLANTEAMIENTO

El problema del tratamiento jurídico que merece la venta de cosa ajena, aun siendo un tema clásico en nuestra doctrina, sigue estando de actualidad como lo demuestran los numerosos trabajos que sobre el tema recientemente se han publicado, importancia que también se percibe en los repertorios de jurisprudencia. Sin embargo, aun cuando se afirme que hoy es **mayoritaria** la doctrina partidaria de su validez, lo cierto es que si se analizan instituciones conexas, como son la noción de justo título para la usucapión ordinaria, el saneamiento por evicción, la organización de nuestro sistema registral y, concretamente, el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, se pueden apreciar posiciones contradictorias.

Aunque en todo problema jurídico planteado hay que tener muy presente el conflicto de intereses que en cada caso tiene lugar, la solución que debe recibir la venta de cosa ajena (1) en nuestro ordenamiento tiene mucho que ver con el sistema de transmisión de los derechos reales adoptado, como lo

(1) Al tratar tanto de la venta de cosa ajena como de la venta de cosa común por un comunero aislado, me refiero exclusivamente al supuesto de vendedor *non dominus* que contrata en nombre propio. Si actúa en nombre del dueño y carece de poder de representación, entramos en el terreno del negocio representativo que presenta una problemática bien distinta que queda fuera del objeto del presente trabajo, pues no se trata de un problema de poder de disposición, sino de una patología de puro consentimiento contractual (art. 1.259 CC).

demuestra el hecho de que las distintas soluciones que ha recibido en otros ordenamientos se derivan de los distintos sistemas de transmisión adoptados.

El párrafo segundo del artículo 609 CC establece que «la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten (...) *por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*». Si bien la fórmula empleada por el artículo 609 es imprecisa en todos sus extremos, ya que no se señala qué contratos producen, mediante la tradición, la transmisión del derecho real, ni la relación que media entre esos ciertos contratos y lo que ha entendido el Código por tradición, es prácticamente unánime la doctrina que afirma para nuestro sistema la insuficiencia del contrato para operar por sí solo las mutaciones jurídico reales. Por otro lado, es generalmente admitido que la compraventa regulada en nuestro Código Civil es meramente obligacional, de estructura netamente romana, que sólo requiere, como dispone el artículo 1.457 CC, capacidad para obligarse e incluso para no pocos autores, la compraventa no genera para el vendedor obligación de producir el efecto traslativo (2). Sin embargo, algún sector de nuestra doctrina y también sentencias del Tribunal Supremo, aun partiendo de estos planteamientos, siguen declarando la nulidad de la venta de cosa ajena, o la declaran válida y, en cambio afirman, tan tajante como contradictoriamente, la nulidad de la venta de cosa común **por** uno de los comuneros, posiciones que de ser correctas dejarían, por ejemplo, prácticamente vacía de contenido a la usucapión ordinaria, institución que, como entiende mayoritariamente la doctrina (3), viene a purgar la ausencia de poder

(2) Así lo entienden ALBALADEJO, «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *RGLJ*, 1947, pág. 447; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. XIX, Madrid, 1991, pág. 178; MORALES MORENO, *Comentario del Código Civil*, op. cit., pág. 936; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Madrid, 1944, pág. 12; ROCA SASTRE, «La venta de cosa ajena», *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Madrid, 1948, pág. 377, entre otros. Por su parte, MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, t. X, Madrid, 1950, pág. 33, señala que «la compraventa en nuestro Derecho ni siquiera puede decirse que produzca la obligación de transmitir el dominio, sino únicamente la posesión de la cosa». No obstante, este autor parece mantener la posición contraria en otros lugares de su obra, *op. cit.*, págs. 153 y 200.

(3) Que la usucapión es un modo de adquirir a *non domino* que viene a purgar la falta de poder de disposición del transmitente es un extremo sobre el que existe práctica unanimidad doctrinal. Así, GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, t. III, Madrid, 1875, pág. 46, califica la usucapión como modo de adquirir cosa ajena; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 1.º, Barcelona, 1990, pág. 210; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, Madrid, 1978, pág. 625; ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. XXV, Madrid, 1993, pág. 325; LUNA SERRANO, *Comentarios al Código Civil (art. 1.952)*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pág. 2127; J. MIQUEL, «Compraventa y transmisión de la propiedad», *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor MURGA GENER*, Madrid, 1994, pág. 593; MORALES MORENO, «La

de disposición del **transmitente** y que requiere para su operatividad de un justo título que, como dispone el artículo 1.953, «ha de ser verdadero y válido».

A mi juicio, el fundamento de la validez de cosa ajena para nuestro Derecho se encuentra en el propio sistema de transmisión de los derechos reales que declara la insuficiencia del contrato para la producción de los efectos reales (art. 609 CC) (4). De ahí que la solución adoptada no haya sido la misma en ordenamientos que, por establecer la transmisión por el solo consentimiento (art. 1.138 *Code*), consideran el contrato como negocio de disposición; por ello el artículo 1.599 del *Code* declara nula la venta de cosa ajena (5). En este sentido, resulta reveladora la reforma que en este punto se ha llevado a cabo en Italia en el Código Civil de 1942 que ha creado una «venta obligatoria» no dispositiva que posibilita la validez de la venta de cosa ajena, no derogando pero sí **excepcionando** en determinados supuestos la actuación del sistema de transmisión *solo consensu*. La regulación de la venta de cosa ajena en el *Código* de 1942 constituye, a mi juicio, una muestra de que la solución

inscripción y el justo título de usucapión», *ADC*, 1971, pág. 1129; JORDANO FRAGA, «Doble venta, venta de cosa ajena, adquisición "a non domino", responsabilidad por evicción. Comentario a la Sentencia de 4 de marzo de 1988», *ADC*, 1989, pág. 1357, nota 3.

(4) Más exactamente CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, 1995 (en prensa).

(5) Resulta llamativo, sin embargo, el silencio acerca de la venta de cosa ajena en el Proyecto de GARCÍA GOYENA. No parece existir mucha sintonía entre el sistema de transmisión consensual que el Proyecto establece (arts. 548 y 981) y la regulación que luego hace de la compraventa. Efectivamente, la compraventa viene diseñada en el Proyecto como un contrato consensual, obligacional (art. 1.367) y que genera para el vendedor la obligación de entrega y saneamiento de la cosa vendida (art. 1.387), sin que tampoco venga expresamente establecida la obligación del vendedor de transmitir la propiedad al comprador (el propio GARCÍA GOYENA, en el comentario al art. 1.397, niega que exista tal obligación). Como ha puesto de relieve ALBALADEJO («La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *RGLJ*, 1947, pág. 469), la regulación de la compraventa en el Proyecto de 1851 se corresponde, al igual que la de nuestro Código Civil, con la romana. Sin embargo, con una alteración sustancial del sistema de transmisión de los derechos reales. El silencio legislativo acerca de la venta de cosa ajena debiera entenderse favorable a la nulidad como hiciera el legislador francés dada la consideración del contrato como modo de adquirir y, por tanto, consecuencia de la máxima *nemo dat quod non habet*. Sin embargo, no pareció ser esta la solución que estaba presente en la mente de GARCÍA GOYENA, que expresamente declara en el comentario al artículo 1.367, al tratar de la obligación del vendedor de entrega y saneamiento de la cosa vendida, que «el vendedor responde al comprador de la posesión pacífica de la cosa porque la venta de cosa ajena es válida» (GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, III, Madrid, 1852, 359). Existe, pues, una falta de concordancia entre el sistema de transmisión de los derechos reales de inspiración francesa y la configuración de la compraventa derivada de las Partidas puramente romana y basada, como tal, en un sistema de transmisión opuesto al consensual.

que debe recibir la venta de cosa ajena se encuentra en el sistema de transmisión de los derechos reales y no en la teoría general del contrato.

En nuestro Código Civil no hay una referencia expresa a la venta de cosa ajena y, sencillamente, creo que no hacía falta dado nuestro sistema de transmisión que, como en el Derecho romano, niega al contrato virtualidad dispositiva y configura la venta como negocio obligacional (6). Además, la validez de la venta de cosa ajena viene, a su vez, exigida por la mera presencia en sede de compraventa del saneamiento en caso de evicción, que constituye una de las obligaciones del vendedor y presupone asimismo un contrato válido de venta de cosa ajena (7). De ahí que el mantenimiento de dicha obligación típica en los sistemas de transmisión *solo consensu* desnaturalice la función

(6) Así se configuró la compraventa, y en general el sistema, en las Partidas, a imagen y semejanza de la compilación *justiniana*. En la Partida 5.5.8 se considera la venta como un contrato consensual y simplemente obligatorio. No establece expresamente la obligación del vendedor de transferir la propiedad de la cosa vendida, a diferencia de la mención a la obligación del vendedor de sanear en caso de evicción que viene establecida en Partida 5.5.32. La validez de la venta de cosa ajena está expreamente consagrada en Partida 5.5.19: «Cosa agena vendiendo un *ome* a otro, valdrá la vendida. Pero aquel que tal compra *faze*, o sabe que aquella cosa, que *as* si compra, que non es de aquel que *gela* vende, o creya que es suya. E si sabe que es agena, maguer que la torne después por juicio a aquel cuya es, non es tenuto el vendedor de tornarle el precio; fueras, si *quando* *gela* vendió, se obligo que lo tornasse, si aquel cuya era aquella cosa la *demandasse*, e la cobrasse. Mas si non supiesse el comprador que era la cosa agena quando la compro, estonce non seria el vendedor tenuto tan solamente de pechar el precio, mas todos los daños, e los menoscabos que le viniesen por razón de aquella vendida que le fizo». Como ha señalado MÉNDEZ APÉNELA, «La venta de cosa ajena», *Homenaje a Juan Berchams Vallet de Goytisolo*, Madrid, 1990, pág. 629, «los redactores castellanos asocian y relacionan la declaración de validez de la venta de cosa ajena con la responsabilidad por evicción del vendedor (Part. 5.5.19) y las posibilidades de usucapir (Part. 5.5.54)». Sobre la regulación de la compraventa en las Partidas, ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, «La compraventa en las Partidas», *Centenario de la Ley del Notariado*, II, Madrid, 1965, págs. 341 y sigs., quienes ponen de relieve la estrecha conexión de la regulación de la compraventa en las Partidas y la *Summa Codicis* de AZÓN.

(7) RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolea, 1993, pág. 266; GAYOSO ARIAS, «Cuestiones sobre el contrato de compraventa», *RDP*, 1921, pág. 226; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pág. 888; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pago y transmisión de la propiedad (el art. 1.160 CC)*, Barcelona, 1990, pág. 170; RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, Barcelona, 1990, pág. 56; DELGADO ECHEVARRÍA, «Comentario a la Sentencia de 14 de marzo de 1983», *CCJC*, núm. 2, 1983, pág. 470; MERINO GUTIÉRREZ, «Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial», *La Ley*, 1995, págs. 2 y sigs.; VERGA, *Errore e responsabilità ni contratti*, Padova, 1941, pág. 303: «Evicción y nulidad de la venta de cosa ajena son términos absolutamente contradictorios». En contra, MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, t. X, vol. 1.º, 6.ª ed., revisada por Bloch, Madrid, 1969, pág. 51.

transmisiva prevista como regla y algún autor haya abogado por su supresión (8).

No obstante, el hecho de que en nuestro Derecho el contrato intervenga en el proceso transmisivo como causa de la atribución patrimonial consumada por la tradición ha envuelto de confusión la disciplina de la venta de cosa ajena por entenderse que la compraventa es, en cierto modo, también negocio de disposición (9). A mi juicio, la particularidad de nuestro sistema, y de ahí su dificultad, reside en que el mantenimiento de la distinción de origen romano entre negocios de obligación y de disposición se hace desde un planteamiento causal, lo que nos diferencia del sistema alemán en el que dicha delimitación también está presente, si bien los negocios obligacionales se hallan desligados del proceso transmisivo, como impone la abstracción consagrada en el BGB. Por ello, en nuestro Código Civil existe una categoría intermedia entre los negocios meramente obligacionales y los dispositivos, como son los que se han venido denominando *contratos traslativos del dominio*, los cuales participan de la naturaleza de las obligaciones (en el sentido de generar obligaciones y no derechos reales), pero intervienen en el *iter* transmisivo porque albergan la voluntad de las partes de transferir y adquirir el derecho real que se consumará con el acto dispositivo *traditorio* (10). Pero esta circunstancia, consecuencia de la causa-

(8) En este sentido se han manifestado RICCA-BARBERIS, *Trattato della garanzia per evizione*, Torino, 1958, pág. 229; DE MARTINO, voz «Evizione. Diritto civile», *Novissimo Digesto italiano*, t. VI, Torino, 1964, pág. 1050; Russo, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965, pág. 153.

(9) Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1986 (Ar. 7189), aunque no contempla un caso de venta de cosa ajena, es contundente en este sentido: «La venta es, por definición, un acto de enajenación, puesto que su finalidad es la traslativa de dominio que se consuma mediante la entrega de la cosa, **obligación** que el vendedor contrae, establecida en los artículos 1.461, 1.468 y 1.096 CC, consecuente a su naturaleza de acto de disposición, por lo cual el contrato que se asimile a la compraventa también constituye un acto de **disposición** o enajenación». Asimismo, en la Sentencia de 22 de marzo de 1993 (comentada por Díez SOTO, *CCJC*, núm. 31, 1993, págs. 309 y sigs.) el Tribunal Supremo declara nula una compraventa por falta de poder de disposición de la vendedora. También, ferviente defensor de la naturaleza dispositiva de la compraventa es GIMÉNEZ ROIG, *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa* (condicionada legalmente a la adquisición por el comprador de la posesión en concepto de dueño de la cosa mediante la tradición por el vendedor o supletoriamente mediante la puesta en posesión por el Juez e incondicionada cuando el vendedor está desposeído), Madrid, 1991, pág. 393.

(10) Por el contrario, LARRONDO LIZARRAGA, *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa...*, op. cit., pág. 570, acude para determinar la naturaleza traslativa o meramente obligacional de la compraventa a la polémica acerca de la existencia o no de obligación de transmitir la propiedad en la compraventa. A mi juicio, el que exista obligación de transmitir la propiedad en la compraventa no convierte al contrato en negocio dispositivo. Esta circunstancia tendrá repercusión a la hora de valorar si la falta de poder de disposición del transmitente ha provocado o no una

lidad de nuestro sistema de transmisión de los derechos reales, no convierte a los mencionados contratos en negocios de disposición, pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 609 no son suficientes para producir el efecto **transmisivo** (aunque el vendedor sea dueño, y ello a diferencia del sistema italiano actual) y, por ende, no requieren el poder de disposición del **transmitente**.

El hecho de que los mencionados contratos participen en el proceso transmisivo ha dado pie a interpretaciones que niegan la validez de la venta de cosa ajena, doctrinas que, a mi juicio, prescinden arbitraria y peligrosamente de lo dispuesto en el artículo 609 CC y, *de facto*, imponen la vigencia del sistema de transmisión *solo consensu* al justificar la nulidad de la venta de cosa ajena en la regla *nemo dat quod non habet* (11). En este

patología en la consumación del contrato. Tampoco comparto la afirmación de este autor cuando altera la naturaleza del contrato de compraventa en función de que haya habido o no cumplimiento inmediato. Así, afirma que «**habitualmente** la celebración y consumación de la compraventa coinciden en el tiempo, celebrándose un contrato real, traslativo del dominio, que exige la propiedad del vendedor y su ejercicio de la facultad de libre disposición sobre la cosa vendida, por lo que careciendo de estos elementos el coheredero que contrata sin el consentimiento de sus partícipes, el negocio celebrado es nulo de pleno derecho» (*op. cit.*, pág. 572). Esta solución me parece arbitraria pues hace depender la naturaleza de la venta —y por tanto sus posibilidades de **impugnación**— del hecho de que haya habido o no consumación inmediata. A mi juicio, la venta es un negocio obligacional, haya existido o no ejecución inmediata, pues en ambos casos es la tradición la responsable del efecto transmisivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 609 CC. De lo contrario, si se estima que por el hecho de que haya habido entrega inmediata «la compraventa es obligacional y dispositiva» (*op. cit.*, pág. 562), el hecho contingente de la **inmediatividad** del cumplimiento de la prestación convierte al poder de disposición en requisito de perfección del contrato, llegando incluso esta circunstancia, como señala este autor, a alterar la causa del contrato de compraventa: «Cuando la compraventa celebrada sea obligacional y dispositiva a la vez, por estar acompañada de cumplimiento simultáneo de la cosa y precio, la causa para cada contratante es la prestación de la otra parte. Por esta razón, la compraventa dispositiva de un coheredero sobre bienes hereditarios indivisos es nula porque carece de causa, ya que nadie puede transmitir más derechos de los que tiene, careciendo aquél del dominio exclusivo y facultad dispositiva» (*op. cit.*, pág. 562).

