

Ius ad rem y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1295.2 y 1124.4 del Código civil

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Málaga

RESUMEN

El artículo 1473 del Código civil español representa una especialidad dentro de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, ya que, al resolver el conflicto entre dos compradores, no lo hace sólo conforme con el sistema de título y modo, sino también teniendo en cuenta la buena o mala fe del posible adquirente. Esta especialidad constituye un residuo superviviente de la regulación medieval de la doble venta, decantada mediante lo que en su día fue innovación en las fuentes jurídicas romanas. Sin embargo, el criterio penalizador del adquirente de mala fe no sólo aparece en el artículo 1473 del Código civil, sino que también parece encontrar acogida en los artículos 1295.2 y 1124.4 del Código.

SUMARIO: 1. La peculiaridad de la regulación española de la doble venta: 1.1 Los criterios de solución de la doble venta en los sistemas abstractos: Alemania. 1.2 Los criterios de solución de la doble venta en los sistemas de transmisión consensual. 1.3 Los criterios de solución de la doble venta en los sistemas de título y modo. 1.4 Los criterios de solución de la doble venta en España: el artículo 1473 del Código civil.— 2. Los orígenes históricos del requisito de la buena fe en la doble venta: 2.1 La ejecución necesariamente pecuniaria del derecho del comprador en Derecho romano. 2.2 El *ius ad rem* como pretensión del comprador dotada de ejecución *in natura* y con alcance frente a tercero de mala fe. 2.3 Recepción y pervivencia en España de la doctrina del *ius ad rem*.— 3. *Ius ad rem* y eficacia frente a tercero de las expectativas adquisitivas.— 4. El adquirente de mala fe de bienes objeto de rescisión: 4.1 La rescisión como supuesto de ineficacia sobrevenida con efectos meramente obligatorios. 4.2 Protección y desprotección del tercero en los con-

tratos objeto de rescisión.–5. El tercer adquirente de mala fe de bienes objeto de resolución: 5.1 La facultad de resolver un contrato por incumplimiento y su eficacia retroactiva obligatoria. 5.2 Protección y desprotección del tercero en los contratos objeto de resolución.–6. Conclusión.

1. LA PECULIARIDAD DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DE LA DOBLE VENTA

La solución prevista en el artículo 1473 del Código civil para el problema de la doble venta constituye una singularidad respecto al resto de regulaciones europeas. Aunque a menudo ha pasado desapercibido en España, el hecho de que el segundo comprador que adquirió conociendo la primera venta sea postergado frente al primer comprador representa una solución divergente y peculiar dentro de los sistemas jurídicos de nuestro entorno. Por encima de algunas coincidencias jurídicas superficiales, de las que a continuación trataré –arts. 1141 del Código Napoleón o 1155 del Código civil italiano–, la realidad es que ningún otro ordenamiento jurídico europeo da solución al problema de la doble venta apoyándose en el sistema de título y modo, y modulando, a la vez, los resultados de dicho sistema en función de la buena o mala fe del segundo comprador.

1.1 Los criterios de solución de la doble venta en los sistemas abstractos: Alemania.

Como es bien sabido, Alemania presenta un sistema absolutamente singular en lo que se refiere a la transmisión del dominio y demás derechos reales. La propiedad se transmite mediante el acuerdo entre el titular y el adquirente, seguida del traspaso posesorio, si el bien es mueble, o de la inscripción en el Registro, si se trata de inmuebles (§§ 873, 925, 929 BGB). Dicha transmisión opera «abstracción hecha» del posible contrato o título obligacional que da lugar a la transmisión, de forma que la inexistencia, nulidad, o cualquier otro problema que afecte a dicho contrato o título obligacional no obsta en modo alguno a la transmisión del dominio, siempre y cuando el acuerdo transmisivo y la entrega posesoria o la inscripción –según se trate de muebles o inmuebles– sean perfectas. La invalidez del contrato o título obligacional sólo da lugar a una

acción de enriquecimiento sin causa (§§ 812 ss. BGB), de carácter personal, orientada a la readquisición de la cosa por el enajenante que la transmitió. Las acciones de enriquecimiento sin causa asumen así una función correctora de los desplazamientos patrimoniales injustificados¹.

En consecuencia, en Alemania adquiere el dominio quien completa el proceso adquisitivo, es decir, quien habiendo celebrado con el actual propietario el negocio transmisivo-real, abstracto respecto a la obligación de transmitir, inscribe el dominio del inmueble o recibe la posesión del bien mueble. La obligación de transmitir no tiene eficacia directa alguna sobre la transmisión, sino sólo indirecta y *a posteriori*, fundando su falta una acción de enriquecimiento sin causa dirigida a la readquisición. Ello provoca que el hecho de haber perfeccionado un contrato de compraventa no dé al comprador ninguna preferencia frente a un posible segundo comprador que adquiere mediante acuerdo real y entrega o inscripción: dado que la transmisión es abstracta respecto a la obligación, el hecho de que el segundo comprador –o adquirente por otro título– adquiera la propiedad sabiendo que perjudica la expectativa adquisitiva del primer comprador, no le impide adquirir, ni le sujeta a ninguna acción del primer comprador. Ni siquiera se puede decir que sea de mala fe quien compra sabiendo que perjudica el derecho obligacional de un tercero, pues entre obligación y transmisión no existe relación alguna².

¹ Sobre el sistema de transmisión de los Derechos reales en Alemania, WESTERMANN, *Derechos reales*, vol. I, pp. 85 ss., Madrid, 2007 (también, específicamente para bienes muebles, pp. 481 ss., para inmuebles, vol. II, pp. 967 ss.). También mi trabajo «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión», *ADC*, 2004, pp. 1039 ss. Específicamente para bienes inmuebles, MARTÍNEZ VELENCOSO, *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán*, Madrid, 2004. En la doctrina alemana puede verse MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 2002, marg. 220 ss.; LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Munich, 2004, § 23 marg. 78 ss. (pp. 421 ss.); SCHWAB/PRÜTTING, *Sachenrecht*, Munich, 2006, marg. 22 ss.

² STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tubinga, 1996, pp. 381 s. Se trata de la postura casi unánime de la doctrina. No obstante, Michaels ha defendido recientemente una posición que conduciría a los mismos efectos que el artículo 1473 del Código civil español, entendiendo que el segundo comprador que adquiere conociendo la existencia de un derecho obligacional de un primer comprador, lesiona ese derecho de crédito y, en consecuencia, queda sujeto a la obligación de reparar al primer comprador el perjuicio causado; dado que esa reparación habrá de ser preferentemente *in natura*, estará obligado a entregarle al primer comprador la cosa adquirida (MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag – Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht*, Berlín, 2002, pp. 383 ss.). Con todo, la doctrina alemana ha rechazado la postura de Michaels, por entender que el § 826 BGB, referido a los daños causados dolosamente y contra las buenas costumbres, en el que Michaels pretende basar esa acción, no da base suficiente para la pretensión del primer comprador contra el segundo que adquiere, pues se exigen especiales requisitos –fraude, *animus nocendi*– para que la actuación del segundo comprador pueda calificarse como dolosa y contraria a las buenas costumbres (DUBISCHAR, «Doppelverkauf und ius ad rem», *JuS*, 1970, pp. 6 ss.; WIELING, «Jus ad rem durch einstweilige Verfügung», *JZ*, 1982, pp. 839 ss.; STADLER, *Gestaltungs-*

1.2 Los criterios de solución de la doble venta en los sistemas de transmisión consensual

El sistema de transmisión consensual del dominio, adoptado por numerosos países europeos –como Francia, Italia o Portugal, por citar tres ordenamientos cercanos geográficamente–, determina que la propiedad se transmita al comprador en el mismo momento en que se perfecciona el contrato de compraventa (arts. 1138 y 1583 del *Code civil* francés, 1376 y 1470 del *Codice civile* italiano y 408 y 879 del *Código civil* portugués). Resultado de ese sistema es que, como figura conceptual, la doble venta desaparezca en estos ordenamientos, para convertirse en todos los supuestos en venta de cosa ajena: quien ha vendido una cosa –dejando aparte los casos de venta de cosa futura o genérica–, ha transmitido con la venta la propiedad y, en consecuencia, si vuelve a vender la cosa, está ya vendiendo lo que es de otro.

De aquí se deduce que, en los sistemas consensuales, los supuestos de doble venta hayan de resolverse en principio a favor del primer comprador, pues con el mismo contrato adquirió la propiedad; y que la posible defensa de un segundo comprador no pueda ya venir determinada por el hecho de adquirir de propietario, sino que quede a merced de la protección que cada uno de esos ordenamientos preste a los adquirentes *a non domino*. Esto exigirá, a su vez, distinguir los efectos de la doble venta –técnicamente, como ya he dicho, venta de cosa ajena– en función de cada ordenamiento y del tipo de bienes sobre los que se produzca, pues si casi todos los ordenamientos recogen un sistema de publicidad inmobiliaria que protege al tercer adquirente que adquiere con buena fe de inscrito, no todos acogen la adquisición de buena fe de bienes muebles.

