

Consideraciones sobre el pago traditivo

A fin de acotar la temática de este trabajo, voy a indicar algunas cuestiones que, relacionadas en mayor o menor medida con el pago o la tradición, van a quedar marginadas del mismo.

En primer lugar, no voy a considerar los pagos que tienen como finalidad liquidar, bien por vía normal de cumplimiento, o bien por el ejercicio de las pertinentes acciones de invalidez, relaciones jurídicas preexistentes. Tales pagos, devolutivos no traditivos, pueden derivar de obligaciones legales unilaterales; caso del artículo 522 del Código Civil o bilaterales del mismo origen. Artículos 1.295, 1.298, 1.303, 1.304, 1.307, 1.308, 1.561 del Código Civil. Como dije antes, son siempre resultado de un previo proceso de liquidación de situaciones posesorias que han mediado, por diversas causas, entre el deudor y acreedor de tales obligaciones devolutivas, liquidación que, en defecto de normas específicas propias, correrá por los cauces de los artículos 451 y siguientes del Código Civil, en materia de mejoras, abono de gastos, atribución de frutos, nacimiento de créditos, privilegiados o no, derivados de tales situaciones, garantía de los mismos, así como aquellos derechos específicamente originarios de tales procesos liquidatorios, como son el *ius retentionis*, *ius tollendi* y el derecho de compensación de mejoras por menoscabos. Tampoco va a ser objeto de mi consideración la problemática de los pagos no traditivos, nacidos de obligaciones contractuales, como, por ejemplo, la entrega de la cosa que está obligado a efectuar el arrendador a tenor de lo previsto en el artículo 1.554, apartado 1.º, del Código Civil. Voy a obviar también todo lo referente a la función de la entrega en la categoría de los contratos reales (depósito, mutuo, comodato, renta vitalicia y prenda) en los que la misma opera, según la doctrina mayoritaria, como un presupuesto existencial de los mismos. Van a quedar igualmente al margen las entregas en materia de donaciones,

figura jurídica cuya naturaleza no está, ni mucho menos, definitivamente perfilada. Sin perjuicio de reconocer el interés que tendría efectuar un estudio comparativo entre las normas reguladoras del pago en general y de aquellas que disciplinan el mismo en materia de legados, en función de los artículos 881 y siguientes del Código Civil, también esta problemática va a ser ajena a mi exposición. Por último, tampoco voy a tratar el tema de las *traditios* judiciales en materia de ejecuciones forzosas, pantanoso tema que exigiría un singularizado estudio. Intimamente relacionado con el mismo está la cuestión del pago por consignación judicial, previsto en los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil, y respecto del cual se plantea el problema de si el mismo puede valer como *traditio* o no, y en caso afirmativo, cuál es el momento de la misma.

Voy a exponer simplemente algunas consideraciones referidas al pago traditivo; es decir, aquel que extingue obligaciones de dar nacidas de ciertos contratos, los llamados traslativos de dominio o generadores de derechos reales con contacto posesorio, y que a su vez consuman, completan el ciclo transmisivo-adquisitivo en el ámbito de las mutaciones jurídico-reales. Esta doble virtualidad, extintiva y creadora de la *traditio*, es la lógica consecuencia de la teoría del título y el modo vigente en nuestro sistema jurídico en virtud de los artículos 609 y 1.095 del Código Civil. Conexos con los mismos aparecen en nuestro Código Civil otros, reguladores de aspectos concretos de dicha teoría, tales como los artículos 1.462 y siguientes, que especifican las formas o modos de efectuarse la *traditio*; en los artículos 1.157 y siguientes se regulan los presupuestos del pago, y a partir del 430 se contiene todo el conglomerado de normas posesorias a las que tendremos forzosamente que referirnos, toda vez que el pago genera en el que cobra una posesión, como veremos a continuación.

Acotada, negativa y positivamente, la temática de este estudio, y, dado el concepto de pago traditivo, paso a exponer el problema de su naturaleza jurídica, problema que ha ocupado la atención de una gran parte de la doctrina científica, la cual se ha dividido, al tratar de precisar la misma, entre aquellos que le han dado carácter negocial y los que no. Doy por sabidas las distintas posturas doctrinales y paso a exponer algunas consideraciones personales sobre este tema.

Es evidente que el pago traditivo es un acto debido; yo diría que es el acto debido por antonomasia, jurídicamente hablando. El deudor, el tradente, no paga porque quiera, sino porque está obligado a ello, en virtud de una constricción, vínculo o ligamen derivado de la obligación contractual de la cual no es sino su lógica consecuencia. Quede ello claro. El deudor está Obligado, con mayúsculas, a pagar, y esto es una

premisa indiscutible. Ahora bien: ¿y si el deudor no paga? Superados los tiempos en que era factible la coerción física extrema, según la cual si el deudor no pagaba voluntariamente se le podía forzar a ello *manu militari*, utilizando para ello todas las medidas violentas necesarias, en la actualidad la reacción del ordenamiento jurídico ante el incumplimiento por parte del deudor de su deber jurídico no puede consistir en un pago impuesto, forzoso, coactivo o violento. Y así, el pago, a pesar de ser debido, es un acto voluntario y no forzoso. Cuando el deudor paga ejercita su libre albedrío, y cuando no paga, también. No quiero decir con ello que el deudor sea libre o no de pagar; pero a efectos prácticos, así es.