(11) En este sentido, en la STS de 5 de julio de 1976 (ponente: Beltrán de Heredia y Castaño, Ar. 3329) se acusa la influencia que han ejercido en nuestra doctrina y jurisprudencia las construcciones extranjeras respecto de la calificación jurídica de la venta de cosa ajena. «La doctrina jurisprudencial que se alega acerca de la nulidad de esta clase de ventas, contenida en las sentencias que se citan, inspirada en la vieja doctrina científica que tanto en España como en el extranjero se construyó en torno del artículo 1.599 CC francés, fue superada posteriormente, sosteniéndose su validez científicamente, siguiendo la directriz de los autores alemanes e italianos, con apoyo en algunos texto romano (D. 18.1.28; la nueva redacción del Código italiano de 1942) que en el artículo 1.478 la permite expresamente, suprimiendo la nulidad que decretaba el de 1865 y la falta de argumentos legales sólidos en nuestro sistema que se compagina más bien con la nueva corriente, habida cuenta el carácter meramente obligacional de la compraventa —el vendedor no da, sino que se obliga a **hacerlo**—, sin que exista

sentido hay que destacar la opinión de FALCÓN, quien directamente admite para nosotros el sistema *solo consensu* con todas sus consecuencias. Afirma este autor con respecto a la definición del contrato de compraventa del artículo 1.445 CC que «las definiciones modernas del contrato de compraventa se resienten todavía de la influencia de las doctrinas romanas y anuncian la distinción puramente formalista de título y modo. Esas definiciones niegan en realidad al contrato de compraventa su naturaleza de título traslativo del dominio y parecen hacer depender de un acto posterior la transferencia del dominio de las cosas, cuando esto no es exactamente cierto en Derecho moderno. El mismo Código francés, propagador de la definición moderna, lo reconoce así cuando inmediatamente después de definir la venta declara: que *es perfecta entre las partes y la propiedad queda adquirida de derecho por el comprador, respecto del vendedor, desde el momento en que se conviene en la cosa y en el precio, aunque la primera no se haya entregado ni pagado* (art. 1.583 Code). Casi en los mismos términos configura nuestro Código (art. 1.450) la doctrina del Código francés» (12). Esta equiparación de nuestro sistema al francés es llevada por este autor a sus últimas consecuencias cuando trata de la capacidad necesaria para celebrar el contrato de compraventa regulada en el artículo 1.457 CC. Así, señala que «no es cierto, como el Código afirma, que pueden celebrar el contrato de compraventa todas las personas a quienes este Código autoriza para obligarse. Esta afirmación sería exacta en cuanto a la persona del comprador, pero no lo es en cuanto a la persona del vendedor. Para vender **legalmente** se necesita algo más que capacidad para obligarse: se necesita tener dominio y libre disposición en las cosas que han de ser materia del contrato. Quien sin tener el dominio en una cosa y facultad para disponer libremente de ella otorgase su venta, celebraría un contrato perfectamente nulo, por más capacidad para obligarse que tuviera; porque la venta es una transmisión del dominio de las cosas, y quien no lo tiene no lo puede transmitir a tercero» (13).

precepto alguno que disponga que quien vende tenga que ser propietario de la cosa vendida y donde caso de ser ajena surgirá el derecho a la pertinente indemnización o al saneamiento si es reivindicada por el verdadero dueño (art. 1.475 CC), lo que es efecto del contrato, no de su nulidad, al margen de la posibilidad del comprador en este caso de adquirir por usucapión la cosa comprada».

(12) FALCÓN, *Código Civil español*, t. IV, Madrid, 1889, pág. 209, y también en *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, Barcelona, 1893, pág. 194.

(13) FALCÓN, *Código Civil español*, cit., pág. 213.

2. LA NULIDAD DE LA VENTA DE COSA AJENA POR FALTA DE OBJETO. CRÍTICA

Esta discutible forma de pensar (que pone de manifiesto la nociva influencia doctrinal francesa en cuestiones en las que claramente nuestro Código se separa del francés), aunque no formulada en los mismos términos, se evidencia en algunas resoluciones judiciales y opiniones doctrinales que consideran nula la venta de cosa ajena *por falta de objeto* (14).

A este respecto conviene destacar la doctrina sustentada por la Sentencia de 9 de mayo de 1980 (ponente: Sánchez Jáuregui, Ar. 1790), que incluye expresamente el poder de disposición como elemento integrante del objeto del contrato de compraventa (15). En este sentido, afirma el TS que «sin

(14) MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil*, t. X, vol. 1.º, 6.ª ed., revisada por Bloch, Madrid, 1969, pág. 51, quien después de sostener que «la compraventa en nuestro Derecho ni siquiera puede decirse que produzca obligación de transmitir el dominio, sino únicamente la posesión de la cosa» (*op. cit.*, pág. 45), afirma con respecto de la venta de cosa ajena que «desde luego no es válida porque la venta representa una transmisión de derecho, y mal puede transmitir lo que no tiene». Así, VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. III, Valladolid, 1937, pág. 387: «En el Derecho moderno, como la venta transfiere la propiedad no puede haber venta de la cosa que no le pertenezca a uno, *nemo dat quod non habet*. El Código Civil nuestro no se ocupa de esta hipótesis, pero se deduce de sus disposiciones que la venta de cosa ajena no transfiere el dominio». MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, t. XXIII, Madrid, 1906, pág. 275, afirma respecto de la venta de cosa ajena que «no hay transmisión de la propiedad al comprador de la cosa vendida por falta de objeto y por el principio *nemo dat quod non habet*». Este autor traslada sin más a nuestro Derecho la solución francesa sobre la venta de cosa ajena que considera más moderna y adelantada (*op. cit.*, pág. 273). Por su parte, COSSÍO Y CORRAL, *Dictámenes civiles*, Salamanca, 1981, pág. 147, también se pronuncia en favor de la nulidad de la venta de cosa ajena, lo que resulta sorprendente, pues previamente sitúa la patología que genera la falta de poder de disposición en la tradición. Los hechos sobre los que se pronuncia este autor consistieron en una venta de un bien ganancial por el marido tras el fallecimiento de su esposa y sin que se hubiera procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales. Para la resolución del supuesto, COSSÍO Y CORRAL distingue el problema de la validez o no del contrato de la validez de la transmisión. Señala en este sentido que «para que la transmisión hubiera podido operar sería necesario contrato válido y tradición eficaz en derecho. Para que la tradición pueda producir una transmisión de la propiedad es preciso que el transmitente tenga la propiedad de la cosa entregada (...). Aunque la posesión se haya transmitido, tal transmisión posesoria no puede operar nunca como verdadera tradición a los fines transmisivos del dominio cuando el que realiza la entrega carece de tal derecho (...). No se ha dado en este caso la tradición transmisiva del dominio por la sencilla razón de que el vendedor no era propietario de la cosa vendida», *op. cit.*, pág. 136. No obstante, **posteriormente** declara que la venta también es nula por falta de poder de disposición, posición que probablemente favorecería a su cliente pero que no encaja con el encuadre que previamente se hace del problema ni con el que mantiene en *Instituciones de Derecho civil*, t. I, Madrid, 1975, pág. 354.

(15) Los hechos que enjuicia esta sentencia son los siguientes: En 1961 P. Bernal vende a S. García e I. Calcerrada (demandantes) una mitad de una finca sita en Santa

confundir objeto con poder de disposición sobre el objeto, la compraventa se otorga atribuyéndose la vendedora una titularidad dominical que no ostentaba, y ello no puede menos que trascender a lo que ha de conceptuarse como objeto de la convención, objeto integrado no sólo por la cosa en sentido físico, sino también por los derechos que radicando sobre la misma son materia de la transmisión que se pretende operar, habiendo de entenderse en este sentido subsistente la doctrina sentada por esta Sala en sus Sentencias de 27 de diciembre de 1932 y 31 de enero de 1963 caucionadora de que si lo que se pretende es la invalidación de transmisiones por falta de poder de disposición sobre los bienes, tal circunstancia no provoca la nulidad por ilicitud de la causa, sino por falta de objeto, a lo que es de añadir la contenida en la Sentencia de 20 de octubre de 1954, al estimar que no concurren en el contrato todos los requisitos exigidos por el artículo 1.261 CC por no tener realidad el derecho de nuda propiedad de las actoras, que se hace figurar como objeto de la contratación, y sobre el que no puede recaer consentimiento de los contratantes que conocían la carencia de esa realidad (Considerando tercero)» (16).

Cruz de Tenerife. La vendedora no había otorgado escritura pública siendo demandada y condenada a otorgarla. En 1971 el Juez de Primera Instancia de Tenerife otorgó en sustitución de la vendedora la referida escritura pública, que fue autorizada por el Notario de dicha capital. Los demandantes solicitan a los demandados (titulares dominicales de igual régimen de comunidad y proindivisión de la restante mitad indivisa) ejercitar una acción de división común solicitando que se declare que el solar es esencialmente divisible y susceptible de formarse del mismo dos porciones iguales, con aprovechamientos independientes por cada una de las partes. Por su parte, los demandados solicitan que sea desestimada la demanda principal y a su vez reconviene contra los actores solicitando que se declare que la compraventa por la que los actores afirman ser titulares en proindivisión de la mitad de la finca objeto de la litis es inexistente en Derecho por carecer de objeto, ya que P. Bernal no tenía la propiedad de la mitad del solar objeto de la compraventa, y se declare que los demandados son dueños absolutos del total solar. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestiman la demanda y estiman la reconvencción. Se interpuso recurso de casación que el Tribunal Supremo declaró no haber lugar.

(16) Asimismo, la Sentencia de 23 junio 1951 (Ar. 1882), ante un caso de doble venta en la que el vendedor había ya transmitido la posesión de la finca al primer comprador en documento privado, con respecto a la segunda venta la declara nula (que se formalizó en escritura pública y que fue inscrita en el Registro de la Propiedad) por falta de objeto, «ya que esa falta es de apreciar no sólo en el caso de inexistencia material del objeto, sino también por la imposibilidad jurídica de ser materia del contrato en cuestión la cosa sobre la que se pretende contratar... (considerando quinto)». Esta tendencia jurisprudencial ya se había iniciado con la Sentencia de 11 de abril de 1912 y ha sido seguida por otras muchas: así, la de 26 junio 1924, 27 diciembre 1932 (Ar. 1387), 20 octubre 1954 (Ar. 2636), 1 junio 1948 (Ar. 954), 31 enero 1963 (Ar. 753), 7 abril 1971 (Ar. 2272), 25 febrero 1972 (Ar. 919), 14 mayo 1983 (Ar. 1475), 25 marzo 1988 (Ar. 2475), 11 abril 1992 (Ar. 3096), comentada por CARRIÓN OLMOS, *CCJC*, núm. 29, 1992, págs. 493 y sigs., y 8 marzo 1993 (Ar. 2052), comentada por GORDILLO CAÑAS, *CCJC*, núm. 31, 1993, págs. 265 y sigs.

Al respecto y a mi juicio, no cabe considerar objeto del contrato de compraventa algo (la transmisión de la propiedad) que por sí mismo y aun siendo la cosa propia del vendedor es inhábil para producir. No ocurre lo mismo en los sistemas de transmisión **consensual** dada la naturaleza dispositiva de la venta (17). De ahí que el artículo 1.470 del vigente Código Civil italiano considere como objeto del contrato de compraventa la transmisión de la propiedad de una cosa o la transferencia de otro derecho a cambio de un precio. Sin embargo, dada la diversidad de sistemas **transmisivos** no cabe adoptar idéntica solución en nuestro Derecho, que tan sólo coincide con éstos en que la *finalidad* de la compraventa es la transmisión de la propiedad (18) por estar **tendencialmente** dirigida a la transferencia del derecho real. Si se entiende el *objeto* del contrato *como finalidad* (lo que nos podría adentrar en su caso más bien en el terreno de la causa) (19), en todos los sistemas transmisivos ésta consiste en la transferencia del derecho real (20). Por ello, creo que

(17) Así lo pusieron de manifiesto los redactores del Código francés, FAURE (FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. XIV, París, 1836, pág. 157: «La loi romaine, permettait de vendre ce dont on n'était pas le propriétaire. Le motif de la nouvelle loi (art. 1.599 Code) est que l'on ne doit pas avoir le droit de vendre une chose quand on n'a pas celui d'en transmettre la propriété. La transmission de la propriété est l'objet de la vente».

(18) En este sentido, ROGEL VIDE, *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975, pág. 128.

(19) ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, vol. 2.º, Barcelona, 1989, pág. 262; GETE ALONSO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 473. Desde un planteamiento objetivo, la causa del contrato de compraventa, su función típica, no es tampoco la transmisión de la propiedad, sino más bien, como señala FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *Compraventa...*, cit., pág. 235, «la obligación de entregar una cosa a cambio de la obligación de entregar el precio, pues en Derecho español el contrato se reduce a dar nacimiento de las obligaciones». En este sentido, creo que no cabe tampoco **reconducir** la patología que genera la falta de poder de disposición a un problema de causa, ya que la no titularidad del vendedor no impide el nacimiento de obligaciones que constituyen la causa del contrato. Todo esto, claro está, siempre que se entienda que la causa constituye un requisito del contrato, ya que la cuestión no es pacífica. Así, lo niegan LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1.º, Barcelona, 1994, pág. 450; ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, vol. 3.º, Barcelona, 1989, pág. 268, y SANCHEZ REBULLIDA, «Notas sobre la causa de la obligación», *RGLJ*, 1971, pág. 664. Sin embargo, no han faltado resoluciones judiciales (escasas) que han relacionado el problema de la venta de cosa ajena con el de la causa. Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1983 (Ar. 1475), 19 de diciembre de 1985 (Ar. 6603), 25 de marzo de 1988 (Ar. 2475): «La venta de una cosa que no pertenece exclusivamente al **transmitente** tiene incidencia en la nuclear causa **negocial**». Sobre la posible ilicitud causal de la venta de cosa ajena* con mala fe de ambas partes (*consilium fraudis*), que pretenden perjudicar al *verus dominus*.

(20) El legislador francés creyó innovar más de lo que efectivamente innovó, pues de los discursos preparatorios del *Code* se deduce que fundamentaron la validez de la venta de cosa ajena en el Derecho romano en el sentido de que era un contrato no dirigido a la transmisión de la propiedad. Así, GRENIER (FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. XIV, París, 1836, pág. 192): «Suivant le Droit

no resulta válida la dicotomía *venta obligatoria-no traslativa* y *venta con efecto real-venta traslativa* (21). La esencia del contrato de compraventa, a mi juicio, lo constituye (y ello en todos los sistemas) la intención recíproca de las partes de transmitir y **adquirir** el derecho real (22) de que se trate, con independencia del momento en que el efecto real se verifique. Pero afirmar la finalidad traslativa de la compraventa no conduce necesariamente a predicar su naturaleza de acto de disposición (23), concepto al que, ahora sí, se contraponen la venta obligatoria. En este sentido, y como ha puesto de relieve GORDILLO, «la admisibilidad de la compraventa de cosa ajena no exige la concepción de la compraventa como contrato no necesariamente ordenado a la transmisión del dominio; deriva, por el contrario, de la distinción entre la eficacia obligacional del contrato y su posterior eficacia traslativa, centrada ésta en torno a la *traditio* o entrega» (24).

Una cosa es afirmar la finalidad *traslativa* de la compraventa como contrato preordenado a la transmisión, y otra muy distinta dotar a la misma de trascendencia real inmediata, es decir, convertirla en acto de disposición, que es lo que se hace cuando se afirma la nulidad de la venta de cosa ajena por falta de objeto (25). Introducir el poder de disposición del **transmitente**

romain, qui était généralement observé à ce sujet et qui avait forcé de loi, le vendeur et l'acquéreur pouvaient respectivement vendre et acheter la chose qu'ils auraient su ne pas appartenir au vendeur (...) Cette législation, qui, dans quelques cas, pouvait favoriser des vues imorales, a paru contraire au vrai principe de la vente. Son unique but doit être la translation d'une propriété; or, la vente d'une chose que n'appartient pas au vendeur ne peut être le germe d'une transmission de propriété. Il a donc paru plus conforme à la nature des choses et aux vues saines de la *morale* d'annuler l'engagement comme vente».

(21) En este sentido, RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., pág. 123.

(22) Al igual que en el Derecho romano D. 18.1.80 (LABEÓN): «Nadie puede considerarse que ha vendido aquello cuya propiedad no se quiso que pasase al comprador, porque esto es un arrendamiento u otro tipo de contrato».

(23) Por ello no comparto enteramente la opinión de RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, pág. 110, cuando afirma que «no se puede escindir la voluntad de vender (obligarse a transmitir) y la voluntad de enajenar (transmitir) porque la declaración de voluntad que perfecciona el contrato **transmisivo** es tanto ejercicio de la autonomía contractual como ejercicio del poder de disposición». Y es que obligarse a enajenar implica obligarse a disponer, lo que implica que la disposición no se ha efectuado todavía. Por lo demás, si obligarse a enajenar implica ejercitar el poder de disposición, éste debiera considerarse requisito de perfección del contrato, lo que se compadece poco con la postura de este autor favorable a la validez de la venta de cosa ajena.

(24) GORDILLO CAÑAS, «Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor *non dominus*. *Traditio sine causa*. ¿Adquisición de buena fe? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983», *ADC*, 1984, pág. 571.

(25) Así lo han puesto de relieve FERNÁNDEZ ARROYO, «El problema de la calificación jurídica de la venta de cosa ajena», *RDP*, 1992, pág. 640, y ROCA SASTRE, «La venta de cosa ajena», *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1948, t. I, pág. 367, al señalar que «una cosa es afirmar que un negocio jurídico tiene finalidad traslativa del dominio,

en el objeto contractual, como ha manifestado FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, «significa tanto como requerir que en el momento del contrato se dieran todos los elementos necesarios para el traspaso del dominio. Y esto no es sostenible en un sistema de título y modo. La ajenidad, se conozca o no, no convierte la cosa en objeto inhábil para la perfección de la compraventa: la cosa existe y sirve, aun siendo ajena, como objeto del contrato» (26). La coherencia con nuestro sistema de transmisión de los derechos reales impone la localización del poder de disposición fuera del ámbito del objeto contractual (27), lo cual parece haber sido la posición de nuestro legislador que omite toda referencia al poder de disposición sobre la cosa como presupuesto del objeto contractual.

En última instancia toda esta controversia se halla inmersa en la incertidumbre existente acerca de lo que deba entenderse por objeto del contrato de compraventa y que viene, a su vez, generada por la dificultad que entraña, con carácter general, el propio concepto de objeto del contrato (28). Así, es hoy **mayoritaria** la doctrina que entiende como objeto del contrato de compraventa a la cosa, entendiendo por tal todo lo que puede

y otra que un negocio sea de transmisión del dominio», frase que repite textualmente el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 1982 (ponente: Fernández Rodríguez, Ar. 2605) en su Considerando tercero.