Así, si en un sistema consensual se produce una doble venta de un bien inmueble inscrito, el primer comprador, que en simple aplicación de los principios de la transmisión consensual debiera devenir propietario, podrá quedar privado de su adquisición en virtud de las normas registrales que protegen al segundo adquirente. Las normas transmisivas antes citadas, que hablan a favor de la adquisición del primer comprador, devenido con su compra propietario, quedarán rectificadas por las normas registrales que protegerán al segundo adquirente que de buena fe adquirió del vendedor

freiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, pp. 386 ss.; Münchener Kommentar zum BGB/WAGNER, § 826 marg. 46; Staudinger Kommentar zum BGB/OECHSLER, § 826 marg. 228; PALANDT/SPRAU, BGB, § 826 marg. 23, Munich, 2006).

que todavía figuraba como titular en el Registro. Y esto en cualquiera de los ordenamientos citados³.

En cambio, en materia de bienes muebles la posible protección del segundo comprador varía de un ordenamiento a otro. Así, hay ordenamientos, como el portugués, que no conocen la adquisición de bienes muebles de buena fe, y por eso en ningún caso protegen al segundo comprador; éste, en caso de que tome posesión de la cosa vendida, habrá de cumplir los plazos de la usucapión para quedar a resguardo de la acción del primer comprador⁴. En cambio, en el Derecho francés o italiano, que conceden una amplia protección a las adquisiciones de buena fe de bienes muebles –más amplia aún en el caso italiano, pues no excluye de esa protección los bienes muebles robados, hurtados o perdidos–, el segundo comprador podrá quedar protegido si cumple los requisitos de las adquisiciones *a non domino* de buena fe: pese a que, por ser el sistema consensual, el primer comprador adquirió la propiedad con la compraventa, el segundo comprador que toma posesión de la cosa adquirirá la propiedad, en perjuicio del primer comprador, si cumple los requisitos para que le sean aplicables las normas protectoras de los adquirentes *a non domino* de bienes muebles. Sólo la adquisición de la posesión por el comprador libera a éste del riesgo de que el vendedor vuelva a vender la cosa y el segundo comprador perfeccione una adquisición *a non domino*⁵.

Teniendo en cuenta esta protección que los ordenamientos francés o italiano brindan a quien adquirió de buena fe la posesión en concepto de dueño, no sorprende que haya dos artículos de sus

³ Artículos 28 y 30 del Décret núm. 55-22 de 4 de enero de 1955 de reforma de la publicit  foncière; artículo 2644 del *Codice civile* italiano; artículos 5, 17.2 y 122 del *Código do Registo predial* portugués.

⁴ MENEZES CORDEIRO, *A posse – Perspectivas dogmáticas actuais*, Coimbra, 2000, pp. 116 ss. Además de la usucapión mobiliaria trienal (art. 1299), la única defensa que ofrece el Código civil portugués al comprador de buena fe es un derecho de reembolso en caso de que haya comprado de comerciante dedicado a las ventas de ese género (art. 1301).

⁵ Las normas generales de protección del adquirente de buena fe son, respectivamente, los artículos 2279 del Código civil francés y 1153 del Código civil italiano. El primer artículo citado establece que «en materia de bienes muebles, la posesión equivale al título. Sin embargo, aquel que ha perdido una cosa o aquel a quien se la han robado, puede reivindicarla durante un plazo de tres años, a contar del día de la pérdida o del robo, de aquel en cuyas manos la encuentre; sin perjuicio, en este último caso de la acción del tenedor contra aquel que se la entregó». El artículo 1153 del Código civil italiano declara por su parte que «aquel a quien se hayan enajenado bienes muebles por parte de quien no es propietario, adquirirá la propiedad de éstos con la posesión, siempre que sea de buena fe en el momento de la entrega y exista un título idóneo para la transmisión de la propiedad». Sobre la regulación de la adquisición de buena fe de bienes muebles puede verse, en Francia, CARBONNIER, *Droit civil*, 3, *Les biens*, París, 2000, n. s 228 ss.; TERR /SIMLER, *Droit civil – Les biens*, París, 2002, n. s 425 ss.; en Derecho italiano ARGIROFFI, «Del possesso di buona fede dei bene mobili – Art. 1153-1157», en *Comentario al codice civile*, diretto da Schlesinger, Milán, 1988; SACCO/CATERINA, «Il possesso», en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu/Messineo/Mengoni, Milán, 2000, pp. 475 ss.

respectivos Códigos civiles que prevean explícitamente la protección del segundo comprador de bienes muebles cuando éste cumple los requisitos de los adquirentes de buena fe⁶. El artículo 1141 del Código francés establece que «si la cosa que alguien se hubiera obligado a dar o entregar a dos personas sucesivamente fuera mueble, aquella de las dos a quien se le ha entregado la posesión real será preferida y quedará como propietaria de ella, aunque su título fuera de fecha posterior, siempre que la posesión fuera de buena fe». El artículo 1155 del Código civil italiano, con el encauzamiento de «adquisición de buena fe y precedente enajenación a otro» establece por su parte que «si alguien enajena un bien mueble a diferentes personas mediante sucesivos contratos, aquella de entre ellas que haya adquirido con buena fe la posesión de la cosa será preferida a las otras, aunque su título sea de fecha posterior».

La solución prevista en esos artículos a los conflictos de doble venta de bienes muebles parece, en su literalidad, semejante a la que prevé para este caso el 1473 del Código civil español. Pero es una simple coincidencia circunstancial: las causas y raíces de las soluciones francesa o italiana, y las de la española, son bien diversas. Mientras que, como ya he dicho, los artículos 1141 del

⁶ Que el artículo 1141 del Código civil francés y el 1155 del Código civil italiano son aplicación a los supuestos de doble venta del régimen derivado de las adquisiciones de bienes mueble *a non domino* lo han destacado la práctica unanimidad de los autores franceses e italianos. En efecto, explicando el sentido del artículo 1141 del Código civil francés dicen Terré y Simler: «on pourrait même croire, à lire ce texte, que c'est la tradition qui transfère la propriété du meuble vendu, et non l'accord des parties. En réalité, il n'en est rien: l'effet translatif résultant de la tradition ne se produit que si le second acquéreur, mis en possession, est de bonne foi. Dans ce cas, en effet, il est protégé par l'article 2279: en fait de meubles, la possession vaut titre, dont l'article 1141 n'est qu'une application. En d'autres termes, le premier acquéreur est bien devenu propriétaire au jour du contrat, conformément à l'article 1138, mais le second l'est devenu à son tour par le fait qu'il a reçu de bonne foi la chose et son droit détruit celui du premier» (TERRÉ/SIMLER, *Droit civil – Les biens*, París, 2002, núm. 409). El hecho de que el artículo 1141 no sea más que una mera aplicación de los principios de adquisición *a non domino* a los supuestos de doble venta de cosa mueble ha llevado a la doctrina francesa a deducir el requisito de buena fe en la adquisición *a non domino*, que no figura en el artículo 2279, del artículo 1141, que sí exige la buena fe para proteger al segundo comprador que toma posesión.

En cuanto al Derecho italiano, el hecho de que el artículo 1155 es aplicación directa del principio de adquisición *a non domino* de bienes muebles es aún más claro, pues dicho artículo se encuentra precisamente en sede material de esa institución, apenas dos artículos más allá de la regulación general de las adquisiciones de buena fe de muebles. Sacco y Caterina dicen al respecto que «una coseguenza del principio possesso vale titolo è la seguente: che, se il vero proprietario aliena dapprima la proprietà del bene (senza consegnarlo) ad un primo acquirente, e poi la aliena e consegna la cosa ad un secondo acquirente di buona fede, il secondo acquirente diviene proprietario del bene. Questa protezione del secondo acquirente è espressamente prevista dall'articolo 1155 c.c. it. L'articolo cit. non dà luogo a particolari difficoltà di interpretazione. Esso ha fatto parlare di sé, più che altro, perché quasi tutti gli autori vedono in esso una diretta applicazione del principio dell'art. 1153 cc.it» (SACCO/CATERINA, «Il possesso», en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu/Messineo/Mengoni, Milán, 2000, p. 490).