Salvando las diferencias, esta cuestión se asemeja un poco al punto básico de la teleología existencial: estamos en el mundo para ser buenos, por obligación impuesta por el Creador, pero podemos ser malos. No tenemos derecho a tal comportamiento de maldad, pero no cabe ninguna duda que éste es factible. El deudor, en suma, no goza del derecho de no pagar, pero puede hacerlo, y si lo hace se ha producido un acto ilícito, con todas sus consecuencias, y entre ellas, la reacción del ordenamiento jurídico, y básicamente la intervención sancionadora de los organismos judiciales y administrativos: ejecuciones forzosas, satisfacción del *id quod interest*; exigencia de cláusulas penales, pérdida de arras, abono de daños y perjuicios, etc. Ahora bien: todo este elenco de posibilidades sancionadoras del ordenamiento jurídico no empece en absoluto a que el pago, a mi juicio, sea un acto libre. Dado este carácter del pago, como acto libre del deudor, como libres son todos los actos humanos, no puede ser sino un negocio jurídico bilateral dispositivo, cuya función es, como ya dijimos, cerrar el círculo transmisivo, que se inicia en nuestro Derecho con el negocio jurídico obligacional, que es el contrato, del cual deriva la obligación de pagar.

Esta consideración del pago como acto libre, se manifiesta meridianamente cuando el pago se efectúa por un tercero, posibilidad admitida taxativamente en el artículo 1.158 del Código Civil, y que es uno más de los de dicho cuerpo legal que permite la intromisión de terceros en la esfera jurídica ajena, intromisión que puede ser lícita, e incluso ilícita. Dentro del primer grupo, vemos cómo el Código Civil, a través de la *gestio*, permite la actuación por cuenta de otro de una forma muy amplia, vinculando al *dominus negoti* siempre que exista un *utiliter* para él; artículo 1983; el artículo 1.259 también permite al tercero contratar a nombre de otro; a su vez el artículo 439 permite al tercero adquirir la posesión por cuenta ajena. Aspectos concretos de la intervención lícita de terceros en materia de contrata-

ción los tenemos en los artículos 1.447, 1.690 y 1.591, e igualmente en materia de pagos, no sólo es lícita la intervención del tercero pagando, a tenor del artículo 1.158, sino que cobrando, también es válida la intervención del mismo según el párrafo 2.º del artículo 1.163.

Pues bien, en los pagos efectuados por terceros, no existe ejecución de ningún acto debido, por ser dicho tercero ajeno a la relación jurídica obligatoria que con su pago se extingue. Conviene, no obstante, puntualizar que el pago realizado por tercero, debe realizarse en nombre propio, pero por cuenta del deudor, quedando fuera de tal posibilidad los supuestos en que el tercero actúa en virtud de autorización voluntaria o legal del mismo, y también en aquellas hipótesis en que el tercero paga con cosa propia del deudor, o bien por error, en cuyo supuesto se aplicaría la normativa del pago indebido de los artículos 1.895 y siguientes del Código Civil.

Queda, pues, claro el carácter de negocio jurídico dispositivo y bilateral del pago traditivo. Otra cuestión relacionada con el tema de la naturaleza jurídica del pago traditivo es la referente a su carácter causal o abstracto. Realmente existen tres clases de abstracciones: Absoluta, relativa y probatoria. Negocios jurídicos traditivos absolutamente abstractos no existen en el Derecho moderno, si bien tenía tal carácter la *mantipatio* romana, figura jurídica absolutamente formal y en la que el adquirente devenía propietario a impulsos de tal formalismo. Negocios traditivos relativamente abstractos, los del Derecho germánico. Y digo relativamente abstractos porque en el supuesto de que se demuestre la inexistencia del título, el negocio jurídico en cuestión devendría ineficaz, pero tal ineficacia no perjudicaría en ningún caso a los terceros de buena fe. Negocios jurídico-traditivos probatoriamente abstractos, el pago del sistema del título y el modo. En este caso es de aplicación la presunción de existencia de la causa del artículo 1.277 del Código Civil. Demostrada la inexistencia de la misma el pago deviene inválido con efectos reales, afectando también a los subadquirentes, excepto los del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y 464 del Código Civil. Cuando se pagó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada, el que recibe el pago está obligado a su restitución, siendo de aplicación los artículos 1.895 y siguientes del Código Civil. Volveremos sobre esta cuestión más tarde. Resumiendo, el pago traditivo es un negocio jurídico bilateral y causal.