(26) FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C., *La venta de cosa ajena, ¿validez o nulidad?*, Madrid, 1994, pág. 19, y *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pág. 214. En el mismo sentido, ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, vol. 2.º, Barcelona, 1989, pág. 29; CLAVERÍA, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1985», CCJC, núm. 7, 1985, pág. 2297; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentario del Código Civil*, op. cit., pág. 888; MIQUEL, J. M., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, pág. 1547; RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., pág. 368; LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, pág. 9; FERNÁNDEZ ARROYO, *El problema de la calificación jurídica...*, cit., pág. 656; GAYOSO ARIAS, *Cuestiones...*, cit., pág. 228; RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, cit., pág. 70; RIVERO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3.º, Barcelona, 1986, pág. 26.

(27) Así lo han puesto de relieve Cossío Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1975, pág. 354, y SALINAS VERDEGUER, «Saneamiento por evicción, doble venta y venta de cosa ajena», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXI, Madrid, 1993, pág. 478.

(28) Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho civil*, vol. 1.º, Madrid, 1993, págs. 197 y sigs., resume la problemática en torno al concepto de objeto del contrato en general. Asimismo, RAMS ALBESA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y Díez ALABART, t. XVII, vol. 1.º-B, Madrid, 1993, págs. 442 y sigs. La STS de 5 de junio de 1978 (Ar. 2219) señaló con relación al objeto del contrato que consiste en «la realidad sobre la que el contrato incide y en relación a lo que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato, es decir, el comportamiento a que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor, referido no al aspecto obligacional objetivo inmediato, o sea, a los derechos y obligaciones que se constituyen, sino al mediato, que puede consistir tanto en una cosa propiamente dicha, bien de la naturaleza exterior era procedente del ingenio humano, o en un acto de una persona integrador de la prestación».

estar en el patrimonio y ser enajenado (29), o bien al derecho de propiedad sobre la cosa (30). Otros autores —como es el caso de RUBIO GARRIDO— estiman que el objeto de compraventa «es el programa obligatorio y vinculante que las partes han diseñado en virtud de su autonomía contractual, más su eventual integración en virtud del artículo 1.258 CC. Es decir, consiste en las complejas obligaciones, en cuanto planificadas, de dar (el tipo de la compraventa es causalmente **transmisivo**) para el vendedor y de atribuir el precio al comprador», y considera la cosa como objeto mediato del contrato en tanto en cuanto ciertas cualidades suyas o su idoneidad para la función que en el contrato se le dé entran en el contenido de la vinculación obligatoria del vendedor (31). Para GAYOSO ARIAS, «objetos del contrato son en gradación esencial: la obligación, de la que resulta el correlativo derecho; la acción positiva o negativa a que el contratante se obliga; la cosa sobre que versa aquélla y cuya obtención inquirimos» (32).

Por su parte el Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de mayo de 1982 (ponente: Fernández Rodríguez. Ar. 2605) (33), señala que «es indiferente que las cosas vendidas sean o no del vendedor, ya que el ser suya o ajena

(29) BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, t. I, Madrid, 1969, pág. 103; FERRANDIS VILELLA, *Anotaciones al Derecho de obligaciones de Enneccerus-Lehmann*, t. II-2.º, vol. 1.º, Barcelona, 1966, pág. 32; GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 1968, pág. 18; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XIX, Madrid, 1991, pág. 25; NAVARRO PÉREZ, *La compraventa civil*, Granada, 1993, pág. 185; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Madrid, 1983, pág. 345; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, Barcelona, 1982, pág. 135; RIVERO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3.º, Barcelona, 1986, pág. 19.

(30) ROGEL VIDE, *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975, pág. 133.

(31) RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., pág. 369. Asimismo, F. MENÉNDEZ, «Ensayo sobre la *venditio rei alienae* en el Derecho clásico y en las legislaciones modernas», *RDP*, 1914, pág. 351; RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena...*, cit., pág. 68, y JORDANO FRAGA, «Doble venta, venta de cosa ajena, adquisición a *non domino*. Responsabilidad por *evicción*». *Comentario a la STS de 4 de marzo de 1988*, pág. 1359.

(32) GAYOSO ARIAS, *Cuestiones...*, cit., pág. 143. En el mismo sentido, M. C. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pág. 210.

(33) Los hechos que enjuicia esta Sentencia son los siguientes: la demandada vendió, con la asistencia de su marido, ocho fincas pertenecientes a una comunidad hereditaria derivada de la herencia de sus padres. La vendedora declaró que las fincas eran de su exclusiva propiedad. En la compraventa se pactó un precio que no fue totalmente satisfecho en el momento de la firma del documento privado. El comprador demandante solicita que se condene a los demandados a recibir el resto del precio y al otorgamiento de la escritura pública. Los demandados reconviene solicitando que se declare nulo o por lo menos anulable el contrato de compraventa por no pertenecer ninguna de dichas fincas a su dominio, haber resultado viciado por error el consentimiento por ella prestado y por carecer asimismo la propia compraventa de objeto cierto. Las sentencias de instancia estimaron la demanda desestimando la reconvenición, y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

la cosa vendida no es condición o requisito incorporado al contrato, al limitarse la obligación del que vende a tener como objeto directo e inmediato la prestación, es decir, su actividad propia de suministrar al comprador las cosas especificadas en la compraventa, pero sin ser éstas propiamente objeto directo de la obligación asumida por aquél, puesto que si bien es cierto que en el Derecho romano la obligación del vendedor, que imponía sólo a éste el entregar o apoderar de la cosa vendida al comprador (*vacuam possessionem tradere*) por la invocada circunstancia de la construcción de la compraventa como contrato meramente productor de obligaciones (*inter contrahentes*, mas no *erga dominum*), no impedía la finalidad traslativa del dominio; sin embargo, aquel carácter meramente obligacional de la compraventa determinaba que en relación a la *traditio*, en que había una intención de transferir la propiedad a fin que el comprador se hiciera dueño de las cosas *tradidas*» (34).

Ciertamente, parece que en los que declaran nula la venta de cosa ajena por falta de objeto subyace una confusión conceptual entre lo que constituye *indisponibilidad legal del objeto* [como acontece con los bienes fuera del comercio o derechos reales indisponibles como es caso del uso y la habitación (art. 525 CC)] y la *ausencia de poder de disposición*. Cuando se trata de un bien fuera del comercio, el objeto del contrato es legalmente imposible por estar vedada su transmisión por la Ley (35). Se produce una inidoneidad del derecho sobre la cosa para ser objeto de un acto de disposición. En este caso no hay cuestión de si existe o no facultad de disponer (36), nos hallamos fuera del campo de los problemas de ausencia de poder de disposición. Por ello, la transmisión de un bien *extra commercium* es nula tanto cuando éste es propio del vendedor como cuando es ajeno. En este sentido, ha señalado RUBÍO GARRIDO que «si una venta de cosa ajena se declara nula, porque la cosa no estaba determinada, porque no existía en el momento del contrato o porque era *extra commercium*

(34) Anteriormente, también la Sentencia de 5 de julio de 1958 (ponente: Domínguez de Molina, Ar. 2537) niega que la problemática de la venta de cosa ajena (en el supuesto que enjuicia la Sentencia se trataba de venta de cosa común por un comunero aislado) deba reconducirse al objeto de contrato: «No puede decirse que falta el objeto cierto materia del contrato, pues en el caso de autos la cosa existía determinada y cierta, hasta el punto de que el día del otorgamiento del contrato fue puesto en posesión de ella, lo cual es distinto de que tuvieran o no facultad para disponer de la misma... (Considerando *tercero*)». También la Sentencia de 31 de julio de 1981 (ponente: De la Vega Benayas, Ar. 5358).

(35) ALEGRE, «La extracomercialidad y sus consecuencias», *RDP*, 1971, pág. 141; RICCA-BARBERIS, «Cosa de otro y cosa fuera del comercio en la venta romana y moderna» (trad. por M. IGLESIAS), *RDP*, 1953, pág. 7.

(36) FERNÁNDEZ DEL Pozo, «Derecho real de uso y poder de disposición», *RCDI*, 1988, pág. 93.

(art. 1.271-1.273 CC), la declaración de nulidad se hace no por la ajenidad del derecho vendido, sino porque en estas circunstancias es nulo todo contrato de compraventa e, incluso, del de cosa propia» (37). De esta forma, la función que tendencialmente viene a cumplir la compraventa —como causa de la atribución patrimonial consumada por la tradición o, en su caso, por la *usucapión*— deviene imposible por mandato legal (así, tampoco son *usucapibles*, como expresamente dispone el art. 1.936). Por el contrario, cuando el bien es legalmente disponible pero no pertenece al vendedor, no existe imposibilidad del objeto del contrato, pues, como afirma GAYOSO, «se produce tan sólo una imposibilidad relativa y circunstancial en el cumplimiento, pues cabe que la cosa de cualquier modo venga al dominio del vendedor» (38).

Todo ello hay que entenderlo con la necesaria cautela, pues aun cuando se entienda que es el programa obligatorio el que constituye el objeto del contrato de compraventa, tampoco resulta claro cuál sea éste dadas las dudas existentes acerca de la posición deudora del vendedor, concretamente ante la cuestión de si está obligado o no a transmitir la propiedad o el derecho real de que se trate. Si se parte de la solución afirmativa, como he dicho, la venta de cosa ajena no produce una imposibilidad originaria y absoluta de cumplimiento que anule el contrato, pues siempre cabe que el vendedor adquiera el derecho para transmitírselo al comprador. Si se opta por negar la existencia de tal obligación en el vendedor —al menos concebida como una *obligación de resultado*—, con mayor razón habrá que negar la nulidad de la venta de cosa ajena por falta de objeto, pues tampoco formaría parte del mismo la mencionada obligación. Cualquiera que sea la posición que se adopte (que sólo tendrá consecuencias a la hora de valorar si existió o no un válido cumplimiento contractual) (39), la ajenidad del derecho vendido no frustra, en ningún caso, la finalidad tendencialmente transmisiva del contrato, pues mantiene una cierta eficacia real en la medida de que constituye justo título para la *usucapión* ordinaria. Por tanto, la

(37) RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., pág. 371.

(38) GAYOSO ARIAS, «Cuestiones sobre el contrato de compraventa», *RDP*, 1921, pág. 228; MENÉNDEZ, *Ensayo sobre la «venditio rei alienae» en el Derecho clásico y en las legislaciones modernas*, cit., pág. 350; MENCHEN, «Comentario a la Sentencia de 5 de julio de 1958», *RCDI*, 1959, pág. 696; ROCA SASTRE, *Venta de cosa ajena*, op. cit., pág. 379; FERRANDIS VILELLA, *Anotaciones...*, cit., pág. 33; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Anotaciones al Derecho de obligaciones de Enneccerus*, II, vol. 2.º, Barcelona, 1944, pág. 23.

(39) Con razón dice CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, pág. 156: «¡Bueno sería que quien se obliga a dar algo que no puede dar, o hacer algo que no sabe o no puede hacer, o no hacer algo que ya está hecho y no se puede deshacer, pudiera alegar siempre imposibilidad del objeto del contrato! Habría muy pocos *incumplidores*».

ausencia de poder de disposición impide la adquisición del derecho real por tradición, pero constituye precisamente el campo de aplicación de la usucapión ordinaria.

3. LA ANULABILIDAD DE LA VENTA DE COSA AJENA

3.1. POR ERROR «IN DOMINIO»

No han faltado resoluciones judiciales que han considerado anulable la venta de cosa ajena por *error vicio invalidante del consentimiento contractual (error «in dominio»)*. En este sentido, se viene a encuadrar el error sobre la titularidad o poder de disposición del vendedor sufrido por el comprador de buena fe en la norma contenida en el artículo 1.266 CC.

Esta doctrina ha sido sustentada por el Tribunal Supremo en algunas sentencias. Así, la de 8 de marzo de 1929 (ponente: Medina García, CL, núm. 41) enjuiciaba un supuesto de adjudicación en pública subasta de unas fincas no pertenecientes al deudor ejecutado que las había enajenado a un tercero dos años antes. El adjudicatario solicita la nulidad de la mencionada venta judicial, a lo que se oponen los demandados alegando la falta de acción por solicitar la nulidad de actuaciones judiciales en las que no fue parte. Los Tribunales de instancia dieron la razón a los demandados y el TS casa la Sentencia en favor del demandante: «según el artículo 1.300 CC pueden ser anulados los contratos en que concurren los requisitos necesarios para su validez si alguno de ellos adolece de vicio que lo invalide con arreglo a la Ley; y ésta, en los artículos 1.265 y siguientes, dispone que será nulo el consentimiento prestado por error referente a la sustancia que fue objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieran dado motivo a celebrarlo. Y conforme a dicho texto, es error referente a la sustancia de la cosa y suficiente para invalidar el contrato en que haya concurrido, el error que recaiga sobre lo que es base, materia y motivo a un mismo tiempo para celebrar el contrato, como es en el de compraventa la adquisición de la cosa ofrecida por el vendedor, con obligación de transferir el dominio de la misma al comprador, y para éste el propósito de adquirirla mediante la entrega de su precio cierto, siendo vicioso por error el consentimiento cuando el comprador consiente en recibir cosas y paga su precio, en la creencia de que tiene derecho a transferirle el dominio quien aparece como vendedor, al que paga bajo este error el precio cierto del objeto del convenio». En el mismo sentido, las Sentencias de 11 de abril de 1912, 26 de junio de 1924 (CL, núm. 60), 7 de abril de 1971 (Ar. 2272), 15 de octubre de 1973 (Ar. 3797) y 15 de febrero de 1977 (Ar. 367) admiten la posibilidad de incluir en el marco del artículo 1.266 CC la compra de

cosa ajena en determinadas circunstancias. También se pronuncia en este sentido la Sentencia de 6 de julio de 1992 (Ar. 6183).

En el terreno doctrinal, tampoco han faltado autores partidarios de la aplicación de la doctrina del error a la venta de cosa ajena. Destaca en este sentido la opinión de BORRELL Y SOLER. A juicio de este autor, «la creencia equivocada del comprador de que el vendedor es dueño de la cosa que vende podrá ser esencial o accidental, según los casos. Si el comprador pone como condición esencial del contrato la adquisición del dominio de la cosa, aunque sea tácitamente, de tal modo que si hubiese tenido noticia de que el vendedor no era dueño de lo que él compraba no hubiese llevado a efecto el contrato, el error sería esencial y la venta absolutamente nula. Por el contrario, si se conformase con poder disfrutar de la posesión de la cosa, aunque existiese el peligro de perderla, mientras no se cumpliese la usucapión, este error sería incidental con arreglo al § 1 del artículo 1.266 CC. Creemos que la gran mayoría de compradores, si se les consultase, harían condición *sine qua non* de la compra que ésta les atribuyese el dominio de la cosa y no considerarían válida la compra que no les proporcionase ese derecho; por lo que, salvo contadas excepciones, debe presumirse que el error de creer que la cosa que compran es del vendedor, no siendo esto cierto, lo tendrían por error sustancial privativo del consentimiento; porque era relativo a la condición que dio principalmente motivo para celebrar el contrato y que no lo hubiesen celebrado en caso de haber tenido conocimiento cierto acerca de este extremo» (40). Asimismo, participa de esta opinión ALONSO PÉREZ, pero de forma matizada: «en abstracto no parece tener relevancia el error sobre el dominio dentro de la compraventa por el carácter consensual de ésta; en concreto, el error sobre el dominio puede revestir carácter esencial. Realmente la propiedad de la cosa vendida, que sea dueño el vendedor, es característica objetivamente exigida al contrato de compraventa por las concepciones sociales predominantes: es algo que la colectividad y los criterios que presiden el tráfico económico y jurídico estiman decisivo para realizar cumplidamente la función traslativa de la compraventa» (41).

(40) BORRELL Y SOLER, *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Barcelona, 1952, pág. 10.

(41) ALONSO PÉREZ (anotaciones a la obra de PIETROBON), *El error en la doctrina del negocio jurídico*, Madrid, 1971, pág. 511; GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 1968, pág. 24; RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., pág. 261; JORDANO, *Comentario...*, cit., pág. 1356; FERNÁNDEZ DE VILLA VICENCIO, M. C., *La venta de cosa ajena, ¿validez o nulidad?*, Madrid, 1994, pág. 19; COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, Madrid, 1975, pág. 354. Creo que este planteamiento confunde la disponibilidad objetiva del bien y la falta de poder de disposición, que no es una cualidad del objeto, sino una relación del sujeto con el objeto. Por su parte, RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena...*, cit., pág. 75, si bien entiende que «en rigor, en estos casos se plantea un verdadero conflicto de acciones entre la prevista en el artículo 1.266

Ahora bien, si la compraventa en nuestro sistema tiene naturaleza **obligacional** (arts. 1.445 y 1.450 CC) y es por sí misma insuficiente para operar la transmisión del derecho real (art. 609.2.º CC), aunque su finalidad consista precisamente en la consecución de tal resultado, el poder de disposición del **transmitente** no afecta, como se acaba de ver, al objeto de contrato y, por ende, constituye una cualidad no esencial de la compraventa (42).

y la que puede derivar del artículo 1.124 en relación con el artículo 1.478, todos ellos del Código Civil». Señala este autor además la sugestiva idea de la aplicación de la doctrina del error a la venta de cosa ajena cuando el vendedor es de buena fe, siempre y cuando se parta de la idea de que «para él constituía una condición o *presuposición* básica del negocio el hecho de que la cosa se transmitiera en el momento de la conclusión del contrato», *op. cit.*, pág. 64. Pero para ello no basta con que el comprador crea que iba a adquirir en el momento de la conclusión del contrato, sino que es necesario que dicha circunstancia, como señala MORALES MORENO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. XVII, vol. 1.º-B, Madrid, 1993, pág. 279), se incorpore al mismo contrato como *presuposición*.