Código civil francés u 1155 del Código civil italiano son resultado de combinar un régimen de transmisión consensual con una amplia protección de las adquisiciones *a non domino*, el 1473 es una norma colocada en un Código que no conoce la transmisión consensual, sino por título y modo, y que, cien años largos después de su publicación, sigue debatiendo si admite las adquisiciones mobiliarias *a non domino*⁷. En consecuencia, los sustratos y fundamentos de los artículos 1141 del *Code civil* y 1155 del *Codice civile*, por una parte, y los del artículo 1473 del Código civil español, de otra, son, por debajo de la coincidencia exterior, totalmente diferentes. La solución española tiene que encontrar sus raíces en otros principios.

1.3 Los criterios de solución de la doble venta en los sistemas de título y modo

Si la regulación española de la doble venta es divergente de la prevista en los ordenamientos abstractos (Alemania) y de la prevista en los sistemas consensuales (Portugal, Francia, Italia), es lógico pensar que encontrará su equivalencia y consonancia en los países que admiten todavía un sistema transmisivo basado en la doctrina del título y el modo. Como se sabe, ese sistema transmisivo de título y modo, que fue el imperante en el Derecho romano, sigue siendo el vigente, aparte de en España, en varios ordenamientos europeos, como el austriaco, suizo y holandés.

Sin embargo, a pesar de esa supuesta equivalencia de principios transmisivos, la realidad es que ninguno de los ordenamientos citados, ni siquiera el romano, contempla una solución perfectamente coincidente con la del artículo 1473 del Código civil español. En concreto, el derecho romano, el austriaco, el suizo y el holandés presentan una solución plenamente conforme con el sistema de título y modo, pero que obvia el requisito de la buena fe a la hora de proteger al segundo comprador. Será protegido el comprador con título válido que antes tome posesión de la cosa, independientemente de su buena o mala fe respecto a la existencia de una venta anterior. Así, para el Derecho romano, un texto de Diocleciano del año 293, recogido en C. 3,32,15,pr., establece que «es evidente en Derecho que siempre que en forma legal se venda un predio a dos personas, es preferida para retener el dominio aquella a quien primero se le entregó» (igualmente, C. 4,39,6). Y la misma línea de

⁷ Con mejores argumentos para una contestación negativa que positiva: véase sobre ello mi artículo, «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión – Estudio de los artículos 464 y 1897 del Código civil y 35 de la Ley Hipotecaria», *ADC*, 2004, pp. 1055 ss.

atribución de la propiedad al comprador que toma posesión, independientemente de su buena o mala fe, siguen el Derecho austriaco, el suizo y el holandés. El primero de ellos establece su regulación sobre la doble venta en los §§ 430 y 440 de su Código civil, parágrafos ambos determinados por la doctrina del título y modo, pero modalizado el segundo por sustituir para inmuebles la entrega por la inscripción, tal y como corresponde con el sistema de inscripción constitutiva previsto en el § 431. Dice así el § 430 que «si un mismo propietario ha enajenado el mismo bien mueble a dos personas diferentes, a una con entrega del bien y a la otra sin entrega, le corresponderá la cosa al que primero le haya sido entregada»; el § 440 establece por su parte que «si un mismo propietario ha enajenado el mismo bien inmueble a dos personas diferentes, le corresponderá el bien al que primero haya solicitado la inscripción en el Registro».

Los ordenamientos suizo y holandés, por su parte, no contienen ninguna norma legal directamente dirigida a resolver los problemas derivados de la doble venta. Pero en ambos sistemas legales, la solución, derivada de sus principios transmisivos, es coincidente con la del Derecho romano y austriaco y mera aplicación al caso de las reglas del título y modo. Así, por lo que se refiere a Suiza, la doctrina jurídica entiende unánimemente, apoyándose en los artículos que regulan la transmisión de la propiedad conforme con el sistema de título y modo e inscripción constitutiva (arts. 656, 714.1), que en caso de doble enajenación de un bien mueble o inmueble será propietario respectivamente el que primero tome posesión de él o lleve a cabo la inscripción en el Registro, independientemente de que conozca o no la venta anterior⁸. En cuanto a Holanda, aplicando el sistema de título y modo que rige su derecho (art. 3:84 NWJ), y que su Código civil precisa estableciendo que para muebles el modo es la entrega de la cosa (art. 3:90), mientras que para inmuebles es la inscripción en el Registro (art. 3:89), la doctrina y jurisprudencia de este país entiende que en caso de doble venta será propietario quien primero reúna título válido y entrega o inscripción –según se trate de muebles o inmuebles–. El conocimiento de una titularidad obligacional previa tampoco perjudicará aquí la posición de titular real del segundo comprador que primero completó el proceso adquisitivo⁹.

⁸ Vid. STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, pp. 381 s.; MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, Berlin, 2002, p. 188.

⁹ Agradezco al profesor W. J. Zwolve, de la Universidad de Leiden, especialista en todas estas materias, la atención que ha tenido para contestar todas mis preguntas y aclarar mis dudas sobre la solución holandesa a los casos de doble venta.

Con todo, es interesante observar que, en todos los países citados que siguen un sistema de título y modo –Austria, Suiza y Holanda–, se ha ido consolidando en los últimos años una corriente doctrinal y jurisprudencial que, apoyándose en la tutela aquiliana de los derechos de crédito, como es el del comprador, concede al primer comprador una acción por daños extracontractuales contra el segundo cuando éste ha inducido al vendedor a incumplir su obligación con el primero (*Verleitung zum Vertragsbruch; inducement of breach of contract*); acción que, dada la preferencia por la indemnización *in natura*, puede conducir precisamente a una condena a transmitir al primer comprador la propiedad del bien que el segundo adquirió en su perjuicio. El resultado, por vía de esta responsabilidad extracontractual, sería similar al de nuestro artículo 1473¹⁰.

1.4 Los criterios de solución de la doble venta en España: el artículo 1473 del Código civil

Parece conveniente, antes de proceder a su análisis y pese a ser un artículo bien conocido, transcribir la norma del Código civil que contiene los criterios de solución del problema de la doble venta en España. Dice el artículo 1473: «Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe».

Esta norma ha sido ampliamente estudiada por la doctrina y decantada por la jurisprudencia¹¹. No pretendo realizar ahora un

¹⁰ Por lo que respecta al Derecho austriaco, *vid.* el fundamental trabajo de SCHILCHER/HOLZER, «Der schadenersatzrechtliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung von Liegenschaften», *Juristische Blätter*, 1974, pp. 445 ss.; también ECCHER, «Kommentar § 440, marg. 3», BOLLENBERGER, «Kommentar § 859 marg. 16», KARNER, «Kommentar § 1295 marg. 2», todos ellos en KOZIOL/P. BYDLINSKY/BOLLENBERGER, *Kommentar zum ABGB*, Viena-Nueva York, 2007. Para el Derecho suizo, EULAU, *Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnützung fremden Vertragsbruchs*, Zürich, 1976. Para el Derecho holandés tengo que remitirme de nuevo a la información que me ha suministrado el prof. W.J.Zwalve, cuya atención no puedo sino agradecer.

¹¹ Para un análisis actualizado de la postura del Tribunal Supremo en relación con varios problemas interpretativos del artículo 1473, y en particular con su aplicación a los supuestos de segunda venta posterior a una previa transmisión, véanse las STS de 5.III.07 y 7.IX.07. Sobre la relación entre el artículo 1473 y la cuestión del tercero hipotecario véase SABORIDO SÁNCHEZ, *Reflexiones sobre el tercero hipotecario*, Madrid, 2008, pp. 131 ss.

estudio pormenorizado de ella –labor que excedería por completo de este trabajo, tales son las interconexiones de la norma con otras instituciones–, sino centrarme, como ya he dicho, en un punto que la diferencia del resto de normas que tratan la cuestión en nuestro entorno, incluidas las que se inscriben en un sistema transmisivo de título y modo: me refiero al hecho de que el segundo adquirente, pese a reunir los requisitos adquisitivos exigidos por la doctrina del título y modo, no quedará protegido por el artículo 1473 si conocía la existencia de un anterior contrato de compraventa, aun no consumado, que concediese a un primer comprador un derecho de crédito a la entrega de la cosa. Pero antes de proceder al análisis de este punto, me parece necesario resaltar un desarrollo jurisprudencial que tiene estrecha relación con la cuestión que voy a tratar: desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1908 se entiende unánimemente que la concurrencia de buena fe, aun cuando no se mencione expresamente en el párrafo segundo del artículo 1473, es también requisito para proteger en caso de doble venta al que primero llevó a cabo la inscripción¹².