Ya hemos dicho que en nuestro Derecho se halla vigente la teoría del título y el modo y que, por lo tanto, el negocio jurídico transmisivo del dominio y de los derechos reales con contacto posesorio, exige dos ingredientes: el título, o sea, aquellos contratos traslativos a que se refiere el artículo 609 del Código Civil y el modo, pago, *traditio*, o

puesta en posesión del adquirente. Pero, veamos. Antes del pago, no existe más que el título, o sea, el contrato generador de la obligación de dar correspondiente, y en el *iter* transmisivo, la desconexión entre el título y el modo es forzosa cuando la entrega queda aplazada, o sea, cuando del título nace una obligación de dar sujeta a plazo suspensivo, o la misma queda afectada por una condición de tal carácter. La distinción, por tanto, entre obligaciones puras, suspensivas y a plazo es básica en esta materia; pero incluso en los contratos generadores de obligaciones de dar traditivas puras y simples, la frase: «Será exigible, desde luego...», que utiliza el artículo 1.113 del Código Civil, no es, a pesar de su rotundidad impresionante, tan absoluta como parece. En primer lugar, porque se aplica primordialmente a las obligaciones unilaterales, y respecto de las mismas, y por analogía, sería de aplicación el plazo suspensivo consistente en el término de gracia o cortesía que para las bilaterales permite el artículo 1.124 del Código Civil. Respecto de estas últimas, no sólo será de aplicación dicho plazo suspensivo judicial, sino que para el supuesto prototípico de la compra-venta, la reciprocidad en el cumplimiento de las obligaciones básicas —entrega de la cosa— pago del precio, es legal, y así resulta del artículo 1.466 del Código Civil. Así pues, incluso en las compraventas puras y simples, se puede producir tal desconexión, puesto que el vendedor, deudor o tradente puede suspender el pago de la cosa vendida, o sea, el negocio jurídico dispositivo, mientras el comprador no le pague el precio, salvo en los casos exceptuados de tal reciprocidad, en virtud del mismo artículo citado, y del siguiente. Vemos, pues, que la desconexión entre el título o negocio jurídico obligacional y el modo o negocio jurídico dispositivo es, en unos casos forzosa y en otros posible y en tales supuestos surge un *ius ad rem* a favor del acreedor, cuyo contenido se traduce en el derecho a la percepción de los frutos desde que nace la obligación de entregar la cosa hasta que ésta se produzca, a tenor de lo previsto en los artículos 1.095 y 1.468 del Código Civil y en un derecho a exigir la conservación de la cosa vendida por parte del deudor de la misma, a tenor de lo prevenido en los artículos 1.094 y 1.468 de dicho cuerpo legal. Respecto a las obligaciones sujetas a condición suspensiva, el *ius ad rem* antes indicado no presenta contenido fructuario por aplicación del artículo 1.120 del Código Civil, pero sí, en cambio, el acreedor tiene derecho a exigir la conservación de la cosa vendida, a tenor de lo indicado en el artículo 1.121 del Código Civil. Es evidente que en el tiempo que media entre la perfección del contrato de compraventa hasta la entrega de la cosa al comprador, el contratante deudor de la entrega o vendedor, al no haber

efectuado el pago o *traditio*, es todavía titular dominical de la cosa vendida, gozando de su disponibilidad material y jurídica y asumiendo los pertinentes riesgos: artículos 1.105-1.182-1.452 del Código Civil.

Tal disponibilidad puede efectivizarse, generando problemas de liquidación de situaciones posesorias cuando tenga lugar el pago, y en defecto de normas específicas propias serán de aplicación, como ya dijimos antes, las de los 451 y siguientes de dicho cuerpo legal con las necesarias adaptaciones.

Veamos ahora los presupuestos subjetivos y funcionales del modo como pago *traditio*.

Desde el punto de vista del tradente, deudor o no, es de aplicación el fundamental artículo 1.160 del Código Civil que le exige un triple requisito: previa titularidad, capacidad dispositiva plena y legitimación para pagar. Veámoslo.

A) TITULARIDAD

A pesar de lo que luego diremos, conserva vigencia el aforismo clásico del Derecho romano *nemo dat quod non habet*. Se requiere la previa titularidad en el tradente, o sea, se precisa para el supuesto del pago derivado de la compraventa, que el que pague, dejando aparte los supuestos representacionales, sea dueño de la cosa con la que paga. Por lo tanto, el pago será inválido, si el tradente paga con cosa ajena, y, por supuesto, si el cobrador, en este caso, el comprador, sabe o es consciente de la falta de titularidad por parte del tradente, debe rechazar la prestación ofrecida. Si no lo hace, deviene automáticamente poseedor de mala fe.

B) CAPACIDAD

Para celebrar válidamente el pago, el tradente debe tener plena capacidad dispositiva; capacidad más rigurosa que la contractual, y tal capacidad debe ser actual, o sea, debe existir en el mismo momento del pago.

Teniendo en cuenta la desconexión antes apuntada entre el negocio jurídico obligacional o título y el negocio jurídico dispositivo o modo antes dicha, es evidente que pueden producirse desarmonías en este tema de la capacidad respecto a ambos negocios. Así, por ejemplo, contratantes plenamente capaces en el momento de perfeccionar el contrato de compraventa, pueden devenir incapaces, a efectos dispositivos, con posterioridad al negocio jurídico obligacional, en cuyo caso su situa-

ción de pródigo, o, incapacitado, quebrado o concursado, etc., les impedirá efectuar la entrega derivada del contrato que celebraron cuando eran capaces. En tal caso, sus representantes legales, contando con las oportunas licencias y asistencias, deberán pagar por ellos. También puede suceder que acontezca el fallecimiento de alguno de los contratantes, en cuyo caso, sus herederos le sustituirán en el pago. Delicados problemas se plantean en materia de disolución de personas jurídicas, colectivas, morales, abstractas, sociales o mixtas, cuestión que veremos, brevemente, más tarde.