(42) En este sentido GAYOSO ARIAS, *Cuestiones...* cit., pág. 225: «El dominio de uno o de otro no es condición esencial de la cosa, sino una facultad moral del titular referente a ella, y por lo mismo distinta y contrapuesta a la misma, ínsita en aquél, no en ésta, como debería ser si calidad fuera». También ALBALADEJO, «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *RGLJ*, 1947, pág. 427, nota 34, critica la aplicación de la doctrina del error a la venta de cosa ajena. Señala este autor que «con arreglo a una correcta exégesis del artículo 1.266 CC, no hay en tal venta ni error en la persona ni error en la sustancia de la cosa o sobre aquellas condiciones de la misma que hubiesen dado motivo a celebrarla». «La sustancia de la cosa como materia de que la cosa es o está hecha (y lo mismo decimos de sus cualidades) es algo tan alejado, aun dentro de una consideración eminentemente subjetiva, de la titularidad del derecho que sobre ella recae, que nos extraña que la afecte la variación del titular de ese derecho. Tanto valdría como afirmar que el oro de una alhaja no es tal oro, sino hierro, por el hecho de que su dueño sea Ticio en vez de Cayo, o que un imán pierde su magnetismo, cualidad en atención a la que se ha comprado, porque sea de persona distinta de la que creyó el comprador. Para que pudiese invocarse el error en la sustancia o en las cualidades sustanciales sería preciso que la variación en la titularidad de la cosa acarrearase una transmutación objetiva, que nos parece tan difícil como convertir el oro en hierro, o viceversa. En otros términos, de ser cierta esta tesis se habría encontrado la piedra filosofal». Por su parte, RIVERO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3.º, Barcelona, 1986, pág. 27, considera que cuando el comprador actuó de buena fe y el vendedor de mala, parece difícil pretender la nulidad de la venta fundada en el error dados los términos del artículo 1.266 CC y la jurisprudencia que lo ha interpretado». En el mismo sentido, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Anotaciones al Derecho de obligaciones de Enneccerus*, t. II, vol. 2.º, Barcelona, 1944, pág. 24; ROCA SASTRE, *Venta de cosa ajena...*, cit., pág. 381; CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, t. IV, Madrid, 1961, pág. 81; GARCÍA CANTERO, *Comentarios Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. XIX, Madrid, 1991, pág. 178, nota 37; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil*, t. IV, vol. 2.º, Madrid, 1946, pág. 98; RODRÍGUEZ MORATA, «Comentario a la Sentencia de 4 de enero de 1989», *CCJC*, núm. 19, enero-marzo 1989, pág. 79, considera que «el error in dominio, por recaer sobre una condición meramente accidental del contrato de venta, es irrelevante»; TORRALBA SORIANO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pág. 934, señala que el artículo 1.266 CC se refiere al error en las cualidades del objeto, y la falta de titularidad del transmitente no es, en principio, cualidad del objeto».

No obstante, literalmente interpretado el artículo 1.266 CC sí podría tener cabida el error en la titularidad del vendedor si se entiende que el mismo recae «sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo» (43). Sin embargo, con una concepción más basada en reflexiones psicosociológicas o estadísticas como aquellas a las que nos invitan BORRELL o ALONSO PÉREZ, que en la propia configuración de la compraventa en el Código Civil se corre el serio peligro de **destecnificar** el contrato, y ello sin dudar en absoluto que los hipotéticos «compradores encuestados» contestarían precisamente lo que sospechan los autores aludidos, pues afirmar lo contrario implicaría situarnos al margen de la realidad. Lo que sucede es que tampoco me cabe duda de que la propia conciencia social entiende por compraventa lo que ésta es... en los sistemas puramente consensuales.

Por ello creo que aunque pudiera en principio subsumirse la venta de cosa ajena en la figura del error, habida cuenta de la ampliación de la noción de error en nuestro ordenamiento en contraposición a la restringida propia del Derecho romano, no parece ésta la vía correcta, al menos desde un punto de vista técnico. Y ello por la configuración de la compraventa en nuestro Código Civil como negocio obligacional de la cual no es siquiera claro que se derive para el vendedor una obligación de transmitir la propiedad y, sobre todo, dada la presencia en nuestro Código Civil de la institución del saneamiento por evicción que actúa sobre la base de una venta de cosa ajena de la que constituye un efecto (44).

(43) MORALES MORENO, *El error en los contratos*, Madrid, 1988, pág. 366, y también del mismo autor *Comentarios*, EDESA, t. XVII, vol. 1.º-B, Madrid, 1993, pág. 271, donde señala que «a pesar de que la letra lo permita, es un problema (el de la venta de cosa ajena) que no puede resolverse empleando exclusivamente argumentos literales, y más allá de tales argumentos es muy dudoso (y muy poco probable) que el problema de la falta de titularidad del transmitente lo haya pretendido resolver nuestro Código por medio de la figura del error. De entrada se advierte cómo el tiempo limitado del ejercicio de la acción de nulidad, basada en el error, contrasta con la mayor amplitud temporal con que concibe el Código Civil la obligación de garantía del vendedor».

(44) En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 1982 (ponente: Fernández Rodríguez, Ar. 2605) critica las sentencias que subsumen la venta de cosa ajena en el campo del error, «porque en tal supuesto nada tiene que ver el error, al no ser de la clase que el artículo 1.266 considera apto para viciar el consentimiento, y, por otra parte, al resultar ajena la cosa, produce, según ya viene puesto de relieve, efectos compatibles con la validez del contrato, ya que la obligación de sanear por evicción es efecto del mismo pero no de su nulidad, pues ésta daría lugar a consecuencias de muy distinto y más restringido contenido que las del saneamiento, cual sería simplemente la de devolver el precio». Conviene aclarar que en el caso contemplado por esta Sentencia es la vendedora de cosa ajena la que alega, en reconvencción, el error padecido por ella acerca de su condición de titular de las fincas vendidas, oponiéndose por ello a la pretensión de incumplimiento de la compradora.

El poder de disposición del vendedor no es requisito esencial para el nacimiento del contrato de compraventa y es discutible que lo sea siquiera en la fase *solutoria*. Por ello, aunque el comprador crea que en virtud del contrato adquirirá en firme y que compra para adquirir, este es un efecto que, aun no mediando error, la compraventa por sí misma no puede producir. Por tanto —insisto—, si la falta de poder de disposición no afecta a la validez del contrato de compraventa, a mi juicio, por razones que se derivan del sistema de transmisión de los derechos reales regulado en nuestro Código Civil, tampoco debe tener relevancia el error acerca de su existencia o no, y ello con independencia de que esta circunstancia haya movido al comprador a celebrar el contrato, lo cual se da en prácticamente todos los casos, pues, como ya he señalado, esta intención de transmitir del vendedor y de adquirir del comprador constituye la esencia del contrato de venta y de ahí su finalidad traslativa que, no obstante, no transforma la naturaleza de la compraventa en acto de disposición (45).

(45) Claramente en contra de la posición que mantengo se ha pronunciado recientemente FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C. (*Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994), quien a pesar de admitir que la legitimación para disponer constituye un requisito de la entrega *traditoria* y no del contrato (*op. cit.*, pág. 120), encuadra la patología que genera la venta de cosa ajena en el terreno del error en el objeto del contrato. Con respecto al carácter esencial o no de dicho error, considera esta autora que depende de cuál se considere el resultado necesario de la compraventa, es decir, de qué postura se tome acerca del debatido problema de la existencia o no de obligación de transmitir la propiedad en la compraventa: «Si se mantiene que no es de esencia de la venta el traspaso de dominio de lo vendido, es lógico mantener también la *irrelevancia* de que las partes pretendan tal resultado y, en consecuencia, la inaplicabilidad de la doctrina del error a la venta de cosa ajena. Pero la función de la compraventa, cuando menos en el ánimo de las partes, no es otra que la transmisión y respectiva adquisición del dominio de la cosa (a cambio de la transmisión-adquisición del precio en sentido inverso). La disponibilidad de la cosa —que puede indistintamente enfocarse como cualidad del objeto o como legitimación del *sujeto*— es, dada la asignada función de intercambio de la venta, motivante de la venta (puede haber otros motivos, pero éste, sin lugar a dudas, es determinante). De tal forma que la equivocación sobre este punto puede llevar a las partes a considerar que han incurrido en error grave, causa suficiente para impugnar el contrato» (*op. cit.*, pág. 193). Esta autora confunde la exigibilidad o no al vendedor por parte del comprador del resultado traslativo con la funcionalidad traslativa de la compraventa. El hecho de que pueda ser discutido si el vendedor está o no obligado a transmitir la propiedad no niega ni afirma la función traslativa que tiene este contrato, y ello tanto en Roma como en nuestro Código Civil. Incluso cuando se niega que existe tal obligación del vendedor ello no quiere decir que el contrato de compraventa haya sido en Roma un contrato traslativo de la posesión. Siempre los compradores tienen intención de adquirir la propiedad y por esta razón el contrato de compraventa interviene en el proceso traslativo como *iusta causa traditionis*. El hecho de que el comprador contrate para adquirir la propiedad no convierte, sin más, el error acerca de esta circunstancia en error esencial. Si se entiende, como hace esta autora, que tal obligación de transmitir existe, el comprador que ve defraudada su expectativa debiera acudir a la resolución del contrato por incumplimiento y no a la más complicada vía del error, que aunque posible, es, a mi juicio, técnicamente incorrecta.

Cabría pensar que detrás de las resoluciones judiciales que invalidan el contrato de compraventa por error se está pretendiendo resolver un problema que no tiene tanto que ver con la validez o no de la venta de cosa ajena, sino más bien con cuál sea la posición deudora del vendedor.

Efectivamente, no está ni mucho menos claro que nuestro Código Civil imponga al vendedor la obligación de transmitir la propiedad al comprador, al menos concebida como una obligación de resultado. Ello tiene su explicación en que la compraventa regulada en nuestro Código Civil responde a parámetros netamente romanos reflejados de forma casi intacta en las obras de *POTHIER*, que, a mi juicio, constituyeron la fuente de inspiración de nuestro legislador, en las cuales subsistía —como exigencia del sistema— la inexistencia de obligación de transmitir al comprador la propiedad de la cosa vendida, agotándose su obligación en la entrega y la garantía en caso de evicción (art. 1.461 CC). Consecuencia de este planteamiento era que el comprador no podía reclamar al vendedor por la ajenidad de la cosa hasta que no se hubiera producido la evicción (art. 1.480 CC). Esta circunstancia, considerada por la inmensa mayoría de la doctrina como una anomalía del sistema, pareció tener como fundamento la dificultad de prueba del derecho de propiedad en el Derecho romano, lo que hizo que los vendedores nunca tuvieran la certeza absoluta de su condición de dueños de la cosa. No imponiéndose tal obligación al vendedor, se hacía posible la celebración de contratos de compraventa e incluso de su válida consumación sin que los problemas de prueba del derecho de propiedad frenaran el tráfico jurídico. No voy a entrar en este momento en determinar si existe o no tal obligación en la compraventa regulada en nuestro Código Civil. Sólo quiero reseñar que, admitiéndose la nulidad de la venta de cosa ajena por error, el TS evita que el comprador deba esperar a que se produzca la evicción para reclamar al comprador cuando se ha logrado demostrar la ajenidad de la cosa (46). Por lo demás, ésta fue una de las razones que impulsaron al legislador francés a considerar nula la venta de cosa ajena: evitar que el comprador de buena fe tuviera que esperar a que se produjera la evicción.

Ahora bien, con independencia de la justicia de la solución adoptada, no resulta técnicamente correcto acudir a la invalidación de un contrato cuando la patología se encuentra en la fase de cumplimiento (siempre que se admita, claro está, la existencia de la obligación de transmitir, como hizo la citada Sentencia de 8 de marzo de 1929). Si lo que se pretende es evitar que el comprador de buena fe deba esperar a la evicción o a consumir una adquisición por usucapión y, por tanto, que pueda reaccionar contra el

(46) En este sentido, MORALES MORENO, *El error en los contratos*, op. cit., pág. 252; RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena...*, cit., pág. 20; SALINAS VERDEGUER, *Saneamiento por evicción, doble venta y venta de cosa ajena*, op. cit., pág. 479.

vendedor, la discusión debería centrarse en determinar si existe o no obligación de transmitir la propiedad y no en si es válido o no el contrato de compraventa de cosa ajena, dado que se trata de cuestiones distintas que no se condicionan entre sí. La validez deriva de la naturaleza meramente obligacional del contrato y la existencia o no de obligación de transmitir la propiedad afecta a la validez o no del acto de cumplimiento (47).

Por estas razones, tampoco considero acertado fundamentar la validez de la venta de cosa ajena en la inexistencia en el vendedor de obligación de transmitir la propiedad al comprador (48). Esta circunstancia sólo cabría alegarla a mayor abundamiento, ya que si bien es cierto que de no existir tal obligación la venta de cosa ajena sería válida, no lo es menos que, aun existiendo tal obligación en el vendedor, ello no conlleva la nulidad de la venta de cosa ajena (49), pues nada le impide obligarse a hacerlo (50). Por ello, resulta confuso justificar la validez de este contrato a partir del contenido de la posición deudora del vendedor, ya que a *sensu contrario* habría que predicar la nulidad en el caso de que la obligación de transmitir efectivamente le fuera exigible al vendedor.

En este sentido no puede compartir la doctrina sustentada por la Sentencia de 16 de noviembre de 1992 (ponente: Martínez-Calcerrada, Ar. 9409) (51) cuando justifica la validez de la venta de cosa ajena en que «en

(47) Prueba de lo anterior es la regulación alemana que considera válida la venta de cosa ajena y, sin embargo, se establece la obligación de transmitir la propiedad (§ 433 BGB).

(48) Así lo hacen NAVARRO PÉREZ, *La compraventa civil*, Granada, 1993, pág. 431; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, pág. 888; LARRONDO LIZARRAGA, *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, op. cit., pág. 570, y GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, Madrid, 1871, pág. 261.

(49) GAYOSO ARIAS, *Cuestiones...*, cit., pág. 224.

(50) MENÉNDEZ, *Ensayo sobre la «venditio rei alienae» en el Derecho clásico y en las legislaciones modernas*, cit., pág. 350; MENCHEN, «Comentario a la Sentencia de 5 de julio de 1958», *RCDI*, 1959, pág. 696.

(51) Los hechos que enjuicia esta sentencia son los siguientes: Don Casimiro H. C. (actor) celebró un contrato de compraventa de una nave o local el 26-12-1985 con don Román G. M. que aparecía como vendedor. El comprador (don Casimiro) entregó al vendedor dos millones de pesetas en el momento de la firma del documento privado, quedando pendiente de abonar el resto, hasta cinco millones cien mil pesetas. El demandado se interesó en el procedimiento n.º 1014/1987 del Juzgado de Primera Instancia número 26, hoy acumulado, la resolución del contrato. El demandante (don Casimiro) pide el cumplimiento del contrato solicitando que se eleve el citado documento privado a escritura pública, pero previamente le solicita al vendedor demandado que justifique su titularidad sobre el inmueble por cuanto que sospecha o teme, por parte de un tercero, se pudiera aducir tal cualidad. Solicita el otorgamiento de escritura pública abonando en dicho acto el comprador el resto del precio pero sin intereses legales. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda condenando al otorgamiento de escritura pública pero obligando al demandante al pago de intereses legales de la cantidad adeu-

nuestro Derecho la compraventa no funciona, en puridad, como un negocio traslativo del dominio (aunque, por lo general, sirva en la praxis para producir este efecto traslativo), sino como un negocio de transferencia de la posesión de la cosa, tal y como, de forma elocuente, se deriva no sólo de lo dispuesto en su definición legal en el artículo 1.445 CC (...), sino de lo establecido en el artículo 1.461 al prescribir que el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de venta, es decir, que el vendedor no se obliga a transmitir al comprador el dominio de la cosa vendida, ni tampoco a través de la compraventa se realiza un negocio adquisitivo del dominio, sin perjuicio —se reitera— que dentro del tráfico jurídico o negocial normalmente esto acontezca; mas como se dice, en puridad técnica, es perfectamente factible la venta de cosa ajena (fundamento de Derecho **segundo**)».

A mi juicio, en esta Sentencia se confunde la naturaleza no dispositiva del contrato de compraventa con la finalidad del mismo. El hecho de que no exista propiamente una obligación de transmitir la propiedad, como he dicho, no constituye el fundamento de la validez de la venta de cosa ajena, la cual se funda en la naturaleza obligacional que este contrato tiene en nuestro Código Civil. De hecho, en la permuta tal obligación existe y la permuta de cosa ajena es asimismo válida. Lo que resulta más criticable de esta Sentencia es que de la inexistencia de una propia obligación de transmitir se deduzca que la compraventa en nuestro Derecho es «un negocio de transferencia de la posesión». Como he dicho, la dificultad de inteligencia de la compraventa regulada en nuestro Código Civil reside en que aunque no se entienda que genera propiamente una obligación de transmitir entendida como obligación de resultado, ello no nos debe llevar a negar su finalidad traslativa del derecho real en tanto que es de esencia a la misma la intención de transmitir y adquirir el derecho real. La compraventa alberga el elemento volitivo del acto dispositivo que consumará la tradición, y en esto se distingue, como ya dijera LABEÓN (D. 18.1.80) (52) del arrendamiento o de otros contratos traslativos del mero uso y disfrute.

Buena prueba del desconcierto existente acerca de la calificación jurídica de la venta de cosa ajena, de la **incertidumbre** sobre la patología que genera la ausencia de poder de disposición, la constituye la doctrina sustentada por la Sentencia de 7 de abril de 1971 (ponente: Taboada Roca,

dada. La Audiencia Provincial de Madrid confirma la Sentencia de instancia, si bien exime al demandante del pago de los intereses legales. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a él por entender que el temor de una eventual falta de poder de disposición del vendedor no hace nulo el contrato, debiéndose dar cumplimiento a lo pactado.

(52) «Nadie puede considerarse que ha vendido aquello cuya propiedad no se quiso que pasase al comprador porque esto es un arrendamiento u otro tipo de contrato».