Dejando sentada esta cuestión, conviene precisar que el objeto de esa buena fe que se exige en todo caso al segundo comprador no es sólo la propiedad del enajenante, sino también y fundamentalmente el desconocimiento de una compraventa anterior aún no consumada. La cuestión ha sido poco tratada, tal vez por parecer claro a la mayoría de la doctrina que la buena fe se refiere primordialmente al desconocimiento de una titularidad obligacional previa. Pero me parece oportuno aclarar este punto, ya que algunos autores y una aislada Sentencia del Tribunal Supremo han entendido que la buena fe que exige el artículo 1473 del Código civil para defender al segundo comprador se refiere exclusivamente a la titularidad real y no se ve, por tanto, perjudicada por el conocimiento de un derecho meramente obligacional de un comprador anterior¹³.

¹² Entre las últimas, Sentencias del Tribunal Supremo de 11.VI.2004, 16.VII.2004 o la ya citada de 7 de septiembre de 2007. La exigencia de buena fe para la aplicación de este párrafo segundo del artículo 1473 es también criterio casi unánime entre los autores, salvando algunos autores «dualistas extremos», como Núñez Lagos, Tirso Carretero o García García, que consideran la vertiente registral del artículo 1473 como supuesto aplicativo de un artículo 32 de la Ley hipotecaria totalmente desligado del 34.

¹³ Así, la Sentencia de 27 de noviembre de 1970. Se trataba de una doble venta de un terreno, primero en documento privado y luego a favor de un segundo comprador, una Cooperativa ganadera que inscribió en el Registro. En primera instancia se había fallado a favor del primer comprador, pese a que no se le había hecho entrega de la cosa, por entender que la Cooperativa ganadera conocía la primitiva venta. En cambio, la Audiencia y el Tribunal Supremo fallaron a favor de la Cooperativa por haber ésta inscrito su título, sin mayores consideraciones. Entre los autores, aparte de los ya mencionados en la nota 12 que consideran que la buena fe no es necesaria para aplicar el párrafo segundo del artículo 1473 –los que he denominado «dualistas extremos»–, FONCILLAS, «El *ius ad rem* en el

La mayoría de autores que se ocupan de la cuestión se inclinan, en cambio, por entender que la buena fe requiere también el desconocimiento de la existencia de una obligación previa¹⁴. Y ese criterio se encuentra ampliamente consolidado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en una larga lista de Sentencias, ha entendido que no goza de la protección del artículo 1473 el segundo comprador que sabía que perjudicaba la expectativa adquisitiva de un primer comprador carente de titularidad real sobre la cosa (Sentencias de 11 de febrero de 1946, 27 de mayo de 1959, 18 de noviembre de 1967, 22 de febrero de 1975, 31 de enero de 1985, 20 de julio de 1990, 24 de noviembre de 1995, 8 de febrero de 2001 y 14 de septiembre de 2007)¹⁵.

Derecho civil moderno», *RCDI*, 1934, p. 106; también entienden que la buena fe se refiere sólo a la titularidad real, y no al desconocimiento de derechos obligacionales, DE ÁNGEL YAGÜEZ y GULLÓN BALLESTEROS (el primero en *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria*; el segundo en su *Curso*. Desgraciadamente, ninguna de esas obras me ha sido accesible; pero transcribe sus opiniones PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana del Derecho de crédito*, Madrid, 2005, pp. 210 s.). Con todo, Gullón, en el respectivo tomo del Sistema de Derecho civil, en coautoría con Díez-Picazo, manifiesta otra opinión, pues entienden que «la buena fe es ingrediente fundamental, significando aquí el desconocimiento de que la cosa había sido objeto de venta con anterioridad» (DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 2001, p. 287).

¹⁴ PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Madrid, 2005, p. 212; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 2001, p. 72, nota 34; RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, pp. 73 s.; GARCÍA CANTERO, «Comentario al artículo 1473», en ALBALADEJO/DÍAZ-ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XIX, Madrid, 1991, p. 267; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil III-1.º*, Barcelona, 1990, p. 258; ALBALADEJO, «Pluralidad de ventas de una misma cosa», en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Battle Vázquez*, Madrid, 1978, p. 28, que la califica de «especialidad fundamental que viene a establecer el artículo 1473»; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil, III-1.º*, Barcelona, 1971, p. 22; ESPÍN CANOVAS, «La transmisión de los derechos reales en el Código civil español», *RDP*, 1945, pp. 356 ss.

¹⁵ La Sentencia de 11 de febrero de 1946 es muy clara, pues otorga la protección a un comprador en documento privado frente a un segundo comprador en escritura pública que inscribió, basándose en los hechos probados que demuestran que el segundo comprador conocía la existencia de la venta anterior.

La Sentencia de 27 de mayo de 1959 trata de nuevo de una primera venta de una finca en documento privado, seguido a los pocos días por una segunda venta de la finca en escritura pública que accede al Registro. Demostrado que los segundos compradores conocían la primera venta, el Supremo falla a favor del primer comprador, a pesar de que los segundos compradores alegaron en su defensa el artículo 34 y que, según ellos, sólo el conocimiento de una transmisión previa da lugar a mala fe.

El Tribunal Supremo se reafirma en su criterio en la Sentencia de 18 de noviembre de 1967, en supuesto idéntico a los anteriores. Frente a la alegación del segundo comprador inscrito de que no es de mala fe, pues la venta anterior ni transmitió la propiedad ni provocó por tanto inexactitud registral, el Tribunal declara de nuevo que el conocimiento de la venta anterior no consumada perjudica la buena fe exigida para proteger al segundo adquirente.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1975 vuelve a dar la razón, apoyándose en el artículo 1473, a un primer comprador en documento privado frente a un segundo en documento público, no inscrito, que conocía la existencia de la primera venta. Tiene interés que la Sentencia salva la alegación del artículo 1227 Cc. con el hecho de que el documento privado había sido presentado ante Notario para requerir a la parte vendedor-

Pero aparte de ser ese el parecer casi unánime de la doctrina y de la jurisprudencia, y el sentido interpretativo más obvio del propio texto legal, hay algún argumento interno en el artículo 1473 que lleva a concluir que la buena fe se refiere fundamentalmente, y en algunos casos exclusivamente, al desconocimiento de una venta anterior no consumada.

Así, en el caso del párrafo segundo del artículo –bienes inmuebles inscritos, justamente el párrafo que no menciona la buena fe– es posible interpretar el requisito de la buena fe como desconocimiento de que el vendedor, pese a que siga apareciendo como propietario en el Registro, ha traspasado ya el dominio, es decir, como desconocimiento de una inexactitud registral. Cabría, en efecto, dándole sentido al citado párrafo, interpretar restrictivamente el objeto de la mala o buena fe, haciendo que sólo se refiera al conocimiento o desconocimiento de que el titular inscrito ya no es propietario: la mala fe impediría la adquisición del comprador que inscribe, cuando éste supiese que el titular inscrito ya no era propietario por haber adquirido un anterior comprador al que se

ra a su elevación a público, «y sobre todo, por el conocimiento de él que tenía el recurrente, según afirmación tajante de la Audiencia».

En la Sentencia de 31 de enero de 1985 el Tribunal Supremo vuelve a otorgar su protección al primer comprador en documento privado frente a un segundo comprador en escritura pública que inscribió conociendo la existencia de la primitiva compraventa.

El mismo criterio reitera la Sentencia de 20 de julio de 1990, al enfrentar a un primer comprador en documento privado con un segundo en escritura pública que conocía la existencia de la primera venta.

La misma doctrina aplica el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de noviembre de 1995, en la que el segundo comprador (una hermana de la vendedora) conocía la existencia de la venta anterior. (A diferencia del resto de Sentencias citadas, en ésta no se aclara expresamente que la primera venta fuera en documento privado; pero así se deduce de la Sentencia, de otorgarse tal contrato en sábado, y de que los compradores comparecieron posteriormente en una Notaría para exigir su elevación a público).

La Sentencia de 8 de febrero de 2001, algo compleja, trata de dos acreedores que han procedido a embargar un inmueble haciendo sobre él sendas anotaciones preventivas de embargo; el acreedor que procedió a anotar primero el embargo, acumuló luego su expediente de apremio con otros que tenía abiertos contra el deudor, dando lugar a una nueva anotación preventiva, postergada en el rango frente a la del otro acreedor. El adjudicatario por el segundo embargo conocía la existencia del primero, y no puede acogerse al 1473 del Cc. porque, como dice la Sentencia «estamos en un caso que desemboca en una doble venta y quien colaboró en la maniobra torticera, o al menos la conoció no merece protección».

Por último, la Sentencia de 14 de septiembre de 2007 vuelve a presentar el supuesto típico de un segundo comprador que adquiere por escritura pública e inscribe conociendo la primera venta en documento privado a favor de una empresa competidora de la segunda compradora. El Tribunal Supremo vuelve a conceder la protección al primer comprador en documento privado, amparándose en que al segundo comprador inscrito le faltaba buena fe, entendida como desconocimiento de la venta anterior.