C) LEGITIMACIÓN

Es necesario que el tradente no esté afectado por concretas prohibiciones para pagar. El Código Civil se refiere a una de ellas, la del artículo 1.165. Ahora bien, se plantea el problema de si las prohibiciones para contratar del artículo 1.459 son aplicables al negocio jurídico dispositivo. O sea, si en el momento de celebrar el contrato de compraventa vendedor y comprador no incidían en ninguna de las hipótesis previstas por dicho artículo y si quedaban afectados por tales supuestos con anterioridad a la entrega, ¿es ésta válida?

Respecto al cobrador, los requisitos subjetivos son, en definitiva, los mismos:

A) TITULARIDAD

Aparte los supuestos representacionales, el pago no será válido si el tradente no paga al acreedor (art. 1.162). Ahora bien, siguiendo con el proceso de despersonalización de la relación jurídica obligatoria, el Código Civil permite el pago hecho a un tercero, o sea, a un no acreedor, en la hipótesis del párrafo 2.º del artículo 1.163 del Código Civil, y en general declara válido el pago, por exigencias de la buena fe, en el caso del artículo 1.164 de dicho cuerpo legal.

B) CAPACIDAD

Para cobrar, y a tenor de lo prevenido en el artículo 1.163 del Código Civil, únicamente se requiere la capacidad para administrar. Ahora bien, quiero poner de relieve la contradicción entre este artículo y el 443 del mismo cuerpo legal. La mención de menores e incapacitados es excesivamente ambigua, ya que algunos de ellos carecen de la necesaria capacidad mínima para administrar. El pago, a pesar de no estar mencio-

nado de una forma concreta en el artículo 438 del Código Civil, es uno de los modos de adquirir la posesión, como veremos a continuación. Por lo tanto, y en tal caso, la norma del artículo 1.163 antes citado debe prevalecer sobre la contenida en el 433 también dicho por su carácter especial.

C) LEGITIMACIÓN

Toda la problemática expuesta sobre el artículo 1.459 del Código Civil al hablar del tradente, es perfectamente aplicable a este supuesto.

Voy a prescindir de los requisitos objetivos del pago de identidad, integridad e indivisibilidad, por sabidos. Y paso a los elementos funcionales, o formas de efectivizarse la *traditio*. Este tema se encuentra regulado, como apunté al principio, en los artículos 1.462 y siguientes del Código Civil, y en tales artículos nos encontramos, aparte supuestos de tradición simbólica, *longa manu*, *brevi manu* y *constituto posesorio*, con la tradición instrumental. Tal tradición, de la cual son Sumos Sacerdotes, nuestros compañeros, los Notarios, tiene una importancia decisiva en la actualidad. Realmente, y en función de la misma, las diferencias que existen entre el sistema del título y el modo, propio del Derecho español y el sistema francés, eliminador del modo y concentrador de toda la energía transmisiva en el título, quedan más que matizadas, desapareciendo, desde luego, esa desconexión de la que hablamos anteriormente entre el negocio jurídico obligacional y el dispositivo, por cuanto que ambos aparecen confundidos por medio del título formo-documental. Ahora bien, la realidad es la realidad y por ello, si el tradente, a través de la tradición instrumental, no era poseedor efectivo, ésta, sin perjuicio de los derechos de terceros protegidos por la fe pública registral, forzosamente tendría que decaer. Me interesa destacar que en la hipótesis excepcional de que de la misma escritura se dedujere o resultare claramente lo contrario, el Registrador deberá denegar la inscripción por no haberse completado el pertinente *iter* transmissivo del título y el modo. Esta cuestión se haya íntimamente conectada con aquella relativa a la de si la inscripción suple a la tradición en todo, en algún o en ningún caso. Tema del que no me voy a ocupar y del cual supongo tenéis ideas definidas.

EFFECTOS

A) Pago válido: La puesta en posesión derivada del modo genera en el adquirente la titularidad real pretendida, completando el proceso transmissivo que se inició con el título, con lo cual el adquirente queda

investido de tal titularidad. Al propio tiempo, el pago, como cumplimiento de la obligación, provoca la extinción de ésta (art. 1.156 del Código Civil). El Estatuto organizativo de la situación jurídica establecida será el que las partes intervinientes en el título hayan determinado: artículos 392, 2.º, 470, 598 y 1.255 del Código Civil. Tal posibilidad viene limitada por las barreras que a la autonomía de la voluntad se establecen en el artículo últimamente citado, del que no me voy a ocupar. Unicamente quiero resaltar que a través del modo, tal Estatuto puede ser establecido o modificado.

B) Pago inválido: El proceso transmisivo puede ser patológico, en virtud de los vicios afectantes a sus dos componentes, o sea, al título y al modo. No es materia de este trabajo entrar en la problemática de las causas de ineficacia de los negocios jurídicos, sino en lo estrictamente necesario a fin de obtener una visión sistemática de esta cuestión.

Según sea la causa de invalidez, las consecuencias serán distintas, y, a los efectos que me interesan, podemos sistematizarlas en tres grandes grupos:

- 1.º Invalidez derivada de cualquier vicio del título y del modo.
- 2.º Invalidez producida por la falta de titularidad de lo pagado en el tradente.
- 3.º Invalidez derivada de la inexistencia del título.