Ar. 2272) (53). El TS acoge la solución propugnada por el Juez de instancia que declara que «la venta de cosa ajena —y lo mismo la doble **venta**— es ineficaz por faltar en ella el elemento real del contrato, e invalida el consentimiento el error que consiste en suponer cosa propia del vendedor la que es ajena (Considerando **octavo**)». La solución adoptada no parece admisible, aunque también es cierto que el TS estima que otra vía de solución sería la de «admitir la validez de ambas ventas y que ambas desplegaran eficacia obligacional, siquiera una de ellas no pudiera tener cumplimiento *in natura*, y dejar para ulterior litigio la determinación había de ser la que llevara aparejada la eficacia **transmisoria** de la cosa vendida, lo cual no era objeto del pleito en tramitación». Parece que el TS sitúa correctamente el problema cuando estima que cabe la posibilidad de admitir la validez de la venta de cosa ajena como negocio obligacional, considerando la falta de poder de disposición como un problema de cumplimiento. Sin embargo, parece que, puesto que los demandantes y recurrentes sólo pedían la nulidad del contrato, el TS se decanta por la nulidad confirmando la Sentencia recurrida, con lo cual se evitaba un nuevo pleito acerca de la cuestión de la propiedad.

Sin embargo, no parece aceptable desde el punto de vista técnico que se base la nulidad de la venta de cosa ajena en dos causas —**falta** de elemento real y **error**— que producen efectos dispares: la primera, la nulidad absoluta por falta de objeto, y la segunda, la **anulabilidad** por error. Como ha señalado RODRÍGUEZ MORATA comentando esta Sentencia, «una de dos, o el contrato es nulo o es **anulable**, pero no las dos cosas a la vez» (54).

La impugnación de la venta de cosa ajena por error se ha propugnado en los casos en que ambos contratantes actúan de buena fe desconociendo la ajenidad de la cosa vendida. De ahí que no hayan faltado supuestos en los que es el propio vendedor quien pide la anulación del contrato, como sucedió en los hechos que enjuició la ya citada Sentencia de 27 de mayo de 1982 (Ar. 2605). Sin embargo, la situación cambia cuando nos encontramos ante un vendedor que, siendo consciente de su ausencia de poder de

(53) Los demandados (D. Ramón y D. Antonio G. M.) compraron mediante documento privado una finca al demandado (D. Jaime S. L. L.), quien manifestó haberla adquirido de su padre. Años antes, el padre había vendido mediante documento privado a su nieto (D. Ramón S. T.), también demandado, una parte de la misma parcela, habiendo éste tomado posesión de la misma. Los demandantes solicitan que se condene al vendedor a otorgar la escritura de venta y a liberar las cargas y gravámenes que sobre la **parcela** puedan constar; y que se declare nulo e inexistente, y en su caso ineficaz, por no describirse adecuadamente la finca vendida y el contrato privado de venta realizado a favor de don Ramón S. T. La demanda resulta desestimada en primera y segunda instancia y el Tribunal Supremo considera que no ha **lugar** al recurso de casación.

(54) RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, cit., pág. 77.

disposición, oculta maliciosamente esta circunstancia al comprador. De ahí que no hayan faltado autores que admitan la impugnación por *dolo* de la venta efectuada en estas circunstancias.

3.2. POR DOLO

La posibilidad de que el comprador de buena fe reclamase al vendedor, aun antes de que se produjera la evicción cuando hubiera mediado dolo del vendedor, fue ya admitida en el Derecho romano (55).

En el caso de mala fe del vendedor no estaba justificado que el comprador esperara a la evicción, dado que era un hecho cierto y acreditado la falta de poder de disposición del *tradens*. Si el vendedor no estaba obligado a transmitir la propiedad al comprador, lo estaba sólo a mantenerlo en la posesión pacífica (*vacuam possessionem tradere*), era porque los propios vendedores no tenían una seguridad absoluta acerca de su condición de propietarios (56) dada la inexistencia de medios tan fiables como hoy pueden serlo los Registros de la Propiedad. Exigir la condición de dueño al vendedor, no ya como requisito del nacimiento del contrato, sino de su consumación, hubiera paralizado el tráfico jurídico en un imperio en creciente expansión (57). Por otra parte, tampoco el comprador tenía muchas probabilidades de éxito si reclamaba al vendedor, ya que se encontraba con la misma dificultad: la prueba de la ausencia de poder de disposición del vendedor y la existencia de un *verus dominus*. Ahora bien, cuando éste reclamaba con éxito la cosa al comprador, la dificultad de prueba desapa-

(55) D. 19.1.30.1: «Si me hubieses vendido a sabiendas una cosa ajena, ignorándolo yo, antes de que se reivindicase, opinaba (JULIANO) que yo habré de demandar con éxito, por acción de compra, por mi interés en que la cosa se hubiese hecho mía; pues, aunque sea verdad que el vendedor sólo está obligado a que el comprador tenga la pacífica posesión de la cosa y no a que se haga suya, no obstante, como debe responder de la ausencia de dolo, el que vendió una cosa ajena sabiendo que no era suya al que lo ignoraba, queda obligado; esto sobre todo si la hubiese vendido al que la había de manumitir o dar en prenda (*Africano. 8 quaest*)».

D. 19.1.11.18: «(...) a no ser que conscientemente se venda lo ajeno; entonces, según la arriba referida opinión de JULIANO, hay que decir que queda obligado por la acción de la compra porque obra con dolo (*Ulp. 32 ed.*)».

(56) DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, t. I, París, 1777, lib. 1, tit. II, sec. 4.^a, núm. 13, pág. 41: «Comme il arrive souvent que les possesseurs ne sont pas les maîtres de ce qu'ils possèdent et qu'aussi les acheteurs peuvent ne pas savoir si les vendeurs son ou ne sont pas les maîtres des choses qu'ils vendent, il est naturel qu'on puisse vendre une chose dont on n'est pas le maître: et la vente subsiste, jusqu'à que le maître fasse connoître son droit et résoudre la vente».

(57) Las razones prácticas que avalan el sistema de protección del comprador han sido puestas de relieve por RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...* cit., pág. 563.

recia y se comenzó a pactar a través de la *stipulatio* que cuando aconteciera la evicción el vendedor cooperara en la defensa procesal y respondiera frente al comprador evicto. En este sentido, existe una conexión estrecha entre la compleja posición deudora del vendedor romano y la institución del saneamiento en caso de evicción, ambas fundamentadas en las dificultades de prueba del derecho de propiedad. El comprador de buena fe debía esperar a la evicción para reclamar al vendedor.

Ahora bien, cuando el vendedor era de mala fe, consciente de su falta de condición de *dominus*, no se da el fundamento señalado, pues existe certeza acerca de la carencia de poder de disposición del *tradens*. No estaba justificado que el comprador de buena fe esperara a la evicción, pudiendo reclamar con éxito al vendedor, antes de que la cosa se reivindicase, el interés de cumplimiento en virtud de la regla *purgare dolo malo*. Todo ello unido, claro está, a la sanción de la que es acreedor el vendedor de mala fe por la infracción a la *fides* contractual (58). Así, las fuentes recogen claramente entre las obligaciones del vendedor la de indemnizar por su dolo (59).

Sin embargo, como ha hecho notar RODRÍGUEZ MORATA, hay que tener en cuenta que «el dolo del vendedor que consiste en la ocultación de causas o riesgos de evicción no aparecía en las fuentes romanas como la causa determinante de la voluntad comercial del comprador (*dolus causam dans*), sino más bien como un incidente, sin el cual el contrato se habría cumplido, pero en condiciones mejores (*dolus incidens*)» (60). Ahora bien, resulta peligrosa la aplicación de esta distinción al Derecho romano, ya que la misma no se encuentra en las fuentes (61), pues su elaboración es obra del Derecho común (62). Lo que conviene poner de relieve es que la reacción del comprador no se produce como consecuencia de su falta de libertad contractual (dolo vicio), sino por una infracción de la *fides* contractual por parte del vendedor, que se hace valer mediante la *actio empti*, dentro de la órbita contractual (63).

(58) TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1990, pág. 586.

(59) D. 19.4.1. pr: «(...) el vendedor sólo se obliga por evicción a entregar la posesión y a indemnizar por su dolo; así pues, si la cosa no es objeto de evicción, nada debe». D. 18.1.68.1: «Se añade "sin necesidad" estas palabras: "no habrá" dolo malo por parte del vendedor"; el cual, aunque esto no se hubiese añadido, debe abstenerse siempre de dolo».

(60) RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena...*, cit., pág. 22, nota 10.

(61) BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano* (trad. por BACCI Y LARROSA), Madrid, 1979, pág. 96.

(62) Cossío Y CORRAL, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pág. 306; CASAVOLA, voz «Dolo (*Diritto romano*)», *Novissimo Digesto Italiano*, t. VI, Torino, 1960, pág. 148.

(63) RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., pág. 422.

El riesgo de evicción era algo inherente a la venta romana (sin llegar a la *aleatoriedad*) y de ahí la inexistencia en el vendedor romano de una propia obligación de transmitir la propiedad, y ello, entre otras razones, por la dificultad de prueba del derecho de propiedad (64). El comprador no dejaba de comprar por el hecho de que pudieran existir dudas acerca de la titularidad de su *tradens*. Por ello, lo que se sancionaba a través del ejercicio anticipado de la acción por parte del comprador antes de la evicción —como ha puesto de relieve RUBIO GARRIDO— «no es tanto la ajenidad del derecho o los vicios de la cosa, sino un comportamiento del vendedor que implica infracción al deber contractual, que, aunque referido a la fase precontractual, queda absorbido en el *iudicium empti*» (65). Lo que generaba la patología no es la falta de poder de disposición del vendedor, sino el comportamiento del mismo acerca de dicho extremo que revela una conducta dolosa (66). Por tanto, el dolo, acerca de la carencia de titularidad del vendedor, no operaba como vicio de la voluntad que provoca la nulidad del contrato, sino como incumplimiento del deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe (67).

En la actualidad viene siendo admitida por los autores la posibilidad de impugnar la venta de cosa ajena por dolo del vendedor cuando éste es consciente de la ajenidad de la cosa y la oculta maliciosamente al compra-

(64) Señala BETTI (*Istituzioni di Diritto romano*, vol. 2.º, 1962, pág. 195), respecto al fundamento de la inexistencia de la obligación de transmitir en la venta romana, que «esta peculiar estructura de la *emptio* romana se explica por razones históricas y por exigencias socioeconómicas encuadrables en el ambiente histórico de la sociedad romana. Que el vendedor no estuviera obligado a procurar el dominio *ex iure quiritium* deriva del hecho de que el negocio consensual de compraventa se generó en el tráfico entre romanos y peregrinos, es decir, en el seno del *ius gentium*: y sólo prescindiendo de este requisito de procurar el dominio *ex iure quiritium* se hacía accesible este negocio a los extranjeros, los cuales eran incapaces de ser titulares del dominio *quiritiano*; y se hacía aplicable el negocio mismo al comercio de bienes no pertenecientes a los romanos, como eran las cosas de los peregrinos. Que después el mismo régimen se extendiese a la contratación entre ciudadanos romanos derivó del hecho de que en el ordenamiento romano no conociese un sistema de publicidad, tal y como existe en la actualidad, que favoreciera la verificación del dominio; en tales condiciones elevar la adquisición del dominio a efecto esencial de la venta, es decir, a requisito legal, independientemente de las exigencias de la autonomía privada, habría puesto en peligro la seguridad de un tipo de contratación que era frecuente y también necesario; habría significado comprometer la seguridad de las adquisiciones». En el mismo sentido, LONGO, *Corso di Diritto romano*, Milano, 1944, pág. 217.

(65) *Ibidem*.

(66) Como señala ALBALADEJO, *La obligación de transmitir...*, cit., pág. 439, nota 109: «una cosa es que la venta de cosa ajena no pueda ser atacada por el solo hecho de ser ajena, y otra que pueda serlo por la existencia de mala fe. La ilicitud proviene así de elementos subjetivos y, por tanto, lo objetivo de la construcción no se vería afectado lo más mínimo por la ineficacia de una venta semejante...»

(67) IGLESIAS, *Derecho romano*, Barcelona, 1972, § 116, pág. 494.

dor. Pero en este supuesto nos encontramos en un plano distinto al del Derecho romano, pues cabría el ejercicio por parte del comprador de la acción de nulidad siempre y cuando se den los presupuestos de aplicación de los artículos 1.269 y 1.270 CC; es decir, si el engaño o las «palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes» que inducen de forma determinante y grave «al otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho» versan precisamente acerca de la titularidad, no se ven muchos inconvenientes para **reconducir** la situación a la figura del dolo *causal*, invalidante del consentimiento contractual: de haber conocido la carencia de titularidad del *tradens*, no se habría celebrado el contrato (68).

Ahora bien, esta posibilidad no significa que la ajenidad del derecho provoque la nulidad. El poder de disposición del vendedor no es un requisito del contrato de compraventa y, en este sentido, su ausencia no genera ni la nulidad ni la **anulabilidad** de la venta de cosa ajena. Como ha hecho notar JORDANO FRAGA, «la ajenidad de la cosa vendida, por sí misma, no causa la invalidez del contrato, sino en la medida en que pueda ser base de un vicio del consentimiento» (69). Así como no cabe la impugnación de la venta de cosa ajena por error por no constituir el poder de disposición del vendedor una cualidad esencial de la misma, la existencia de dolor, como ha señalado MORALES MORENO, «permite extender el círculo de cualidades tomadas en consideración a la hora de ofrecer protección al que padece el vicio del consentimiento. En el error, el criterio es el de la incorporación al contrato. En el dolo, el criterio es el de la materia del propio engaño. El dolo funciona como criterio de incorporación de presuposiciones al contrato; y ello como consecuencia de la utilización del principio de buena fe (art. 1.258 CC)» (70). La maquinación insidiosa o la reticencia dolosa acerca de un extremo que fue motivo de la celebración del contrato de otro contra-

(68) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, Barcelona, 1982, pág. 141; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pág. 206; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pagos y transmisión de la propiedad (el art. 1.160 CC)*, Madrid, 1990, pág. 169; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1959, pág. 194; ALBACAR LÓPEZ, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. III, Madrid, 1991, pág. 152; TORRALBA SORIANO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pág. 934; RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., págs. 261 y 427; RIVERO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3.º, pág. 27; GARCÍA CÁNTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. XIX, Madrid, 1991, pág. 189.

(69) JORDANO FRAGA, *Comentario...*, cit., pág. 1359; Cossío Y CORRAL, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pág. 382; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, CARMEN, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, pág. 155.

(70) MORALES MORENO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. XVII, vol. 1.º-B, pág. 415. Vid. también sobre este aspecto DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, § 198, pág. 150; ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994, pág. 157.

tante (cuyo error por sí solo sería irrelevante, salvo su incorporación al contrato como presuposición), si es determinante y grave produce la **impugnabilidad** del contrato. Por tanto, en la medida en que la ausencia de poder de disposición del vendedor, ocultada maliciosamente por éste (71), determine la declaración de voluntad del otro comprador, en principio, cabría admitir la anulación del contrato por esta causa (72). Pero insisto, el hecho generador de la impugnación no lo constituiría la **ajenidad** del bien, sino la existencia del vicio del consentimiento. No se diga, pues, que hemos acabado haciendo entrar por la ventana lo que impedíamos que entrara por la puerta.

No obstante, el hecho de que cuando concurren los presupuestos del **dolo-vicio** sea posible la impugnación del contrato, ello no implica un ejercicio anticipado de la acción de saneamiento por evicción (73). Una

(71) Se trataría de un dolo omisivo o reticencia dolosa que se entiende incluido en el ámbito del artículo 1.269 del Código Civil, aunque este precepto no aluda a él expresamente, a diferencia de la alusión al mismo que hacían las Partidas (P.7.15.1). Sobre esta cuestión, QUINONERO, «El dolo omisivo», *RDP*, 1979, págs. 347 y sigs.; COSSIO Y CORRAL, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pág. 331.

(72) En este sentido, la Sentencia de 26 de octubre de 1981 (ponente: De la Vega Benayas, Ar. 4001). Los hechos que enjuicia esta Sentencia son los siguientes: **Nutrimax**, S. A., demanda a Unión Alimentaria Sanders, S. A., solicitándose la nulidad de un contrato de compraventa con el cual la sociedad demandada vendió las acciones de una sociedad de su propiedad (**Mafrasa**), pactándose en dicho contrato la venta de un solar de 40.000 metros cuadrados del que era titular Mafrasa, lo que acredita la sociedad demandada por medio de la presentación de la escritura de venta en la que Mafrasa aparecía como compradora del inmueble, que además aparecía inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad. Dicho inmueble resultó no ser de propiedad de Mafrasa (parte del terreno estaba integrado en un monte público, según Orden Ministerial de 23 de abril de 1971, extremo ocultado a las compradoras), razón por la cual **Nutrimax**, S. A., pide la nulidad de la compraventa. El Juez de Primera Instancia estima la demanda y declara nulo el contrato de compraventa. La Audiencia Territorial de Madrid estima parcialmente el recurso de apelación sólo en cuanto a la cuantía de la indemnización a que fueron condenados los demandados; en los demás extremos confirma la Sentencia de instancia. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo confirma las sentencias de instancia y declara nula una venta de cosa ajena por dolo reticente de la vendedora, ya que ésta «no obstante decir que no es dueña luego lo contradice mostrando una escritura pública de propiedad y después oculta una Orden Ministerial que, de haber sido notificada y conocida por las compradoras otro hubiera sido el convenio». El Tribunal Supremo califica la actuación de la vendedora como dolo causante o grave «porque la maquinación descrita les indujo a contratar y pagar el precio (Considerando quinto)». Asimismo, la Sentencia de 21 de mayo de 1992 (ponente: Burgos y Pérez de Andrade, Ar. 4269) admite la posibilidad de impugnación por dolo «una venta de cosa ajena, condición perfectamente conocida por las vendedoras y maliciosamente ocultada frente al comprador», aunque no resuelve el caso con base en esta causa.