No he querido citar otras Sentencias del Tribunal Supremo en las que, pese a ser la argumentación la misma y actuar con la misma *ratio decidendi* (conocimiento de la venta anterior en documento privado), de la Sentencia se deduce que los primeros compradores en documento privado habían consumado la transmisión de la propiedad con la entrega de la cosa: Sentencias de 23 de junio de 1951, 11 de junio de 1954, 30 de enero de 1960, 30 de abril de 1974, 3 de mayo de 1985 y 15 de julio de 2004.

hizo *traditio* en cualquiera de sus formas. El hecho de que existiese una venta anterior no consumada, como no produciría inexactitud registral, pues no existe transmisión de la propiedad hasta que no se produce la entrega, no perjudicaría la buena fe del segundo adquirente. El párrafo segundo sería mera aplicación de los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, pero no sería incoherente. No se referiría ya a una doble venta, sino a una venta de cosa ajena, lo cual no dejaría de resultar paradójico, pero no sería en sí contradictorio¹⁶.

En cambio, en el párrafo primero y tercero del artículo 1473 –precisamente los párrafos que mencionan la buena fe–, no es posible entender que la mala fe sólo se refiera al conocimiento de que el vendedor ya no era propietario por haber consumado una compraventa anterior sin caer en contradicción con doctrinas interpretativas ya fijadas por el Tribunal Supremo: en concreto, con la que establece que la posesión que sirve como criterio de atribución de preferencia en el artículo 1473 es cualquier forma traditoria prevista en los artículos 1462 a 1464¹⁷. En efecto, si del objeto de la buena o mala fe en los casos de los párrafos primero y tercero del artículo 1473 se excluye la existencia de una venta no consumada, habrá que concluir que comprador de mala fe ha de ser el que conozca que el vendedor ya no era propietario, por haber vendido y transmitido a un primer comprador, y de buena fe el que le tenga por tal. Y si por ser este último de buena fe le defendemos frente a un primer comprador que adquirió por título y modo, resultará que estamos favoreciendo, frente a un primer comprador que ya adquirió la propiedad, a un segundo al que también se le hizo entrega. Segundo comprador que, por intentar dar un poco de lógica al artículo, no podrá ser otro que el que recibió mediante entrega material, desconociendo que el anterior comprador recibió por *traditio* instrumental (art. 1462-2.º) o por *constitutum possessorium* (art. 1463). En resumen, que si se excluye del objeto de la buena o mala fe la existencia de una compraventa anterior no consumada –una simple titularidad obligacional–, habrá que contradecir la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, de que a efectos del artículo 1473 la toma de posesión alude a cualquier forma traditoria. Problema interpretativo que, de querer mantenerse que la buena o mala fe sólo se refiere a las titularidades reales, y no a las obliga-

¹⁶ Después de unos años de cierta indefinición, en los que se excluyó del ámbito de aplicación del 1473 del Código civil los supuestos de venta de cosa ajena, las Sentencias de 5 de marzo de 2007 y 7 de septiembre del mismo año, ya citadas, han vuelto a la tradicional doctrina de que el párrafo segundo del artículo 1473 se aplica tanto a la doble venta como a los supuestos en que, por haberse perfeccionado ya una primera venta, hay propiamente venta de cosa ajena.

¹⁷ STS de 5 de noviembre de 1973, 25 de marzo de 1994 y 18 de mayo de 2005.

cionales, se agrava hasta lo absurdo en el caso de la última frase del artículo 1473, donde, concurriendo dos meros compradores, el Código concibe la posibilidad de que el segundo de ellos sea de mala fe: referida la mala fe sólo a la titularidad real, ¿cómo puede darse en una situación de concurrencia entre dos compradores que no han consumado sus compraventas?

En conclusión: que del sentido más claro del texto legal, de su interpretación por la doctrina mayoritaria y de su aplicación por la jurisprudencia, así como de un análisis detallado de su tenor literal, se deduce que la buena o mala fe se refiere, como ya dije, propia y fundamentalmente a la existencia de una compraventa anterior no consumada. En el último caso del párrafo tercero –concurrencia entre dos compradores que no han consumado sus compraventas–, como ya se ha visto, la buena fe no podrá, por definición, referirse a la titularidad real. En los casos del párrafo primero y del supuesto primero del párrafo tercero –preferencia del comprador que toma posesión con buena fe–, referirla además de a la inexistencia de pretensiones obligacionales, a la inexistencia de mutaciones reales, entrañaría admitir la prevalencia de unos modos traditorios sobre otros, en contra de la opinión consolidada del Tribunal Supremo, y de lo que me parece el criterio más acertado. Sólo en el caso del párrafo segundo –preferencia del comprador que inscribe con buena fe– se refiere la buena fe tanto a la inexistencia de una venta no consumada como a la de una transmisión no inscrita. Siendo este último supuesto –desconocimiento de una transmisión no inscrita–, simple aplicación de los artículos 32 y 34 de la Ley hipotecaria.

Y con esto vengo a dos puntos que me parece importante destacar. Primero, que el artículo 1473 del Código civil no da lugar, fuera del caso de la protección del comprador inscrito frente al adquirente anterior, ya prevista en los artículos 32 y 34 de la Ley hipotecaria, a ningún caso de adquisición *a non domino*, pues si el primer comprador tomó posesión por cualquier modo traditorio, será él el protegido, y el comprador *a non domino* no adquirirá propiedad alguna. Y segunda, que el resultado previsto por el párrafo segundo del artículo 1473 para el caso de que el comprador inscrito conozca la existencia de una previa titularidad obligacional, no es mera aplicación de los artículos 34 y 32 de la Ley hipotecaria –como sí lo es en caso de protección del comprador de buena fe inscrito frente al adquirente anterior no inscrito– sino que supone una alteración en lo que sería el régimen impuesto por estos artículos, ya que, sin existir inexactitud registral –discordancia entre Registro y titularidad real–, ni por tanto mala fe en el sentido de

esos artículos de la Ley hipotecaria –conocimiento de la inexactitud registral–, un adquirente inscrito, que adquiere de propietario y que además reúne los requisitos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, por el hecho de conocer la venta anterior, va a quedar postergado frente a un mero titular obligacional.

Con todo esto llegamos ya al punto esencial de la cuestión que venimos tratando: que la exigencia de buena fe, entendida como desconocimiento de una titularidad obligacional previa, que impone el artículo 1473 para proteger al segundo adquirente que toma posesión o incluso inscribe en el Registro, entraña una corrección de las reglas que para resolver la doble venta se deducirían de la estricta aplicación de la teoría del título y el modo, que no serían otras que la preferencia del primer comprador que adquiriese la propiedad, independientemente de su buena o mala fe, y salvo que la fe pública registral impusiese otra solución. Es decir, que la estricta aplicación de la teoría adquisitiva del título y modo debiera llevar a la solución que previó el Derecho romano y que hoy acogen los Derechos austriaco, suizo y holandés: prevalencia del comprador que adquirió por título y modo, independientemente de su buena o mala fe.

Pero es que el artículo 1473, además de no ser del todo conforme con el sistema adquisitivo de título y modo, provoca un resultado extraño, que suele ser pasado por alto: que un titular de una mera pretensión obligacional, con supuestos efectos *inter partes*, vaya a poder accionar frente al adquirente de un bien que conocía que con su adquisición defraudaba la pretensión adquisitiva del primero; el segundo comprador adquirirá su propiedad, pero esa adquisición será claudicante frente al primitivo comprador, acreedor de dominio, que podrá imponerle la pretensión a la transmisión del bien¹⁸.

¿Por qué el Derecho español se ha apartado, al resolver el problema de la doble venta, de la estricta aplicación de la teoría del título y el modo y ha introducido un factor, la buena o mala fe del segundo adquirente, que modaliza los resultados del sistema, hasta el punto de dejar en entredicho el principio de relatividad de los contratos? Una serie de autores que han tratado del artículo 1473 tienden a explicar el requisito de buena fe que impone la norma

¹⁸ No me parece adecuado entender que el segundo comprador que carece de buena fe, en el sentido de desconocer la venta anterior no consumada, no llegue a hacerse propietario pese a tener título y modo, pues, de sostenerse esto, y en caso de que el primer comprador decida no accionar contra él, sino únicamente contra el vendedor por incumplimiento, resultará que el bien quedará vacante, o en el patrimonio del vendedor, principal artífice del fraude, soluciones ambas poco coherentes.

como una exigencia del principio general del mismo nombre¹⁹. La explicación, siendo en sí cierta, resulta en cierto modo tautológica, y deja en penumbra la raíz del problema: ¿por qué vía llegó ese requisito de la buena fe a figurar entre los criterios de solución de la doble venta en Derecho español? ¿Por qué otros Derechos europeos, en los que la buena fe figura también como principio general, no han llevado a cabo ese desarrollo? ¿Qué institución permitió acoger la buena fe como criterio determinante de la doble venta en Derecho español mucho antes de que la buena fe, como principio general, fuese, en 1974, institucionalizada en el artículo 7.1 del Código Civil? Porque, contra lo que podría pensarse, la exigencia de la buena fe para proteger al comprador que toma posesión en casos de doble venta no es un desarrollo reciente del Derecho español, ni es una novedad introducida por el Código Civil, sino que recoge la tradición española.