En el primer supuesto, el ciclo transmisivo es ineficaz y, aparte otras consecuencias, el adquirente frustrado deviene poseedor de buena o de mala fe, según que conozca o desconozca los vicios de tal proceso adquisitivo. La normativa sobre la posesión, conglomerado de reglas de distinto origen, es en el Código Civil bastante confusa; de todas maneras, y a mi juicio, no puede perderse de vista que todo el fenómeno posesorio contenido en los artículos 430 y siguientes del Código Civil se coloca bajo los parámetros de la buena o de la mala fe, que afecta a toda clase de posesiones contenidas en dichos artículos y que la sitúan, en todo caso, bajo el signo del FRACASO ADQUISITIVO. Se tiene la posesión, porque el fenómeno constitutivo de una situación jurídica básica, real u obligacional, del cual derivaría, como lógica consecuencia, un *ius posidenti*, es incorrecto, imperfecto y patológico. En tal hipótesis, el presunto adquirente es sólo tal y entonces, lo único importante, a los efectos de fijar el régimen de la situación posesoria, o *ius posesionis*, es determinar si conocía o no el vicio de tal proceso frustrado. Este es el significado del artículo 433 del Código Civil. La distinción entre poseedor de buena o mala fe tiene enorme transcendencia en el ámbito del Derecho, e incluso podría decirse que una y

otra situación tienen poco en común. Pues bien, en el supuesto de adquisición de tal posesión por pago, existiendo vicios en general del título o del modo en el proceso transmisivo en cuestión, el cobrador o es un poseedor de buena fe o lo es de mala fe con todas sus consecuencias, pero en todo caso la adquisición de la titularidad real queda frustrada.

En la tercera hipótesis antes aludida, o sea, en el supuesto de que el título sea inexistente, y dado el carácter causal del modo en nuestro ordenamiento jurídico, es evidente que el pago, en este caso, tampoco será válido, y que, igualmente, el adquirente frustrado devendrá poseedor de buena o de mala fe, como en el supuesto anteriormente citado, y aquí, la buena o mala fe consiste en el conocimiento o desconocimiento por parte del que cobra de la inexistencia del título fundamentador de dicho pago. Me interesa destacar que la situación posesoria que se genera para este cobrador se regirá, primordialmente por el artículo 1.895 del Código Civil y, subsidiariamente, por las contenidas en los artículos 430 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Nos queda fijar los efectos de la patología del proceso adquisitivo en la segunda de las hipótesis anteriormente mencionadas, o sea, cuando el vicio afecta exclusivamente al modo, y consiste en el pago con cosa de otro, o sea, que el tradente carece de titularidad sobre la cosa con la que paga. En tal caso y, de nuevo, el que cobra deviene titular de un *ius possessionis* y según que conozca o no el vicio en cuestión, de buena o de mala fe.

Ahora bien, la situación posesoria genera una apariencia de titularidad y si esta apariencia es importante y provoca la creencia fundada en los terceros de que no es tal, sino realidad, el principio de invalidez, respecto a esta situación antes aludido, quiebra en favor del cobrador de buena fe. Nos encontramos en la situación del artículo 464 del Código Civil, correlativo al artículo 34 de la Ley Hipotecaria en materia de inmuebles inscritos. De ambos preceptos se han ocupado con profusión los autores. Me voy a limitar a puntualizar algunos extremos que, a mi juicio, y a pesar de la inflación interpretativa que ha sufrido el artículo 464, no han sido suficientemente aclarados. Sea cual fuere la interpretación amplia o estricta de la expresión «privación ilegal», lo que no se puede es condenar a la inanidad al artículo en cuestión y por ello tal exégesis no puede llevarse a los límites extremos de comprender cualquier caso de pago con cosa ajena en que hubiere mediado abuso de confianza. La buena fe que menciona este artículo no es la del artículo 433, sino la del 1.950, mucho más restringida, ya que en la hipótesis del artículo 464 el título tiene que ser perfecto, y el modo también. Y tal artículo únicamente subsana deficiencias de

titularidad en el tradente, que no es poco, pero nada más. La palabra equivalencia, «equivale al título» que tanta polémica ha levantado no quiere decir sino lo que quiere decir, que vale tanto como el título. Tal equivalencia se utiliza en otros artículos; por ejemplo, en el 1.462, y su interpretación es absolutamente pacífica en el sentido antes aludido. En lo que el artículo 464 yerra crasamente, es al establecer el resultado de la referida equivalencia, salvo que la palabra título utilizada se conciba en un sentido muy amplio, abarcando título y modo, puesto que a lo que equivale en realidad es a este último, o sea, a un modo perfecto. No estoy de acuerdo con la interpretación mayoritaria doctrinal de que la posesión del adquirente ha de ser en concepto de dueño. En el supuesto de que tal adquirente devenga propietario o titular del derecho real de que se trate, tal adquisición se produce *ipso iure*, y desde el mismo momento de tal adquisición, luego ésta tiene lugar no en concepto de dueño, sino como dueño. Me interesa puntualizar, además, que la posesión en concepto de dueño, y en eso radica la «creencia» de que habla el artículo 1.950 del Código Civil, debe figurar en el tradente.