(73) Así lo entiende RÓDRIGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena...*, cit., pág. 23; SALINAS VERDEGUER, *Saneamiento por evicción, doble venta y venta de cosa ajena*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, Madrid, 1993, pág. 495; MORALES MORENO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ

cosa es que el comprador pueda reaccionar antes de que se produzca la evicción por dolo del vendedor y otra muy distinta que implique un ejercicio anticipado de la acción de saneamiento. Y ello porque el fundamento de una y otra acción es bien distinto y, como advierte RUBIO GARRIDO, se sitúan en planos incompatibles (74). Con la acción de anulación por dolo se tiende a conseguir la declaración retroactiva de nulidad del contrato y la condena del vendedor de resarcir el interés contractual negativo; con la acción de saneamiento nos situamos, no en el plano de la nulidad, sino en el del cumplimiento, y el comprador puede exigir el interés contractual positivo (art. 1.478 CC). El hecho generador de la obligación de saneamiento es un cumplimiento defectuoso (75); por el contrario, el de la impugnación por dolo lo es la nulidad del contrato.

Por ello, y siempre en la medida en que se den los requisitos del dolo-vicio (lo que no ocurrirá en todos los casos de mala fe del vendedor), el comprador de buena fe podrá optar entre el ejercicio de la acción de nulidad por dolo o esperar a consumir una usucapión cuando transcurran los plazos legales; si entre tanto se produce la evicción, procede reclamar al vendedor el resarcimiento regulado en el artículo 1.478 CC, con las consecuencias agravatorias que este precepto prevé para el caso de mala fe del vendedor (art. 1.478.5.º CC) (76).

4. LA VALIDEZ DE LA VENTA DE COSA AJENA COMO EXIGENCIA DE SISTEMA

Excepción hecha de los casos aludidos que declaran la nulidad o anulabilidad de la venta de cosa ajena, lo cierto es que actualmente viene

ALABART, t. XVII, vol. 1.º-B, Madrid, 1993, pág. 421, estima que «el engaño en la titularidad que se transmite o la situación jurídica en que se encuentra el objeto pueden ser contemplados como verdaderos supuestos de dolo incidental (en cuanto el engaño se produce en la celebración del contrato), encajables en el artículo 1.270.2.º CC». No obstante, este autor parece excluir la aplicabilidad del precepto citado dado que la regulación de estos supuestos ha sido desarrollada en las reglas especiales sobre saneamiento.

(74) RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., pág. 442.

(75) RIVERO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, vol. 3.º, Barcelona, 1986, pág. 56; RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena...*, cit., pág. 285. El fundamento de la obligación de saneamiento por evicción se encuentra, a mi juicio, en el incumplimiento de la obligación que tiene el vendedor de mantener al comprador en la posesión legal y pacífica de la cosa vendida (art. 1.474 CC). Ello es consecuencia de la estructuración de la compraventa en nuestro Código Civil sobre los parámetros romanos. En este sentido, ESPÍN, «Fundamento de la garantía del vendedor en caso de evicción», *RDP*, 1966, pág. 15; GARCÍA CANTERO, *Comentarios...*, cit., pág. 295.

(76) RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa...*, cit., pág. 443.

siendo mayoritaria la doctrina y jurisprudencia (77) que se muestran favorables a la validez de la venta de cosa ajena. El fundamento de la validez, a mi juicio, se encuentra única y exclusivamente en la naturaleza obligacional de la compraventa, en sintonía con la necesaria separación entre negocios de obligación y de disposición sobre la que se edifica nuestro Derecho patrimonial, plasmada en el párrafo segundo del artículo 609 de nuestro Código Civil (78). La compraventa regulada en nuestro Código Civil no tiene naturaleza dispositiva (lo que no implica negar su finalidad traslativa) y de ahí que no constituya elemento esencial del contrato el poder de disposición del vendedor. Por tanto, la razón de la validez está estrechamente unida a un sistema de transmisión de los derechos reales que proclama la insuficiencia del contrato para producir el efecto real.

Tampoco creo que deba calificarse la venta de cosa ajena como válida como negocio obligacional e ineficaz en el aspecto real (79), precisamente porque no es de esencia a la venta la producción de efectos reales. Por ello,

(77) La tendencia jurisprudencial favorable a la validez de la venta de cosa ajena se inicia con las Resoluciones de la DGRN de 6 de diciembre de 1898 y 2 de septiembre de 1902. Asimismo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado por la validez en numerosas Sentencias: 31 enero 1921, 1 marzo 1949 (Ar. 261), 1 marzo 1954 (Ar. 983), 27 mayo 1957 (Ar. 2178), 5 febrero 1968 (Ar. 732), 5 julio 1976 (Ar. 3329), 3 julio 1981 (Ar. 3043), 31 diciembre 1981 (Ar. 5358), 12 abril 1982 (Ar. 1944), 5 mayo 1983 (Ar. 2268), 26 marzo 1984 (Ar. 1436), 13 octubre 1984 (Ar. 4779), 1 julio 1987 (Ar. 5044), 14 octubre 1991 (Ar. 6921), 16 noviembre 1992 (Ar. 9409), 1 marzo 1993 (Ar. 2030), 31 enero 1994 (Ar. 642) y 12 mayo de 1994 (Ar. 4093).

(78) Seguimos en este punto la doctrina romana reflejada en las obras de POTHIER, *Oeuvres*, t. III; *Traite du contrat du vente*, anotado por BUGNET, París, 1861, núm. 7, pág. 4, que fundamenta la validez de la venta de cosa ajena en su naturaleza obligacional no dispositiva: «*Il est vrai que celui qui vend la chose d'autrui, sans le consentement de celui qui en est le propriétaire. Il est vrai que celui qui vend la chose d'autrui ne peut pas, sans le consentement du propriétaire, transférer la propriété de cette chose qui ne lui appartient pas, selon cette règle de droit: Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet; mai le contrat de vente ne consiste pas dans la translation de la propriété de la chose vendue; il suffit pour qu'il soit valable, et que le vendeur se soit valablement obligé, de faire avoir à l'acheteur la chose vendue (...)*».

(79) La Sentencia de 17 de noviembre de 1992 (ponente: Ortega Torres, Ar. 9324) declara con respecto de una venta de cosa ajena formalizada en documento privado que «sin perjuicio de su validez en el ámbito estrictamente obligacional, careció de eficacia como título traslativo del dominio por falta de poder de disposición en la vendedora sobre el objeto del contrato». Aunque sea hilar demasiado fino, tampoco me parece totalmente correcta la doctrina de esta Sentencia ya que la falta de poder de disposición del vendedor no implica exactamente falta de eficacia de la venta de cosa ajena como título traslativo del dominio, ya que, a mi juicio, lo que carece de eficacia traslativa no es tanto el título (que mantiene cierta eficacia real como justo título de una eventual usucapión ordinaria, lo que implica también una cierta eficacia en el ámbito de la adquisición de los derechos reales), sino la tradición, la cual por falta de poder de disposición no es apta para la transmisión del derecho real.

no comparto la opinión de algunos autores reflejada en alguna jurisprudencia que, abogando en favor de la validez y eficacia de la venta de cosa ajena, señala como una de sus especificidades o peculiaridades el hecho de no ser «inmediatamente eficaz respecto a la transmisión de la propiedad, pues produce sólo efectos obligacionales y no jurídico-reales traslativos del dominio» (80). Esta afirmación sólo cabría estimarla correcta bajo la vigencia del sistema de transmisión *solo consensu* (más concretamente en el consagrado en el Código Civil italiano de 1942), pues en el régimen regulado en nuestro Código Civil la compraventa, ni aun siendo de cosa propia, tiene una eficacia jurídico real inmediata. La eficacia de la venta a los efectos reales se reduce a ser causa de la tradición cuando el *tradens* es dueño, y a ser justo título para la usucapión cuando no lo es. Por esta razón no creo que sea una peculiaridad de la venta de cosa ajena la ausencia de producción inmediata de efectos reales, pues ello constituye un denominador común a toda clase de ventas y no sólo de la de cosa ajena y que es consecuencia de su naturaleza obligacional no dispositiva.

Este es el sentido brillantemente explicado por MIQUEL, «dado que en nuestro Derecho la venta por sí sola no transmite la propiedad (...) la venta de cosa ajena es válida y eficaz; ahora bien, eficaz para los efectos que produce por sí sola, que son los obligacionales. De ahí no deriva que la venta no tenga trascendencia para los efectos reales. Lo que ocurre es que aquí su papel es concurrente con otros requisitos y que integra un supuesto de hecho de esos efectos reales diferentes según que el transmitente sea o no propietario. Si el transmitente es propietario, la venta junto con la tradición produce el efecto traslativo. Si el transmitente no es propietario, la venta concurre con otros requisitos a la usucapión ordinaria haciendo el papel de justo título. Por ello, aunque los efectos reales (adquisición de la propiedad) no dependan sólo de la venta, ésta contribuye, junto a otros requisitos, a producir efectos reales. Si éstos se producen por tradición o por usucapión ordinaria, no es algo que dependa de la venta, sino de si el transmitente era propietario o no, y en este último caso, de otros requisitos, es decir, no siendo propietario el transmitente, se adquiere por usucapión ordinaria con buena fe, título (la venta) y posesión. Esto es también una eficacia de la venta en el campo de los derechos reales, pero, obviamente, no es una eficacia que dependa exclusivamente de la venta» (81).

(80) SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, t. IV, Madrid, 1973, pág. 54.

(81) MIQUEL, J. M., «Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983», *CCJC*, núm. 3, 1983, pág. 725, y también en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1985, pág. 396. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena...*, cit., pág. 28.

Los autores que, como GAYOSO, consideran nula la venta de cosa ajena en su aspecto real (82), inconscientemente están atribuyendo a la compraventa el poder de generar unos efectos que por sí sola no pueden producir. Ciertamente es que con ello se quiere expresar que esa venta unida a la entrega no genera la transmisión (83), pero, en puridad, el elemento del supuesto de hecho traslativo que padece por la ausencia de poder de disposición no es el contrato (que sobrevive como justo título para la usucapión), sino el acto dispositivo traditorio (84); sólo así se justifican instituciones que se estructuran sobre la base de la validez de la venta de cosa ajena: usucapión ordinaria, el saneamiento en caso de evicción y la propia operatividad del principio de fe pública registral (85).

Efectivamente, la usucapión ordinaria y el principio de fe pública registral son mecanismos que posibilitan la adquisición *a non domino*, requiriendo ambos para su operatividad de un título que debe ser válido. Así lo exige el artículo 1.953 para la usucapión ordinaria al señalar que «el título para la prescripción ha de ser verdadero y válido»; y el artículo 33 de la Ley Hipotecaria que establece que «la inscripción no convalida actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes». Ambos preceptos constituyen, a mi juicio, una manifestación de que la irregularidad que genera la falta de poder de disposición no debe resolverse desde un ataque al título. Como señala GARCÍA GARCÍA en relación con el artículo 33 LH, «si se entendiera que la venta de cosa ajena es nula por falta de objeto ya no habría posibilidad de proteger al comprador ni siquiera aunque reuniera los requisitos

(82) GAYOSO, *Cuestiones...*, cit., pág. 224; FERNÁNDEZ ARROYO, *El problema de la calificación jurídica...*, cit., pág. 661; MÉNDEZ APÉNELA, «La venta de cosa común por un comunero aislado», *Revista del Notariado*, abril-junio 1992, pág. 186.

(83) En este sentido, la Sentencia de 31 de enero de 1994 (ponente: Marina Martínez Pardo, Ar. 642), respecto de una venta de cosa común, declara su validez como «simplemente generador de obligaciones», por lo que no es posible declarar su nulidad absoluta, y declara que «el contrato de compraventa que se impugna en este proceso no puede servir de título que, unido a la tradición (art. 609), genere el dominio (fundamento de Derecho 3.º)».

(84) En este sentido, LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, pág. 8; MIQUEL, J. M., *Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983*, op. cit., pág. 725; DE LOS MOZOS, «Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español», *ADC*, 1972, pág. 1081.

(85) Confirma este criterio el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 1957 (ponente: Oca Albarellos, Ar. 2178) al señalar que «el pronunciamiento de nulidad (de la venta de cosa ajena) desconoce la posibilidad de que el vendedor llegue a adquirir la cosa, la de que el comprador puede ganar el dominio por prescripción o, en último término, que privado de la cosa vendida por la acción del tercero se vea en el caso de ejercitar un derecho de saneamiento que afluye a una sustitución forzada de la obligación de entregar el precio por una restitución de lo indebidamente pagado y una eventual reclamación de perjuicios (Considerando segundo)».

del artículo 34 LH, pues este precepto se aplica sobre la base de que la venta en que participó el tercero es válida, y en este caso, con esa teoría de la falta de objeto o de la falta de legitimación sería nula, y la inscripción no podría convalidarla, conforme al artículo 33 LH, ni sería aplicable el artículo 34 LH, pues en la relación jurídica inscrita ese "supuesto tercero" sería parte y no tercero» (86). Si, por un lado, tal y como viene entendiendo la doctrina, la fe pública garantiza y subsana la falta de poder de disposición del *tradens* (87) y, por otro, la inscripción no convalida actos o contratos nulos con arreglo a las leyes, el poder de disposición del transmitente debe hallarse, en pura lógica, fuera del ámbito contractual propiamente dicho, pues, de lo contrario, de exigirse en este momento provocaría la nulidad del contrato, que no podría ser convalidado por el Registro. Por ello, la venta de cosa ajena, en nuestro sistema de adquisición de los derechos reales, no sólo es válida, sino que *necesariamente* debe serlo para una correcta operatividad de la institución registral: el artículo 33 LH constituye, a mi juicio, una prueba más, acaso la decisiva, de que nuestro sistema patrimonial está edificado sobre la base de la situación del requisito del poder de disposición fuera del ámbito contractual (88). En el artículo 33 LH hay una venta nula de cosa propia y en el artículo 34 LH una venta válida de cosa ajena.

Lo mismo cabe decir con respecto a la exigencia de validez del título en la usucapión ordinaria establecida en el artículo 1.953 CC. Dado que, como está generalmente admitido, la usucapión viene a salvar la falta de poder de disposición del transmitente, si la venta llevada a cabo por un vendedor no dueño fuese nula, ¿cómo puede decirse que el comprador

(86) GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral e hipotecario*, t. II, Madrid, 1993, pág. 81; MERINO GUTIÉRREZ, «Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial», *La Ley*, 1995, pág. 3.

(87) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1945, pág. 431; GORDILLO CAÑAS, «Comentario a la Sentencia de 8 de marzo de 1993», *CCJC*, núm. 31, 1993, pág. 273.

(88) Sin embargo, no han faltado autores que han salvado el escollo del artículo 33 LH infravalorando su importancia (e incluso siendo calificado dicho precepto de inútil y equivocado) considerando el artículo 34 LH como una excepción al artículo 33 LH y, por tanto, constituyendo el artículo 34 LH un caso de convalidación de un acto nulo. En este sentido, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. I, Barcelona, 1948, pág. 503; VENTURA SOLA, *Fundamento de Derecho inmobiliario*, Madrid, 1916, pág. 128; DE CASSO, *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1951, pág. 381. Sin embargo, el hecho de que el ámbito de la protección que otorga la institución registral se circunscriba al *tercero*, pone de manifiesto que el artículo 33 LH no le resulta de aplicación, ya que si lo que resulta nulo es el contrato que vincula al tercero con su transmitente, sencillamente carece de condición de tercero, pues debe serlo con respecto de la relación jurídica que se impugna. Por su parte, CHICO ORTIZ (*Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1994, pág. 333) niega también que el artículo 34 LH constituya una excepción a la aplicación del artículo 33 LH.

puede ampararse en ella para adquirir por usucapión ordinaria? Y es que la exigencia de validez del justo título que establece el artículo 1.953 plantea muchos problemas a aquellos autores que quieren dotar al contrato más protagonismo en el terreno de la transmisión de los derechos reales que el que le otorga el párrafo segundo del artículo 609 CC. Así, ALAS, DE BUEN y RAMOS entienden contradictoria la exigencia legal de validez del justo título, pues «si el título es válido, ¿para qué la usucapión? Un título válido, por sí solo será apto para transmitir el dominio y no será necesario para nada el transcurso del tiempo. La expresión, evidentemente, no es todo lo clara que fuera de desear. Fuera de toda duda está que al hablar de validez no hace referencia el Código a validez absoluta» (89). Se acude para ello, como en tantas otras ocasiones, a la distinción entre validez y eficacia: «no sólo es preciso que el negocio sea apto, según su clase, para transferir la propiedad, sino que la hubiera transferido por concurrir en él todos los requisitos de validez (consentimiento, objeto, causa, forma, etc.), a no mediar un obstáculo externo que se opone a su eficacia; por lo común, la falta de titularidad del transmitente. O sea, se exige un título *válido* pero *no eficaz*. Uno que vale por reunir las circunstancias intrínsecas requeridas, pero que no produce efectos por un accidente externo: generalmente, el obstáculo opuesto por la regla *nemo dat quod non habet*» (90). En definitiva, como ha señalado BADOSA COLL, «el título ha de ser legalmente correcto e ineficaz, pues si fuera eficaz sobraría la usucapión» (91).

Desde estos planteamientos, aparece el poder de disposición como una condición de eficacia del *título* (92). Sin embargo, cabría preguntarse si nuestro Código Civil exige para la transmisión de los derechos reales *títulos eficaces*. A mi juicio, si hay algo que parece claro de la lectura del artículo 609 CC es la insuficiencia del contrato para operar por sí la mutación jurídico real. Nuestro sistema, fiel a la teoría del título y el modo, tal y como reconoce la práctica totalidad de la doctrina y jurisprudencia, exige la *traditio* para que se produzca la transmisión del derecho real. De manera que ésta podrá no producirse, bien porque el contrato o título adolece de algún vicio que lo invalide o bien porque el que transmitió no podía hacerlo

(89) ALAS, DE BUEN y RAMOS, *De la usucapión*, Madrid, 1916, pág. 207.

(90) LACRUZ, *Elementos...*, cit., pág. 210. También en este sentido LUNA SERRANO, *Comentario del Código Civil (art. 1.952)*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pág. 2131.