Algún autor que ha tratado del requisito de la buena fe en el artículo 1473 ha mencionado que es consecuencia de la pervivencia en el Derecho español de la institución del *ius ad rem*²⁰. Pero la mayoría de autores que se ocupan del problema, aunque mencionan esa institución del *ius ad rem* como un posible antecedente explicativo del artículo 1473, tienden a negar que el artículo sea aplicación de esa doctrina, considerada como una rémora medieval y un intento de desarrollar un imposible *tertium genus* entre los derechos reales y los obligacionales, buscando un derecho que, sin ser real, tenga ciertos efectos frente a terceros²¹. En fin, llegados a este punto me parece necesario examinar la génesis y orígenes de los criterios de solución de la doble venta, para intentar descubrir cuándo y por qué se institucionalizó en el Derecho español el requisito de la buena fe como exigencia para la defensa del adquirente en casos de doble venta. Me remontaré para ello hasta la distinción entre derechos reales y obligacionales en Derecho romano y en la Edad Media, pues habrá que ver si el efecto peculiar del artículo 1473 –que un titular obligacional venza a un titular real que no contrató con él– rompe la estricta distinción entre derechos reales y obligacionales o es compatible con ella.

¹⁹ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-1.º, Barcelona, 1971, pp. 21 s.; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, II-1.º, 14 ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1992, p. 293.

²⁰ ESPÍN CANOVAS, «La transmisión de los derechos reales en el Código civil español», *RDP*, 1945, pp. 356 ss.

²¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, I, p. 72, nota 34; LACRUZ et al., *Elementos de Derecho civil*, III, Derechos reales, vol. 1.º, Madrid, 2003, p. 9; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, II-1.º, revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, p. 56; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-1.º, p. 21.

2. LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DEL REQUISITO DE LA BUENA FE EN LA DOBLE VENTA

2.1 La ejecución necesariamente pecuniaria del derecho del comprador en Derecho romano

Como es bien sabido, el Derecho romano clásico es un Derecho formal y estructurado por el procedimiento formulario, de forma que la acción determina y configura el contenido del Derecho. Así, la conocida distinción entre derechos reales y obligacionales o personales no existe como tal en Derecho romano, sino sólo como una distinción procesal entre *actiones in rem* y *actiones in personam*. Las primeras son aquellas en que en la *intentio*, parte de la fórmula en que se sustancia el derecho pretendido por el demandante, no figura el nombre del demandado, sino únicamente una genérica alusión a cualquier persona que perturbe el presunto derecho del demandante; sólo en la *condemnatio*, cláusula por la que se manda condenar a alguien si se demuestra el derecho del demandante, figurará ya el nombre del demandado. En cambio, las *actiones in personam* se caracterizan porque el nombre del deudor demandado, además de en la *condemnatio*, aparece ya en la propia *intentio*²².

En principio, tanto las *actiones in rem* como las *actiones in personam* daban lugar a una ejecución meramente pecuniaria («*omnis condemnatio pecuniaria*»²³). Pero las acciones reales y algunas acciones personales de restitución, como la de depósito y comodato, conducían, de modo indirecto, a una ejecución *in natura*: en estas acciones, el juez, en vez de determinar él la cuantía de la pena pecuniaria, ofrecía al demandante que fijase la valoración que hacía del bien (*iusiurandum in litem*); y concedía a la vez al demandado la posibilidad de eludir el pago de esa cantidad si restituía la cosa al demandante (cláusula arbitraria). De este modo, el actor lo que en realidad hacía era fijar a qué precio estaba dispuesto a desprenderse del bien, de forma que el demandado podía elegir entre pagar esa cantidad y conservar la cosa, o restituirla y liberarse de la condena²⁴.

²² D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 2004, § 80; KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1996, § 47 III-IV.

²³ Gai 4,48: «*Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*». Tomo el texto de las instituciones de Gayo de DOMINGO (Coord.), *Textos de Derecho romano*, que recoge a su vez la clásica edición de Seckel-Kübler.

²⁴ D'ORS, *Derecho privado romano*, § 77; KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, § 48.

La evolución postclásica tiende a la admisión en muchos casos de una ejecución *in natura*, pero, bien sea porque esa evolución no llegó a consumarse, bien sea porque el clasicismo de Justiniano le hizo volver en ciertos casos al principio de *condemnatio pecuniaria*, lo cierto es que en el *Corpus Iuris Civilis* conviven el régimen postclásico de ejecución específica para una serie de acciones con el clásico de ejecución pecuniaria para otras. A pesar de que existen ciertas contradicciones en el *Corpus Iuris* sobre este punto, la doctrina entiende, ya desde la misma época de los glosadores, que daban lugar a ejecución *in natura* no sólo las acciones reales y las personales de restitución, que ya desde la época clásica, por medio de la «cláusula arbitraria», tendían a esa forma de cumplimiento, sino también las acciones personales dirigidas al cumplimiento de una obligación de *dare*. En cambio, las acciones personales tendentes al cumplimiento de obligaciones de *facere* o de *praestare*, seguían llevando aparejada únicamente una ejecución mediante equivalente pecuniario²⁵.

El problema era que de esta delimitación de ámbitos entre el cumplimiento específico y por equivalente surgía una grave dificultad para la satisfacción del comprador que pretendía la entrega de la cosa. En efecto, hay que tener en cuenta que en la clasificación romana de las obligaciones según el contenido de la prestación, que distingue las obligaciones de transmitir la propiedad o constituir un derecho real (*obligationes dandi*), de aquellas que consisten en realizar un determinado comportamiento (*obligationes faciendi*), o de garantizar o responder de una conducta (*obligationes praestandi*), la obligación del vendedor no se encuadraba en las obligaciones de *dare*, sino en las de *facere*, pues no se comprometía la transmisión de la propiedad, sino la entrega de la *vacua possessio*, y para los juristas romanos el *tradere* constituía siempre un género de *facere*²⁶. De lo que se derivaba que el comprador que

²⁵ ZIMMERMANN, *The law of obligations*, Oxford, 1996, p. 772 s.; NEHLSSEN-VON STRYK, «Grenzen des Rechtszwangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung», *AcP*, 193 (1993), pp. 538 s.; RÜTTEN, «Zur Entstehung des Erfüllungszwangs im Schuldverhältnis», en *Festschrift für Joachim Gernhuber*, Tübinga, 1993, pp. 941 s.; DILCHER, «Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie», *SZ*, 78 (1961), pp. 277 ss., 282. Una posición minoritaria en este punto sostienen Kaser y Hackl (*Das römische Zivilprozessrecht*, § 93 II 2 b; también KASER, *Das römische Privatrecht*, II, Munich, 1975, § 257 II), que entienden que la ejecución *in natura* abarcó en el *Corpus Iuris* prácticamente todos los supuestos, y que explican los abundantes textos en que sólo se admite la ejecución pecuniaria como supervivencias del Derecho clásico que deben ser corregidas en este punto.

²⁶ Sobre la distinción entre obligaciones de *dare*, *facere* y *praestare*, vid. CUENA BOY, «La prestación y sus requisitos», en PARICIO (Coord.), *Derecho romano de obligaciones – Homenaje al Prof. Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 95 ss. También D'ORS, *Derecho privado romano*, § 349. El hecho de que la prestación de *vacuam possessionem tradere* sea de *facere* y no de *dare*, se deriva con claridad de varios textos (p.ej. D. 45,1,75,7,

no obtenía la entrega de la cosa por el vendedor no podía imponer la ejecución *in natura*, sino que había de conformarse con el equivalente económico de la cosa vendida²⁷.