Este artículo en cuestión, y en virtud de la legitimación excepcional provocada por la apariencia jurídica de que está investido dicho tradente, y por exigencias de la seguridad dinámica en el tráfico jurídico, sanciona la posibilidad de que alguien pague con la cosa de otro, que tal pago sea válido, que el que cobre devenga titular de la cosa tradida, y que el *verus dominus* pierda definitiva e irrevocablemente la cosa. Naturalmente, este último, ilegítimamente desposeído, podrá ejercitar contra el tradente de la que fue su cosa las pertinentes acciones civiles y penales que procedan, pero la pérdida para él se habrá consumado.

Para aquella hipótesis de procesos viciados por falta de titularidad del que paga, y en los que no sea de aplicación los artículos 464 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria, antes mencionados, el instituto de la usucapión ordinaria de los artículos 1.930 y siguientes del Código Civil entrará en juego con todas sus posibilidades subsanatorias de los defectos de titularidad que concurren en el que, indebidamente, pagó.

Entre la adquisición a *non domino*, factible según los artículos anteriormente citados, y la adquisición que resulte de la aplicación de la usucapión ordinaria, en definitiva adquisición a *non domino* aplazada, existe una semejanza funcional, ya que la buena fe exigida para ambas hipótesis es la misma, la del artículo 1.950 del Código Civil; el título, en ambos casos, debe existir y ser perfecto en virtud de los artículos 1.952 y siguientes del Código Civil. Sin embargo, difieren sustancialmente, en cuanto que la adquisición, en el supuesto del artículo 464, es automática, y diferida, en el caso de la usucapión ordinaria, y también en que

la posesión en concepto de dueño, en la hipótesis de la usucapión, debe recaer no sólo en el tradente o pagador, sino también en el usucapiente, durante todo el plazo prescrito en el Código Civil. Ahora bien, por parte del mismo, y en esto radica su buena fe, el usucapiente ordinario debe desconocer su condición, por lo tanto, debe ignorar su carácter de poseedor en concepto de dueño, puesto que ha de tener la convicción plena, no de ser poseedor en concepto de dueño, sino de ser dueño de la cosa que con su ignorancia usucape. Tan pronto como sepa que no es dueño, sino poseedor en concepto de dueño, la usucapión ordinaria dejará automáticamente de producir sus efectos respecto del mismo.

Vistos estos artículos, se me ocurre que es injusta la apreciación, por cierto muy generalizada, de que la propiedad del Código Civil es absoluta y carece de límites. Veremos con más detenimiento esta cuestión más tarde.

Siguiendo con mi exposición, voy a tratar de un tema que se impone como lógica consecuencia de lo que llevamos expuesto: La necesidad de admitir de forma incondicionada la validez de la venta de cosa ajena. Abonan en favor de tal validez diversas razones: El contrato, en nuestro ordenamiento jurídico, es simplemente generador de obligaciones y no traslativo del dominio por sí mismo; la titularidad de la cosa con que se paga deberá tenerla el deudor o tercero que pague por él, en el momento del pago, no siendo preciso que la ostente antes; los artículos 1.271 y siguientes del Código Civil determinan las condiciones que deben reunir las cosas objeto de las obligaciones que nazcan de los contratos y en ningún caso exigen la titularidad actual de las mismas en el contratante; por el contrario, el artículo 1.271 admite la posibilidad de contratar sobre cosa futura, y respecto de tal cosa, ni se tiene la titularidad ni la disponibilidad actual, al igual que en la ajena. Téngase en cuenta la definición que de cosa futura afectúa el artículo 635 del Código Civil, perfectamente aplicable a la cosa ajena.

Llegado el momento de la exigencia de la prestación contractual, si el vendedor de cosa ajena no cumple, o no cumplen por él, el comprador defraudado podrá ejercitar las correspondientes acciones por incumplimiento que procedan, pero una cosa es la validez inicial y otra muy distinta las consecuencias derivadas del incumplimiento, doloso o culposo, del deudor.

Veamos otro supuesto de desconexión entre el negocio jurídico obligacional o contrato traslativo y el dispositivo o modo, pago, *traditio* o puesta en posesión del acreedor: La venta de pisos futuros. A fin, sobre todo, de recabar disponibilidades financieras, las empresas constructoras venden los pisos por construir, prototípico caso de venta de cosa futura, generalmente incorporado tal negocio jurídico obligacional a un docu-