(91) BADOSA COLL, voz «Justo título», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIV, Barcelona, 1971, pág. 711; ROCA SASTRE MUNCUNILL, «Las adquisiciones a *non domino*», *AAMN*, t. XIX, pág. 276; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil*, i. II, Madrid, 1978, pág. 620.

(92) BADOSA COLL, voz «Justo título», *op. cit.*, pág. 683; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 1.º, pág. 210, nota 23; GÓMEZ ACEBO, «La buena y mala fe en el Código Civil», *RDP*, pág. 206.

por carecer de facultades para enajenar. En el primer caso falla el título y en el segundo el *título es válido y eficaz*, ya que en nuestro sistema los contratos no generan derechos reales, sino sólo obligaciones. Lo que falla y lo que resulta inválido, y a su vez ineficaz, es la *traditio* traslativa del dominio (93).

Es por ello por lo que en nuestro sistema una venta de cosa ajena es válida y eficaz precisamente por su naturaleza obligacional, y ello por más que intervenga en el proceso transmisivo como contrato que alberga el elemento volitivo necesario para efectuar la transmisión. Esta última característica cualifica a la venta como *iusta causa* de la tradición y justo título de la usucapición. Así, la venta motivadora del *iter* propio de la usucapición debe ser válida y además eficaz, pues el hecho de que resulte eficaz no hace ociosa la usucapición, admitido que la venta es en sí misma insuficiente para producir el efecto jurídico real. Por eso, en nuestro sistema no es necesario acudir a la distinción entre validez y eficacia, salvo que de forma inconsciente —como afirma J. M. MIQUEL— «se le estén atribuyendo al contrato, implícitamente al hablar de su ineficacia, efectos que por sí solo no produce (...). No se puede decir que el título, si no se ha producido la transmisión por tradición, sea ineficaz, porque precisamente la transmisión no la produce el título por sí solo. Lo que sucede es que de ser eficaz como causa de la tradición, pasa a ser eficaz como título para la usucapición, lo que también es una eficacia en el ámbito de los derechos reales. Al margen de esto, el título válido será eficaz naturalmente en el ámbito de los efectos obligacionales que pueda producir una compraventa, una permuta, etc.» (94). En definitiva, el principio de fe pública registral y la institución de la usucapición ordinaria presuponen para su propia operatividad de una venta válida de cosa ajena.

Las razones expuestas en favor de la validez de la venta de cosa ajena justifican *a fortiori* la validez de la *venta de cosa común por un comunero aislado*. Sin embargo, si se analiza la jurisprudencia que ha recaído sobre esta cuestión se pone de manifiesto la *incertidumbre* reinante entre los Jueces acerca de la patología que genera la falta de poder de disposición. En efecto, no es infrecuente la venta efectuada por el cónyuge viudo de los bienes gananciales antes de liquidación de la sociedad conyugal; o la venta aislada por el coheredero de bienes hereditarios pendiente la partición de la herencia; o finalmente, la venta por un copropietario en el condominio ordinario. Son casos de ventas de bienes *parcialmente* ajenos en los que, al

(93) Así, MORALES MORENO, «La inscripción y el justo título de usucapición», *ADC*, 1971, pág. 1129.

(94) J. M. MIQUEL, *La posesión de bienes muebles*, op. cit., pág. 357, y también en otro trabajo, «Presunción de propiedad y exhibición del título», *Centenario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1990, pág. 1341, nota 16.

igual que en la venta de cosa ajena, existe una falta (aquí sólo parcial) de poder de disposición.

Pues bien, en lugar de reconducirse estos supuestos al genérico de la venta de cosa ajena de cuya naturaleza participan (95), la jurisprudencia parece resolverlos con arreglo a un régimen jurídico propio que se encuentra en el artículo 397 CC. Señala este precepto que «ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos». De esta forma, si como viene entendiendo mayoritariamente la doctrina, este precepto resulta aplicable no sólo a los «actos de disposición material», sino también a los «actos de disposición jurídica» (96), la venta de cosa común por un comunero aislado es nula por faltar la unanimidad que el artículo citado requiere (art. 397 y 6.3.º CC).

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de diciembre de 1985 (ponente: Malpica González-Elípe, Ar. 6603). Ante una venta de finca urbana realizada por uno de los copropietarios en nombre propio, los compradores solicitan que se declare la validez de la venta. El Juzgado y la Audiencia desestiman la demanda y declaran nulo el contrato de compraventa, ya que «al pertenecer la cosa a varias personas ninguno de los condueños puede, conforme al artículo 397 CC,

(95) Así, la doctrina francesa resuelve el problema de la venta de cosa común en el mismo sentido que el de la venta de cosa ajena, es decir, con arreglo al artículo 1.599 del *Code*. En este sentido, PLANIOL y RIPERT, *Traite pratique de Droit civil français*, t. X, París, 1956, pág. 55, núm. 51; LAURENT, *Principes de Droit civil*, Bruselas, 1877, pág. 115, núm. 108. Por su parte, el Código Civil italiano en el artículo 1.480 se refiere expresamente a la venta de cosa parcialmente ajena a la que resulta de aplicación el artículo 1.479 que regula los efectos de la venta de cosa ajena. Así, dispone el artículo 1.480 que «se la cosa che il compratore riteneva di proprietà del venditore era solo in parte di proprietà altrui, il compratore può chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno a norma dell'articolo precedente, quando deve ritenersi, secondo le circostanze, che non avrebbe acquistato la cosa senza quella parte di cui non è divenuto proprietario; altrimenti può solo ottenere una riduzione del prezzo, oltre al risarcimento del danno».

(96) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *La comunidad de bienes en Derecho español*, 1954, pág. 279; Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1978, pág. 772; ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, vol. 1.º, Barcelona, 1989, pág. 405; DELGADO ECHEVARRÍA, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 2.º, Barcelona, 1991, pág. 477; FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954, pág. 397. Así lo viene entendiendo también la jurisprudencia: Sentencias de 9 febrero 1954 (Ar. 332), 10 octubre 1956 (Ar. 3184), 8 abril 1965 (Ar. 2150), 25 abril 1970 (Ar. 2044), 14 diciembre 1973 (Ar. 4780). En contra, MIQUEL, J. M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1985, pág. 384, y también en «Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983», *CCJC*, núm. 3, 1983, pág. 727; MÉNDEZ APÉNELA, «La venta de cosa común por un comunero aislado», *Revista del Notariado*, abril-junio 1992, pág. 172.

alterar la cosa común, y como dice la Sentencia de 20 de diciembre de 1976, el máximo acto de alteración de la cosa común —cual es su **enajenación**— por uno solo de los comuneros, en contra de la exigencia de la unanimidad requerida para esta clase de actos, incurre, en un lado, en la sanción de la nulidad prevista en el artículo 4 CC, en cuanto es contrario a mandato legal expreso, y de otro, está evidenciando la celebración de un contrato en el que no existe consentimiento de todos los que jurídicamente deben prestarlo, incidiendo en el supuesto de inexistencia del artículo 1.261 CC». El TS confirma los razonamientos de la Sentencia de instancia señalando que «la enajenación requiere unanimidad (art. 397 CC), es decir, el consentimiento del copropietario, a través de sus órganos legales de representación complementarios de su incapacidad, para que el contrato privado tuviera virtualidad, lo que al carecer de tal requisito acarrea su nulidad, como correctamente se mantiene en la Sentencia (fundamento de Derecho cuarto)» (97).

(97) También mantiene este criterio la Sentencia de 26 de febrero de 1982 (ponente: Beltrán de Heredia y Castaño, Ar. 790). Realizada la partición de una finca rústica, se adjudicó la nuda propiedad de la misma a las hijas del fallecido y el usufructo vitalicio a la madre. Posteriormente la finca fue vendida mediante documento privado a una sociedad anónima, figurando como vendedoras la viuda y una de las hijas que actúan en su propio y exclusivo derecho y nombre. Meses más tarde, la hija que había actuado como vendedora actuando como mandataria verbal de su madre, previa consignación del dinero recibido, requirió **notarialmente** a la compradora para dar por resuelto el contrato con base en que no se había obtenido el consentimiento de sus otras dos hermanas, a lo que se opuso la sociedad compradora. Las sentencias de instancia desestiman la demanda resolutoria de los demandantes y el Tribunal Supremo casa la Sentencia declarando la nulidad de la venta por violación de los artículos 1.261 y 397 CC, ya que «no mediando el consentimiento de las otras partícipes de la comunidad que tampoco ratificaron después el acto realizado, es evidente que éste va en contra de lo dispuesto en el artículo 397 CC, incurriendo en la sanción de la nulidad radical (Considerando **segundo**)». Obsérvese que el Tribunal Supremo de la razón en este caso a la parte que incumple, ya que piden la resolución las vendedoras de cosa parcialmente ajena y no las condueñas «perjudicadas». Esta circunstancia ha sido denunciada por J. M. MIQUEL («Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983», *CCJC*, núm. 3, 1983, pág. 728), quien señala que «las sentencias que declaran la nulidad de la venta de cosa común sin la necesaria unanimidad son censurables no sólo por no estar de acuerdo con la correcta doctrina en materia de venta de cosa ajena, sino por imponer dicha nulidad absoluta en favor de quien precisamente ha dado lugar a dicha nulidad. Es decir, en favor de los vendedores que afirman contar con el consentimiento del comunero que en realidad no consiente. Resulta sumamente extraño que el artículo 397 sea entonces el que produzca tan injusto resultado. Si un comunero vende la cosa afirmando contar con el consentimiento de los demás, no siendo cierto, no se ve por qué razón el comprador tenga que pasar por la nulidad absoluta del contrato cuando él quiere que por lo menos valga en la parte del comunero que **consintió y afirmó que** contaba con el consentimiento de los demás». También en el mismo sentido, cfr. Sentencias de 11 de febrero de 1952 (Ar. 283), 20 de mayo de 1957 (Ar. 1974), 4 de enero de 1965 (Ar. 152), 23 de junio de 1976 (Ar. 2920), 27 de diciembre de 1978, 14 de marzo de 1983 (Ar. 1475) y 16 de mayo de 1991 (Ar. 3704).

No parece que para resolver el problema de la validez de la venta de cosa común por un solo comunero sea necesario recurrir —como hace MÉNDEZ APÉNELA— a la polémica acerca del ámbito de aplicación del artículo 397 CC; es decir, a si este precepto es aplicable o no a los actos de disposición jurídica (98). La solución al problema planteado, a mi juicio, es independiente de la posición que se adopte sobre este particular, y ello porque aun cuando se admita que los actos de disposición jurídica requieren la unanimidad establecida en el artículo 397 CC, la venta es un negocio de obligación y no de disposición (99). La naturaleza obligacional de la compraventa posibilita la validez de la venta de cosa ajena y, *a fortiori*, la de cosa común. En este sentido, como advierte RODRÍGUEZ MORATA, «la compraventa no transmite por sí misma la propiedad de la cosa común, sólo puede producir efectos (obligacionales) entre las partes. De ahí que, en puridad, difícilmente pueda el contrato "alterar" el derecho que corresponde al verdadero propietario de la misma» (100).

Las sentencias que declaran nula la venta de cosa común atribuyen a la venta efectos que la misma no puede producir en virtud de lo dispuesto en el artículo 609.2.º CC, confundiendo venta y transmisión (101) como si el sistema vigente en nuestro Código Civil fuera el consensual francés. A mi entender, el artículo 397 CC viene simplemente a consagrar de nuevo (y siempre que se entienda que entran en su ámbito de aplicación los actos de disposición jurídica) la regla *nemo dat quod non habet*. Dado que la cosa es común será necesario el consentimiento de todos los comuneros para la validez del acto dispositivo. Por ello, su ámbito de aplicación son los actos de disposición y la venta en nuestro sistema no tiene esta naturaleza (102). Predicar la nulidad de la venta de

(98) Así lo hace MÉNDEZ APÉNELA, *La venta de cosa común por un comunero aislado*, op. cit., pág. 175.

(99) Así lo ha puesto de relieve GARCÍA VALDECASAS, «La comunidad hereditaria», AAMN, t. VII, Madrid, 1953, pág. 265.

(100) RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, op. cit., pág. 83.

(101) MIQUEL, J. M., *Comentarios...*, cit., pág. 397.

(102) En este sentido, señala LARRONDO LIZARRAGA, *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, Madrid, 1994, pág. 619, que «la validez del acto dispositivo no unánime se logra merced al mecanismo de la venta obligacional. El objeto de ésta no es un *dare*, sino un *facere*, que consiste en una obligación de adquisición de la propiedad por el disponente a fin de verificar la entrega en favor del otro contratante. La venta de un bien herencial indiviso por un coheredero ha de calificarse como venta de cosa ajena, que en sí es válida como justo título para la usucapión ordinaria y produce efectos obligacionales entre las partes —tales como la responsabilidad por incumplimiento y saneamiento por evicción— aunque no provoque inmediatamente un efecto traslativo». Sin embargo, a mi juicio, la naturaleza obligacional de la compraventa permite mantener su validez, pero no la del acto dispositivo.

cosa común por contravenir lo dispuesto en el artículo 397 CC implica considerar a la venta como acto de disposición, lo que infringe lo dispuesto en el artículo 609.2.º CC.

Tampoco parece correcto estimar nula la venta de cosa común por un comunero aislado por falta de consentimiento de los demás comuneros (art. 1.261.1.º CC) (103). En este sentido, y como ha puesto de relieve MIQUEL, «es evidente que el consentimiento al que se refiere el artículo 1.261 CC es el de las partes contratantes. Es muy claro que para asumir obligaciones contractuales no hace falta una específica titularidad, como sí hace falta para ser *transmitente*» (104). Efectivamente, el artículo 1.261.1.º CC requiere que las partes contratantes presten su consentimiento en obligarse (art. 1.457 CC). El consentimiento de los demás comuneros será necesario para la realización del acto de disposición, siendo para ellos irrelevante el contrato celebrado por el comunero vendedor y el comprador en virtud del principio *res inter alios acta* (art. 1.257 CC). Sostener lo contrario implica, una vez más, confundir venta y transmisión; en definitiva, dotar a la venta de naturaleza dispositiva.

Precisamente la venta realizada por un comunero aislado es válida por carecer de naturaleza dispositiva. Afirmar que la venta es válida no implica sostener que el acto dispositivo también lo sea. Este autor queriendo justificar la validez de la venta se refiere constantemente a lo largo de su trabajo de validez del acto dispositivo. Defecto terminológico que se aprecia también en el trabajo de MÉNDEZ APÉNELA, *La venta de cosa común por un comunero aislado*, op. cit., pág. 187.

(103) Así la Sentencia de 19 de diciembre de 1985 (Ar. 6603) o la de 29 de abril de 1986 (Ar. 2065), en las que se declara que «no ofrece duda racional alguna para proclamar que las convenciones cuya nulidad se postula en la demanda inicial de estas actuaciones no estaban adornadas de los requisitos que el artículo 1.261 de nuestro Código exige para la existencia del contrato, habida cuenta de que el condómino vendedor no podía prestar el consentimiento para la enajenación de pleno dominio de unos inmuebles de los que sólo corresponde participaciones indivisas». Asimismo, en la Sentencia de 8 de noviembre de 1983 (ponente: De Castro García, Ar. 6067), ante una venta de cosa común (se venden dos pisos de un edificio común), se encuadra la cuestión en el artículo 1.261.1.º CC, señalando que «si todo negocio de disposición precisa como esencial presupuesto el poder jurídico de disponer sobre la cosa o el derecho transmitido carecerá de eficacia frente al titular exclusivo o el cotitular la enajenación realizada por quien carece de poder de disposición, pues ya se entienda que se trata de una comunidad o se califique la situación de sociedad particular informal, los artículos 397 y 1.695, regla 4.ª, del Código Civil impedirían a dos de los condueños o socios proceder a la venta de pisos sin recabar la intervención o la anuencia del tercero, por lo cual los negocios celebrados no vinculan a éste, pues con relación a los actos dispositivos no rige el principio de la mayoría (Considerando tercero)». En este sentido, también declara la nulidad de la venta de cosa común (comunidad postganancial) por falta de consentimiento la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1993 (Ar. 6457).

(104) MIQUEL, J. M., *Comentarios...*, op. cit., pág. 397; MÉNDEZ APÉNELA, *La venta de cosa común por un comunero aislado*, op. cit., pág. 167; LARRONDO LIZARRAGA, *La eficacia del acto dispositivo...*, cit., pág. 558.

Cosa distinta es que el comunero vendedor no actúe en nombre propio, sino atribuyéndose la representación de los demás, supuesto que queda fuera de la problemática de la venta de cosa ajena y donde sí existe un problema de consentimiento y no de carencia de poder de disposición y que se resuelve conforme lo dispuesto en el artículo 1.259 CC (105).

Esta tendencia jurisprudencial que reconduce la patología engendrada por la falta de poder de disposición al terreno contractual declarando la nulidad del contrato, además de contravenir lo dispuesto en el artículo 609.2.º, choca con instituciones conexas (106). Declarada nula la venta de cosa ajena (o común), se le niega toda virtualidad para constituir justo título para la usucapión ordinaria (art. 1.953 CC). A esta criticable solución llegó

(105) Así sucedió en los hechos que enjuicia la Sentencia de 23 de junio de 1976 (ponente: Peral García, Ar. 2920). La viuda (usufructuaria), por sí y en representación de uno de sus hijos que no ostentaba y sus otros dos hijos, vendieron una finca de la que los tres hijos eran nudos propietarios. El comprador demanda la elevación a escritura pública de dicho contrato. El TS declara nulo el contrato de compraventa por contravenir lo dispuesto en el artículo 397 CC (Considerando cuarto). En este supuesto, la madre se atribuye la representación de uno de sus hijos sin ostentarla, por lo que, a mi juicio, debiera haber sido reconducida la solución al artículo 1.259 CC. A los distintos efectos que produce la venta aquejada de falta de poder de representación (venta en nombre de otro) y la venta en nombre propio de cosa ajena, se refiere la Sentencia de 14 de octubre de 1991 (ponente: Albacar López, Ar. 6921). Por su parte, señala FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pág. 190, que «cuando se vende la cosa común y no se especifica que el resto de los copropietarios quedan al margen, hay una intención implícita de comprometerlos (algo parecido a lo que ocurre con el *falsus procurator*)». Ahora bien, esta afirmación deberá ser demostrada en cada caso concreto y no cabe generalizarla a todos los supuestos de venta de cosa común. Resulta esencial para determinar su tratamiento si el comunero vende o no la cosa común en nombre propio o también en nombre de los demás comuneros. Si vende la cosa común en nombre propio, falta el poder de disposición y el contrato es válido, resultando ineficaz la tradición. Si, por el contrario, contrata en nombre de los demás comuneros, falta la legitimación para contratar.