2.2 El *ius ad rem* como pretensión del comprador dotada de ejecución *in natura* y con alcance frente a tercero de mala fe

La situación descrita en el epígrafe anterior –falta de ejecución específica de la pretensión del comprador a la entrega– fue heredada por los primeros glosadores que se enfrentaron con las fuentes romanas en la época de la Recepción. Aceptando que las obligaciones de *facere* no daban lugar a ejecución *in natura* –«*nemo potest praecise cogi ad factum*»–, la consecuencia que de ahí se derivaba, por más que resultase grave, era la incoercibilidad de la prestación del vendedor, de forma que el comprador, en casos de falta de cumplimiento, debía contentarse con obtener el resarcimiento económico²⁸. Así lo declara Búlgaro, y a su opinión se adhirieron la mayoría de los glosadores que trataron del asunto (Rogerio, Placentino, Odofredo, Johannes Bassianus, Azo y, en un primer momento, Accursio). Sin embargo, junto a esa doctrina mayoritaria convivió, ya en esa época de los glosadores, un sector doctrinal minoritario, encabezado por Martino, y al que se adhirieron Rofredo y, cambiando de opinión, Accursio, que sostenía la coercibilidad *in natura* de la obligación de *tradere* del vendedor²⁹.

Esa que era posición minoritaria entre los glosadores pasó, por la influencia de la *Glossa ordinaria* de Accursio, y por el prestigio de Bártolo, que tomó postura a favor de esta posición, a ser doctrina prácticamente unánime entre los postglosadores o comentaristas. Ciertamente, éstos siguieron sosteniendo, con más fuerza incluso que sus antecesores, la inexigibilidad *in natura* de las obligaciones de *facere*³⁰; pero, sin perjuicio de ello, comenzaron a aproximar, en cuanto a su eficacia ejecutiva, la obligación de *tra-*

D. 45,1,72,pr., D. 45,1,28) y es admitido unánimemente por la doctrina: además de los dos autores recién citados, ZIMMERMANN, *The law of obligations*, p. 773; NEHLSSEN-VON STRYK, «Grenzen des Rechtszwangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung»..., p. 539; KASER, *Das römische Privatrecht*, I, Munich, 1971, § 130 V 1 (p. 551).

²⁷ De entre los textos del *Corpus Iuris Civilis* que imponen esta solución vid. D. 19,1,1,pr; D. 19,1,11,9; C. 4,49, 4; C. 4,21,17,pr. Puede consultarse además la doctrina citada en la nota anterior, en el mismo lugar allí citado.

²⁸ COING, *Derecho privado europeo*, I, Madrid, 1996, pp. 547 ss.

²⁹ Vid. los textos y un resumen de las opiniones de estos autores en el detallado trabajo de DILCHER, «Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie», *SZ*, 78 (1961), pp. 287 ss.; también aporta interesantes textos y comentarios SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf – Zur Rechtsstellung des ersten Käufers im gelehrten Recht des Mittelalters*, Berlin, 1999, pp. 63 ss.

³⁰ DILCHER, «Geldkondemnation ...», *SZ*, 78 (1961), pp. 291 ss.

dere propia de la compraventa a las obligaciones de *dare*. Así dice Petrus Jacobi de la obligación del vendedor que «potest dici, quod rem tradi ex causa venditionis non est mere factum, sicut domum aedificari: imo fraternizat in aliquo cum rem dari... Ergo probabiliter potest dici, quod si venditor rem habet, quod cogatur eam tradere». Y del mismo modo Bártolo, quien sostiene la exigibilidad *in natura* de la obligación de *tradere* del vendedor, explicando «Ratio: quia quando quis tenetur ex causa emptionis, non tenetur ad merum factum: immo dicta obligatio participat naturam obligationis dandi...»³¹.

De este modo, trazando una analogía entre las obligaciones de *dare* y la obligación de *tradere* del vendedor, los comentaristas, ahora ya de modo unánime (Cino de Pistoya, el ya citado Bártolo, Baldo, Petrus de Bellapertica, Saliceto, Paulo de Castro, Jasón de Mayno), entienden que, aunque las obligaciones de *facere* no son en general coercibles *in natura*, la obligación de *tradere* del vendedor representa en esto una excepción, de forma que el comprador puede exigir judicialmente el cumplimiento específico³².

Paralelo a este desarrollo, e influyendo en él, se encuentra otro del Derecho canónico, tendente a conceder una ejecución *in natura* al titular de un derecho a la adquisición de un beneficio, cuando este beneficio no le es entregado. En el ámbito canónico, por paralelismo con el sistema de título y modo del Derecho civil, se entendía que la designación para un oficio eclesiástico –a menudo por un patrón laico o capítulo eclesiástico– no daba lugar al disfrute del beneficio anejo y previsto para su mantenimiento –normalmente, una porción de bienes de la Iglesia– hasta que se produjese la efectiva colación por el superior que confería canónicamente el cargo y el beneficio. En consecuencia, y también por paralelismo con la estructura de la compraventa civil, los canonistas entendían primeramente que, el designado para un oficio eclesiástico, en tanto no le fuera colacionado el cargo, no tenía acción para exigir el disfrute del beneficio, sino, todo lo más, una indemnización pecuniaria, dado que la obligación de llevar a cabo la colación se consideraba una obligación de *tradere*, que no daba lugar a cumplimiento específico³³.

³¹ Véase los textos de estos autores, así como los de otros postglosadores que comparten unánimemente esa opinión, en DILCHER, «Geldkondemnation...», *SZ*, 78 (1961), pp. 296 ss.

³² Además de Dilcher, en los lugares citados, *vid.* NEHLSSEN-VON STRYK, «Grenzen des Rechtszwangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung»..., p. 540 ss.; MEIJERS, «Le soi disant jus ad rem», *Etudes d'Histoire du Droit*, IV, Leyden, 1966, pp. 175, 185 ss.

³³ LANDAU, «Zum Ursprung des ius ad rem in der Kanonistik», en *Proceedings of the third International Congress of Medieval Canon Law*, Ciudad del Vaticano, 1971, p. 81: se trata de un trabajo fundamental sobre los orígenes canónicos del *ius ad rem*.

Pues bien, como ha demostrado Landau, desde comienzos del siglo XIII, y en concreto desde la Decretal «Pastoralis» de Inocencio III del año 1204 (Liber Extra 3,38,29), se admite que quien ha sido designado por un clérigo para un oficio eclesiástico, siempre y cuando cumpla los requisitos de ese cargo, tiene un derecho a pedir la ejecución de ese nombramiento mediante la colación del cargo y de su beneficio³⁴. Los decretistas entendieron que, hasta que se colacionasen cargo y beneficio, el nombrado para un cargo no era titular de un *ius in re* sobre el mismo, pero sí de lo que ellos llamaron un «ius ad rem», un derecho personal que llevaba aparejada la facultad de exigir el cumplimiento específico, es decir, la colación de oficio y beneficio. La designación de ese derecho como «ius ad rem» aparece ya en comentarios de decretales que pueden fecharse entre 1206 y 1210, y tal denominación se extiende hasta el punto que puede datarse la acogida del término en decretales desde el papado de Bonifacio VIII (1294-1303)³⁵.

Desde su origen canónico, la expresión *ius ad rem* se extiende al ámbito del derecho civil y del derecho feudal para denominar ese derecho a la ejecución *in natura* de una obligación de *tradere*³⁶. Entre los civilistas, la expresión fue empleada por Petrus de Bellapertica y, en sentido aún más restringido, para denominar el derecho del comprador a la entrega de la cosa, por Bártolo³⁷. En el Derecho feudal la expresión *ius ad rem* es acogida por primera vez en una «Summa feudorum», fechada entre 1230 y 1250, cuya autoría ha sido a menudo falsamente atribuida a Jacobus de Ravanis³⁸.

Baldo de Ubaldis dio un paso decisivo en la caracterización del *ius ad rem*, ya que juzgó que la eficacia ejecutiva de ese derecho del comprador a la entrega de la cosa era de tal virtualidad que le

Vid. también MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, Berlín, 2002, pp. 108 ss.; OGRIS, «Ius ad rem», en ERLER/KAUFMANN, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II, Berlín, 1978, col. 491.

³⁴ LANDAU, «Zum ursprung...», en *Proceedings of the third International Congress of Medieval Canon Law*, Ciudad del Vaticano, 1971, pp. 90 ss.

³⁵ Para todos estos datos, LANDAU, «Zum ursprung...», en *Proceedings of the third International Congress of Medieval Canon Law*, Ciudad del Vaticano, 1971, pp. 83 ss., 95 ss.

³⁶ Después del trabajo de Landau recién citado, es pacífico en la doctrina europea que la expresión *ius ad rem* surgió en el ámbito del Derecho canónico (WESENER, «Dingliche und persönliche Sachenrechte – Iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung», *Festschrift Niederländer*, Heidelberg, 1991, p. 197). Sin embargo, los autores españoles que han tratado esta cuestión han seguido demasiado apegados a opiniones anteriores ya superadas, que veían el origen del término «ius ad rem» en el derecho feudal.