mento privado. Terminada la fase constructiva, suelen otorgar con el comprador la correspondiente escritura pública del piso en cuestión, pero no de entrega o pago, como ejecución de aquel negocio jurídico obligacional, que en su día celebraron sobre el piso a construir, sino desvinculándola totalmente de aquel documento privado, o sea, celebran un nuevo contrato de venta, que consuman con tal tradición instrumental. A veces, en el proceso mencionado, surgen problemas: Suspensiones de pagos, concursos de acreedores, quiebras, incapacitaciones judiciales, etc., de vendedores o compradores, siendo las normas reguladoras de tales procedimientos las que ayuden a resolver las cuestiones que se susciten. También puede ocurrir que, una vez otorgado el correspondiente negocio jurídico obligacional de venta, formalizado en documento privado, la Sociedad constructora, antes de la ejecución del mismo, cosa factible, pero no frecuente, o del otorgamiento de uno nuevo, como vimos antes, se disuelva. En tal caso, asumen la representación de la misma los liquidadores, representación orgánica muy cualificada, cuyo contenido se circunscribe estrictamente, y como indica su nombre, a la liquidación del Patrimonio Social. En el caso más frecuente, el de la Sociedad Anónima constructora, tales liquidadores tendrán, en el ejercicio de su cometido, las atribuciones contenidas en el artículo 160 de la Ley de Sociedades Anónimas, y la pregunta que nos planteamos es la siguiente: ¿Qué hacer ante la hipótesis de ventas formalizadas, antes de la disolución, en documento privado y no ejecutadas? A mi juicio, lo que no debe hacerse es admitir la posible actuación representacional de apoderados atípicos de la Sociedad disuelta, en los que puede incidir el carácter imperativo del artículo 1.732 del Código Civil, párrafo 3.º, que declara la extinción del mandato por muerte del mandante (en este caso la disolución); ni tampoco que los socios, una vez disuelta la sociedad, acuerden el nombramiento de órganos representacionales distintos de los liquidadores, y con un poder de representación también diferente, dados los términos imperativos con que están redactados los artículos de la Ley de Sociedades Anónimas en esta materia, ni se pueden aplicar, analógicamente, los preceptos que determinan la subsistencia de apoderamientos mercantiles, a pesar de la muerte de los comitentes y poderdantes, en los supuestos específicos de los artículos 280 y 290 del Código de Comercio, preceptos que se atienen estrictamente a lo que dice el inciso 1.º del artículo 1.257 del Código Civil, del cual es una excepción el artículo 1.732 del Código Civil antes citado. Ahora bien, difícilmente se pueden aplicar tales artículos, por analogía, al supuesto que nos ocupa, por cuanto que falta lo que constituye la apoyatura de la subsistencia de tales poderes, o sea, herederos que continúen la posición de su cau-

sante a estos efectos, herederos que si bien pueden existir tratándose de personas físicas, de ningún modo existen respecto a las jurídicas.

A mi juicio, lo que procede es que los liquidadores ejecuten el negocio jurídico obligacional de venta, en su día formalizado en documento privado, antes de su disolución, por la sociedad de cuya liquidación se trate y otorguen, con referencia al mismo, la pertinente tradición instrumental, o sea, en definitiva, que paguen, y para ello el artículo 160 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas les confiere expresa autorización. Naturalmente, las consecuencias fiscales y civiles serán distintas si aquel documento privado es fehaciente o no, e incluso podría discutirse si puede adquirir fehaciencia desde la fecha de la disolución de la sociedad, considerando como equivalentes, a estos efectos, la muerte de las personas físicas, y la disolución de las jurídicas, con la posible aplicación, en este último caso, y por analogía, del artículo 1.227 del Código Civil, tesis arriesgada y opinable, pero que no debe interferir la viabilidad del proceso que he expuesto.

La teoría del título y el modo quiebra relativamente en el supuesto prevenido en el artículo 1.473 del Código Civil, regulador de los casos de la doble o múltiple venta, otorgada por un mismo vendedor, sobre una misma cosa, y con compradores distintos. En tales supuestos, la exigencia de la buena fe del primer apartado no tiene razón de ser cuando quien consuma el proceso adquisitivo a su favor, mediante la tradición, es el primer comprador; el que con posterioridad al contrato celebrado por el mismo, y antes de recibir la cosa, conozca que su vendedor ha celebrado otros contratos, no le afecta en absoluto; ahora bien, si el primer comprador, por las razones que sean, no cobra, es decir, no recibe la posesión traditiva de la cosa comprada, el segundo o ulteriores compradores podrán devenir titulares dominicales de tal cosa, siempre que, a la tradición que consumen a su favor, añadan otro requisito, el de su buena fe, que en tal caso consiste en el desconocimiento del contrato, o contratos anteriormente celebrados. Por lo tanto, y en tales supuestos, al título y el modo, se le añade otro requisito, que es el de la buena fe del segundo o ulteriores compradores. Todo esto, en lo relativo a los muebles; respecto de los inmuebles, deviene titular dominical quien inscriba primero su adquisición en el Registro. El segundo párrafo del artículo en cuestión, que contiene tal norma, no menciona la buena fe del inscribiente, pero una interpretación sistemática de este artículo con los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria llevan a esta conclusión. Para el supuesto de propiedad no inscrita serán de aplicación los dos párrafos siguientes, que atribuyen la propiedad, sucesivamente, al primer comprador que obtuvo primero la posesión traditiva con buena fe, en cuyo caso la situación es idéntica para el

supuesto examinado de los bienes muebles, y, en segundo lugar, al que presente título de fecha más antiguo, también de buena fe, referencia al título que no tendría sentido, si no es a aquél del 1.462, o sea, a la escritura pública traditiva.