(106) Hay que decir, sin embargo, en favor del Tribunal Supremo que, en los casos en los que ante una venta de cosa ajena (ya sea total o parcialmente ajena) sus pronunciamientos giran en torno a la validez o nulidad del contrato, es porque en las demandas así se solicita. En lugar de solicitarse en estos supuestos la nulidad del acto de cumplimiento, que es lo que entiendo sería lo correcto, se pide la nulidad del contrato, por lo que el Tribunal se ve obligado a pronunciarse sobre ella, cuando en muchas ocasiones se puede dar la razón al demandante sin declarar nulo el contrato de venta. Acertadamente, el TS en Sentencia de 31 de enero de 1994 (ponente: Marina Martínez-Pardo, Ar. 642) ante un caso de venta de cosa común en el que la demandante pidió la nulidad del contrato que fue estimada en las sentencias de instancia, el TS declara que «solicitada la nulidad total de la compraventa y la desestimación total de la demanda, cabe dentro de la congruencia estimar la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones (fundamento de Derecho tercero)». «Se puede afirmar que pedida la nulidad absoluta al acordar la relativa o sólo nula para producir con la tradición la transmisión del dominio, ello no comporta incongruencia».

el Tribunal Supremo en las Sentencias de 14 de marzo de 1983 (107) y 4 de enero de 1965 (108).

(107) Los hechos que se enjuician en la Sentencia de 14 de marzo de 1983 (Ar. 1475) se relatan en su segundo Considerando que reproduzco: a) la demandante es hija de don Francisco P. M., fallecido en 1946, cuando aquélla contaba dos años de edad, el cual instituyó heredera a la misma en su testamento otorgado el 5 de enero de 1946, reconociendo también derechos sucesorios expectantes a su sobrino, el actual demandado y recurrido, como descendiente de don Gabriel P. M., hermano del testador; b) la viuda de don Francisco, también demandada, doña Josefa P. N., sin previa liquidación de la sociedad de gananciales, dispuso por escritura pública de 26 de enero de 1959 de un inmueble urbano sito en la calle Mayor, número 13, de Mogente (Valencia), cuyo inmueble conocía el comprador, don Adrián P. V., sobrino del testador, que pertenecía a éste, al menos en su mitad *pro indiviso*, y a su padre, don Gabriel, en la otra mitad, según confesó en la litis y se deduce de su escrito de contestación a la demanda en la cláusula sexta de su testamento; c) por escritura de 20 de junio de 1966, cuando ya había cumplido a la sazón la mayoría de edad la demandante y actual recurrente, la codemandada doña Josefa P. acordó con el albacea nombrado en el testamento de 1946 otorgar escritura de testamentaria prescindiendo del inmueble de que se había dispuesto en 1959, manifestando que le pertenecía como adjudicado al fallecimiento de su marido en concepto de su parte en los gananciales. El TS declara la nulidad radical de una venta realizada por el cónyuge supérstite de un inmueble incluido en los bienes relictos de su esposo fallecido, sin previa práctica de liquidación de los bienes de la sociedad conyugal. Esta circunstancia era conocida por el comprador de la finca. La Sentencia basa la nulidad del contrato en «la ilicitud de la causa de la intentada compraventa como resultante de una convención en que la vendedora, carente de título de dominio, dispone a favor de persona conocedora de esta carencia o, al menos, con manifiesta negligencia no se cerciona de la comprobación del derecho de que se disponía en perjuicio de otro, con todo lo cual se infringió el artículo 1.275, en relación con el artículo 1.261.3 del citado Código Civil». Consecuencia de esta afirmación es la inaptitud de dicho contrato como justo título para la usucapión ordinaria: «un contrato inexistente o radicalmente nulo no puede integrar el justo título a que se refiere el artículo 1.952 del Código Civil, ya sea por defecto de forma esencial o por otro defecto sustancial, como lo es la falta de título dominical por parte del transmitente conocido por el comprador en contrato otorgado en perjuicio de tercera persona (...)». Como ha señalado DELGADO ECHEVARRÍA al comentar esta Sentencia (CCJC, núm. 2, 1983, pág. 471), «de admitir esta doctrina, nunca cabría la usucapión ordinaria de inmuebles, pues o bien el vendedor era dueño y podía transmitir, en cuyo caso sobra la usucapión, o no lo era, en cuyo caso, no siendo nunca justo el título, faltaría siempre este requisito».

(108) La Sentencia de 4 de enero de 1965 (ponente: García Monge y Martín, Ar. 152) enjuicia la validez de una venta de finca ganancial por el cónyuge viudo antes de la liquidación de la sociedad conyugal. El TS declara que tal venta «carece de validez al haber sido otorgada en clara contravención con la Ley, sin que pueda soslayarse esta nulidad por la doctrina del valor de la venta de cosa ajena, puesto que, sean cualesquiera los efectos que ella pueda producir entre los contratantes, nunca puede transmitir el dominio de que carece el vendedor en perjuicio del verdadero dueño o de los derechos que ostenten otras personas ajenas al contrato; y esta nulidad, teniendo en cuenta que se efectúa después de la disolución legal de la sociedad y antes de su liquidación, debe ser calificada, por la evidente contravención legal que implica, como radical y absoluta, denunciabla por quienes, ajenos al contrato, resultaron perjudicados en sus derechos adquiridos (Considerando primero)». Esta Sentencia declara la nulidad absoluta de la venta sin hacer mención a la norma que entiende infringida y niega la consideración de dicha venta como justo título para la usucapión ordinaria (Considerando segundo).

Especial atención merece la Sentencia de 11 de abril de 1953 (ponente: Vacas Andino, Ar. 1262) en la que se evidencia claramente la confusión que existe en esta materia. Ignacio, copropietario con su hermano de una casa familiar procedente de la herencia de su padre, vende, antes de la partición, unos tapices que formaban parte de la colección a un Ayuntamiento. El otro hermano y coheredero demanda al comprador pidiendo la nulidad de la venta y la restitución de los tapices a la herencia. El Ayuntamiento afirma que el contrato es válido, pues reúne todos los requisitos exigidos por el artículo 1.261 CC. Las sentencias de instancia estiman la demanda declarando la nulidad del contrato de compraventa y son confirmadas por el Tribunal Supremo, señalando que «aunque se admitiera con el recurrente que dado el carácter consensual que el contrato de compraventa tiene la venta de cosa ajena debiera estimarse válida, tal cuestión podría ser debatida entre los contratantes para exigirse el cumplimiento del contrato o la indemnización correspondiente si tal cumplimiento fuera imposible, *pero no podría afectar al copropietario de la cosa, tercero, en el contrato que no puede ser desposeído de su derecho por virtud de ningún contrato en que no haya intervenido y cuya nulidad puede reclamar, quedando a salvo el derecho del comprador a ejercitar contra el vendedor las acciones correspondientes y entre ellas las de saneamiento por evicción que le reconocen los artículos 1.474 y 1.475 CC (Considerando segundo)*».

Es decir, el contrato es válido *inter partes* y nulo frente a tercero. ¿Es que sólo cabe proteger al copropietario no interviniente declarando la nulidad del contrato? El contrato de compraventa es *res inter alios acta*, y precisamente por su naturaleza obligacional no dispositiva no supone ningún peligro para el copropietario, quien dada su condición de dueño podrá reivindicar la cosa pidiendo la nulidad de la *transmisión* por falta de poder de disposición del vendedor, pero no la nulidad del contrato, que no le afecta en absoluto. No es posible hablar de validez *inter partes* como si los contratos pudieran producir efectos *erga omnes*, que son los que la sentencia pretende enervar. En definitiva, la confusión entre compraventa y transmisión, entre título y modo, es otra vez patente. El poder de disposición es un requisito necesario para que tenga lugar la transmisión y no para el contrato generador de la obligación. Ello viene avalado por la norma contenida en el artículo 1.160 de nuestro Código Civil que establece, en su inciso primero, que «*en las obligaciones de dar no será válido el pago por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla*». Este precepto se refiere a las obligaciones de dar en sentido estricto, conforme al término romano *dare*, es decir, aquellas en las que el deudor se obliga no a la mera entrega de una cosa, sino a transmitir la propiedad u otro derecho real. El artículo 1.160 CC exige la libre disposi-

ción y la capacidad para enajenar, no en el momento del nacimiento de la obligación, sino en el momento del cumplimiento, posición absolutamente coherente con nuestro sistema de transmisión que declara la insuficiencia del contrato para operar la mutación jurídico real y que viene a avalar la tesis aquí mantenida de que el poder de disposición no es un requisito del contrato, sino de la transmisión que se produce en nuestro ordenamiento en la fase solutoria.

No han faltado, sin embargo, sentencias favorables a la validez de la venta de cosa común a la que se considera como una modalidad de la venta de cosa ajena (109). En este sentido hay que destacar, por lo acertado de su doctrina, la Sentencia de 27 de mayo de 1982 (ponente: Fernández Rodríguez, Ar. 2605) (110), que aplica a la venta de cosa común la doctrina general de la validez de la venta de cosa ajena:

(109) Así, las Sentencias de 19 de enero de 1965 (Ar. 152), 5 de febrero de 1968 (Ar. 732), 28 de mayo de 1986 (Ar. 2832), 14 de octubre de 1991 (Ar. 6921), 11 de mayo de 1992 (Ar. 3896). Asimismo la Sentencia de 5 de julio de 1958 (ponente: Domínguez de Molina, Ar. 2537) comentada por MENCHEN, *RCDI*, 1959, pág. 694, sitúa el poder de disposición en el terreno del cumplimiento del contrato. Los hechos que enjuicia esta Sentencia son los siguientes: La parte demandada suscribió un contrato en documento privado en el que consta «haber recibido del actor la cantidad de 16.000 pesetas como parte del precio de la finca que luego se describiría, que la enajenaban en la suma de 30.000 pesetas libre de toda carga. Se consignó también que en la fecha del otorgamiento de tal documento privado tomaba posesión de la finca la parte actora y que se fijaba como plazo para otorgar la escritura de compraventa diez meses. No habiendo sido otorgada dicha escritura, la parte demandante solicitó del Juzgado que se condenara a los demandados a dicho otorgamiento. Compareció por los demandados doña Mercedes P. alegando que el referido documento era nulo, toda vez que estaba autorizado por Matilde P., de estado casada, sin licencia de su marido y no intervinieron en él dos de los seis propietarios de la mitad de la finca, que se hallaban en América, por lo cual procedía la rescisión del mismo y la devolución al actor de las cantidades entregadas. El Juzgado de Primera Instancia absolvió a la parte demandada. La Audiencia Territorial revocó dicha Sentencia condenando a los demandados a otorgar la escritura de compraventa. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo declara no haber lugar, declarando lo siguiente: «Dado el carácter puramente consensual que, conforma a los claros términos de los artículos 1.445 y 1.450 del Código Civil, tiene en nuestro Derecho positivo el contrato de compraventa, la validez del mismo es forzoso admitirla desde el momento en que se perfecciona por el consentimiento de los contratantes sobre la cosa y el precio, pues desde entonces surgen las respectivas obligaciones de las partes, sin que el hecho de que la cosa no sea de la propiedad del vendedor impida el nacimiento de la obligación que asume de entregarla, porque ello, que únicamente afecta a la consumación del contrato, podrá determinar, en sustitución de aquélla, la obligación de indemnizar daños y perjuicios por el incumplimiento si no quisiere o no pudiere —salvo que en este último supuesto concurren circunstancias especiales— adquirir lo que libremente se comprometió a entregar, o en su caso la acción de saneamiento de los artículos 1.475 y siguientes del Código Civil, todo lo cual viene a evidenciar la eficacia obligatoria del contrato... (Considerando primero)».

(110) Los hechos que enjuicia esta Sentencia han sido ya relatados en la nota 33 de este trabajo.

«En los supuestos de venta de cosa ajena, lo que supone vender como propios bienes que pertenecen a una comunidad hereditaria de la que forma parte el transmitente, cuya validez proclamaban las Partidas (P. 5.5.19), admitió el Fuero Juzgo y negó el Fuero Real, que en rigor era la regla vigente al promulgarse el Código Civil, tiene solución afirmativa en éste, pues si ciertamente no contiene precepto alguno que declare válida la venta de cosa ajena, no obstante, cabe admitirla, debido a que dicho ordenamiento jurídico en vigor construye fundamentalmente el contrato de compraventa bajo el patrón del Derecho romano, como lo revelan los artículos 1.445, 1.450, 1.461 y las específicas normas referentes a la evicción contenidas en los artículos 1.474, 1.475, 1.476, 1.477, 1.480 y 1.502, determinante todo ello de que, siguiendo sustancialmente el sistema romano sobre compraventa, en que ésta es sólo generadora de obligaciones, de modo que el vendedor contrae únicamente la obligación de proporcionar una cosa al comprador, sin que ningún precepto obligue al primero a que sea propietario de la cosa vendida, puesto que este extremo es indiferente de momento para la eficacia de la compraventa en sí, de tal manera que si el vendedor es dueño la tradición transferirá el dominio al comprador, y si no, lo es todo el poder y posesión que él tuviera sobre la cosa, con la posible consecuencia de que sumando el tiempo de posesión del vendedor con el del comprador puede producirse usucapión a favor de éste, y si el vendedor no es dueño de la cosa vendida y éste, antes de consumarse la usucapión, es reivindicada por el verdadero dueño, entonces el vendedor está obligado a sanear, o sea, a dejar indemne al comprador (Considerando segundo)».

«Que la solución acogida en el precedente es consecuencia de que, por esta orientación del Derecho romano, la compraventa en el Código Civil español es meramente una relación jurídica obligacional, de modo que el vendedor exclusivamente está obligado directamente a la entrega y, en su caso, al saneamiento en caso de evicción, porque el legislador estima que aunque nadie puede transmitir lo que no tiene (*nemo dat quod non habet*), nada impide que el vendedor se obligue a entregar más tarde una cosa que al tiempo del contrato era de otro, lo que es consecuencia del negocio meramente obligatorio que supone la venta romana, inspiradora del citado Código Civil español, significativo de un sistema en que la compraventa es un simple contrato generador de obligaciones, o sea en el que la *emptio venditio* no puede engendrar otra cosa que la *obligatio*, a diferencia del negocio transitorio o de disposición, en que su objeto inmediato o directo es la cosa transmitida o de que se hace disposición, con la consecuencia de que en la *venditio rei alienae* en el sistema adaptado al Derecho romano, seguido por nuestro precipitado ordenamiento jurídico general, y que tiene específico reflejo en ordenamientos forales que también mantienen esa orientación, es indiferente que las cosas vendidas sean o no del vendedor, ya que el ser suya o ajena la cosa vendida no es

condición o requisito incorporado al contrato, al limitarse la obligación del que vende a tener como objeto directo e inmediato la prestación, es decir, su actividad propia de suministrar al comprador las cosas especificadas en la compraventa, pero sin ser éstas propiamente objeto directo de la obligación asumida por aquél, pues si bien es cierto que en el Derecho romano la obligación del vendedor que imponía sólo a éste el entregar o apoderar de la cosa vendida al comprador (*vacuam possessionem tradere*) (...) no impedía finalidad traslativa del dominio, sin embargo aquel carácter meramente obligacional de la compraventa determinaba que con relación a la *traditio* en que había una intención de transferir la propiedad a fin de que el comprador se hiciera dueño de las cosas tradidas (*animustransferendi et accipiendi dominii*) creando una obligación a cargo del vendedor de hacer todo lo necesario para que el comprador pueda tener las cosas vendidas como propias, o sea, que se porte respecto de ella como dueño, a causa de que en la *traditio* no sólo hay un *corpus*, consistente en el acto real del traspaso meramente posesorio, sino que además existe un *animus*, que consiste en querer hacer dueño al comprador, sin embargo, en la compraventa romana, que sigue el Código Civil español mediante la tradición del vendedor cumple su obligación de momento con desprenderse, desapoderarse o desinvertirse del poder o señorío que pudiese tener sobre las cosas tradidas, atribuyéndolo, incorporándolo o traspasándolo a la persona del comprador, pues *una cosa es afirmar que un negocio jurídico tiene la finalidad traslativa del dominio y otro que un negocio sea de transmisión del dominio* (Considerando *tercero*)».

Como se ve, el Tribunal Supremo destaca con contundencia la naturaleza obligacional de la compraventa y, por tanto, en su falta de eficacia dispositiva, para con ello justificar la validez de la venta de cosa ajena de la cual no es sino una variedad la venta de cosa común.

Aquí está la clave de la inteligencia de nuestro sistema. Poco importa a los efectos de la validez del contrato cuál sea la posición deudora del vendedor, pues aunque éste estuviera obligado a producir el resultado traslativo, ello no es obstáculo a la admisión de la validez de la venta, que no pierde por ello su naturaleza obligacional. La sentencia citada explica claramente la distinción entre negocio de transmisión del dominio y negocio traslativo del dominio. La compraventa participa de este último carácter aportando el elemento volitivo a la tradición que produce el efecto traslativo. En definitiva, la separación entre los negocios de obligación y de disposición propia del Derecho romano subsiste en nuestro sistema. El poder de disposición es un elemento ajeno al contrato en cuanto productor de obligaciones y en cuanto elemento que interviene en el proceso transmisivo (**art. 609.2.º CC**), pero que no es el responsable de la consecución final de este efecto real.

MATILDE CUENA CASAS
Doctora en Derecho