Al socaire de alguno de los artículos citados, me interesa destacar, y con ello concluyo, como recientes acontecimientos jurídico-políticos, han puesto el tema en la calle: sobre la propiedad privada, se está escribiendo y hablando ahora más que nunca, y ciertamente, las críticas no faltan. La polémica, repito, está en la calle, y yo no sé exactamente si ese es el sitio adecuado. Ahora bien, me interesa poner de relieve que las quejas que se hacen de la propiedad privada del Código Civil, considerándola como un derecho absoluto, son infundadas. El Código Civil, al definir la propiedad en su artículo 348, atribuye al propietario una trilogía de facultades: la de disfrutar, la de disponer y la de reivindicar. Pues bien, espigando en el artículo del Código Civil, nos encontramos múltiples limitaciones a cada una de ellas. Así, respecto a la de disfrutar, facultad que podemos concebir en un sentido amplio, como comprensiva del derecho al uso y utilización de la cosa, o en sentido restringido, como derecho a la percepción de los frutos de la misma, está en uno y otro sentido, harto limitada. En sentido amplio, tal derecho está condicionado, en primer lugar, por esas leyes a que se refiere el artículo 348, y que son, no sólo las vigentes al tiempo de promulgarse el Código Civil, sino también las posteriores; por el artículo 350, que si bien atribuye al propietario de un terreno la titularidad de su superficie, y de lo que está debajo de ella, es evidente que se separa de la clásica y vieja teoría de CINO DE PISTOIA y de los postglosadores, que concedían al propietario un dominio en sentido vertical hasta el cielo y los infiernos. Obsérvese cómo tal artículo, en cuestión, únicamente habla de la superficie del terreno, y no de lo que está por encima de ella. Por otra parte, y de inmediato, el referido artículo, limita la propiedad por las leyes sobre minas y aguas, y por los reglamentos de policía. Aparte de ello, y si bien es cierto, que el propietario puede efectuar edificaciones, plantaciones y siembras sobre su terreno, que en virtud de la accesión le pertenecen, artículos 353 358 y siguientes del Código Civil, no es menos cierto que deberá atenerse, respecto de las mismas, y en cuanto a distancias, obras de resguardo, volúmenes constructivos y demás, a lo prevenido en los artículos 589 y siguientes del Código Civil y a todas las normas a las que estos artículos se refieren. Destacable es también la circunstancia de que el derecho de dominio del Código Civil genera obligaciones y responsabilidades. Así resulta de los artículos 389 y 1.906 y siguientes de dicho cuerpo legal.

No puede pasar desapercibido el hecho de que el artículo 351, ati-

nente al régimen jurídico del tesoro, atribuye al descubridor casual del mismo una mitad de lo descubierto.

Por lo que afecta al disfrute, en sentido estricto, está limitado técnicamente, mediante la constitución, legal o negocial, de derechos fructuarios, que tiendan, principal o secundariamente, a parasitar el mismo, sin que por ello tal derecho de dominio quede desvirtuado. Así, los derechos de usufructo, uso, habitación, censos, anticresis. Secundariamente, en el supuesto del artículo 1.868 en materia de prenda. Citable —por conexión con los preceptos reguladores de la hipoteca del Código Civil— es también el artículo 131 de la Ley Hipotecaria sobre administración y posesión interina en materia de ejecución hipotecaria que añade un contenido fructuario a la hipoteca.

El simple *ius ad rem*, que como vimos adquiere el contratante que compra, hasta la entrega de la cosa, priva al propietario de los frutos de la misma, a tenor de los artículos ya citados 1.095 y 1.468, sin olvidar que tal propietario los pierde también en favor del poseedor de buena fe, a tenor del artículo 451 y del artículo 1.896, *a sensu contrario*.

También la facultad de disponer está limitada, no sólo de forma absoluta, por las prohibiciones que le afecten, de distinto origen, negociales o no, sino también por la existencia de retractos legales (comuneros, colindantes, consorcios, coherederos, enfitéutico, el del censo a primeras cepas), que vienen a modalizar las referidas facultades dispositivas, que, por otra parte, se hallan fuertemente condicionadas cuando se trata de disposiciones a título lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa*, en virtud de los artículos 634 a 636 y 806 y siguientes del Código Civil.

Por último, la facultad que resta, la de reivindicar, se extingue, en todos los procesos expropiatorios mencionados en el Código Civil. Así, en el artículo 349, que cita la expropiación en sentido técnico, y en otros que se refieren a distintos supuestos que podríamos calificar de expropiatorios en sentido amplio: artículo 612 respecto a los enjambres de abejas y a los animales amansados y domesticados; 613, respecto a las palomas, conejos y peces; 615, respecto al régimen jurídico de las cosas perdidas; 369, respecto a los árboles; 375, respecto a la accesión y sobre todo los supuestos de adquisiciones *a non domino* de los artículos 464 y 1.930 del Código Civil, en los que la utilidad pública consiste en la salvaguarda de la seguridad dinámica de los derechos; la autoridad competente expropiatoria, es la Ley, y la indemnización a percibir por el titular desposeído, será satisfecha por el que dispuso de la cosa ajena, o por el causante de tal desposesión.

Sin criterio exhaustivo, hemos visto una porción de limitaciones del Derecho de dominio del Código Civil, limitaciones muy importantes; pero técnicas, y no políticas, y éstas son, precisamente, las que pueden provocar grandes perturbaciones en ese viejo instituto de la propiedad privada, en definitiva, reducto íntimo de la libertad individual. Espere-mos que no sea así, para bien de todos.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD
Registrador de la Propiedad