³⁷ Véase las citas en WESENER, «Dingliche und persönliche Sachenrechte – Iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung», *Festschrift Niederländer*, Heidelberg, 1991, pp. 197 ss.; también en MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, p. 120.

³⁸ Puede verse el texto y la crítica a su atribución a Jacobus de Ravanis (Jacques de Révigny), en MEIJERS, «Le soi disant jus ad rem», *Etudes d'Histoire du Droit*, IV, Leyden, 1966, p. 175 nota 2, 177 ss.

permitía imponerse no sólo al vendedor renuente, sino incluso a un tercer adquirente del bien que hubiese conocido la existencia de la anterior compraventa o que hubiese adquirido por donación³⁹. Aunque no se pueden desdeñar ciertos precedentes y antecedentes que explican la originalidad de este desarrollo –perceptibles, sobre todo, en la tendencia moralizadora del Derecho canónico–, lo cierto es que hay que atribuir a la creatividad de Baldo el haber introducido este criterio innovador⁴⁰. La solución por él aportada suponía una novedad respecto a las fuentes romanas (los ya citados C. 3,32,15,pr. y C. 4,39,6), pues si esos textos no hacían sino aplicar el sistema de título y modo a los casos de doble venta, atribuyendo la propiedad al comprador que primero fuese en la posesión, Baldo exigía además que el comprador al que primero se hacía entrega fuese de buena fe, entendida como desconocimiento de la venta anterior. En otro caso, o si el adquirente era a título lucrativo, el primer comprador tendría una acción para revocar la adquisición del segundo, por más que éste hubiere recibido de propietario mediante título y modo.

La doctrina de Baldo relativa a la prevalencia de la acción meramente personal del primer comprador sobre la posición del adquirente que, con mala fe o a título lucrativo, había tomado posesión de la cosa, se fue difundiendo, paulatina pero terminantemente, entre los juristas posteriores del *mos italicus*. Se sumaron a ella entre otros, remitiéndose expresamente a Baldo, Jasón de Mayno y Mariano Socinus, llegando a ser doctrina común entre los últimos comentaristas⁴¹. A partir de este momento, no se sabe si por lo peculiar del efecto frente a tercero o por el hecho de haberse consolidado como *communis opinio* la admisión del cumplimiento específico de la obligación de *tradere* del vendedor, lo cierto es que el termino *ius ad rem* vino a designar fundamentalmente la eficacia

³⁹ El texto de Baldo dice así: «Mirabiles conclusiones videtur inferri in hanc materia: vendidisti mihi rem aliquam et, antequam tradas, vendidisti et tradidisti eam Titio in fraudem meam. Nam in rei vindicatione et publiciana potior est Titius, tamen si fraudem participavit, revocabo. Si autem fuit sibi donata, revocatur etiam si fraudem non participavit, etc» (BALDUS, *Commentaria in VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros*, ad 7,75, rubrica núm. 1; tomo la cita de WESENER, «Dingliche und persönliche...», *Festschrift Niederländer*, Heidelberg, 1991, p. 203 nota 55; también SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, p.184).

El texto puede traducirse al castellano del siguiente modo: «Sorprendentes son los resultados que se infieren en esta materia: me vendiste una cosa y, sin llegar a entregármela, se la vendiste y entregaste a Titius, defraudándome así. En lo referente a la acción reivindicatoria y a la publiciana es preferible Titius; sin embargo, si éste participó en el fraude, podré revocar (su adquisición). Y si le fue donada, podré revocar incluso en caso de que no haya participado en el fraude, etc.».

⁴⁰ Vid. SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, pp. 188 ss., que ha estudiado el asunto con detenimiento.

⁴¹ SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, p. 197 ss., 229.

del derecho del comprador contra tercer adquirente de mala fe o a título lucrativo⁴².

Dos puntos me parece importante mencionar antes de tratar de la recepción en España de esta doctrina medieval. En primer lugar, que el *ius ad rem*, entendido como el que permite a un primer comprador imponerse frente a un segundo adquirente de mala fe o a título lucrativo, no fue concebido por los autores medievales como un *tertium genus* o figura intermedia entre los derechos reales y de crédito, sino como un propio y típico derecho obligatorio –el del comprador a la entrega de la cosa vendida–; el hecho de que un derecho obligatorio cuente en este caso con una virtualidad suficiente para alcanzar a tercero, no se debe a que tenga ciertos efectos o naturaleza real, sino a que ese tercero, por ser de mala fe o a título lucrativo, se encuentra en una posición jurídica claudicante: su mala fe o la falta de onerosidad de su adquisición le privan de la protección normalmente prestada al adquirente contra las pretensiones obligatorias que vinculaban al transmitente⁴³.

El segundo punto que quiero destacar es que Baldo y los comentaristas posteriores, al articular la pretensión del primer comprador dirigida a recuperar la cosa de manos de un segundo adquirente de mala fe o por título lucrativo, recurrieron a la acción revocatoria o pauliana, única acción personal conocida que permitía recuperar un bien de un adquirente por razón de conocer éste el perjuicio causado a un tercero o carecer de título oneroso. En efecto, como han destacado los estudios históricos sobre la acción revocatoria y sobre el *ius ad rem*, Baldo y sus seguidores, prescindiendo del hecho de que el vendedor no se encontrase en situación de insolvencia, requisito normalmente exigido para poder accionar con la acción revocatoria, ampliaron el campo de esta acción para pro-

⁴² WESENER, «Dingliche und persönliche...», p. 203; MICHAELS (*Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, p. 56) entiende que el término es anfibológico. Pero lo cierto es que a partir de Baldo se consolidó el uso de «ius ad rem» para denominar la posible eficacia de la acción del comprador frente a tercero de mala fe o a título lucrativo, quedando relegado su empleo para referirse a la exigibilidad *in natura* de ciertas obligaciones de *tradere*, típicamente la del vendedor.

⁴³ Es muy citado en este contexto un pasaje de Jason de Mayno: «ius ad rem quod non nisi in obligatione consistit». A su opinión y a su caracterización se suman la mayoría de autores posteriores de derecho común (*vid.* las citas en WESENER, «Dingliche und persönliche...», *Festschrift Niederländer*, Heidelberg, 1991, pp. 198 ss.). En el mismo sentido, es muy expresiva la conclusión a la que llega Meijers al final de su trabajo sobre el *ius ad rem*: «l'expression ius ad rem [...] n'a jamais servi à autre chose qu'à désigner un droit personnel à la délivrance d'une chose ou une créance personnelle en général. Entre l'action personnelle et le droit réel, les civilistes n'ont pas connu de forme intermédiaire. Le seule chose frappante dans l'évolution historique de ces notions est la manière dont l'obligation –en général– a perdu de plus en plus son caractère strictement relatif pour acquérir également, en des cas de plus en plus nombreux, des effets juridiques vis-à-vis de tiers» (MEIJERS, «Le soi disant jus ad rem», *Etudes d'Histoire du Droit*, IV, Leyden, 1966, p. 188).

teger por medio de ella al primer comprador defraudado en sus expectativas adquisitivas⁴⁴.

2.3 Recepción y pervivencia en España de la doctrina del *ius ad rem*

La doctrina castellana fue, en materia de doble venta, especialmente sensible a la hora de seguir la evolución recién expuesta del Derecho común. Así, Partidas 5,5,50 recoge textualmente la solución del derecho romano, simple aplicación de la doctrina del título y modo, declarando la propiedad de quien primero sea en la posesión de la cosa y pague el precio⁴⁵; en cambio, los autores del siglo XVI, que habían de conformar la doctrina española de los siguientes siglos, reciben ya todos y acogen unánimemente la precisión introducida por Baldo, al que a menudo se remiten expresamente para justificar que el segundo adquirente de mala fe, pese a haber tomado posesión de la cosa, resulte postergado frente al primer comprador. Gregorio López, en su glosa a Partidas 5,5,50, es el primero que limita y rectifica el texto legal para acoger esta solución: «sed limitari potest, quod propter scientiam emptoris de prima venditione, competat primo emptori actio revocatoria ad revocandum alienata in fraude, ut dixit singulariter Baldus in rubrica Codex de revocan. his quae in fraude creditorum alienata sunt in principio et probari videtur in glossa in verbo iure in dic lex quotiens ubi Alberico y Jason de Mayno 9 opposi; quod intelligerem quando constaret de scientia emptoris secundi de prima venditione tempore secundae venditionis: si tamen tunc erat ignorans, et ignoranter emit, et solvit pretium, licet tempore traditionis sciat de prima venditione, non habebit locum dicta actio revocatoria: cum tunc emptor non par-

⁴⁴ Véase los textos de Baldo y sus continuadores en SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, pp. 184 ss.; la autora destaca especialmente el recurso a la *actio pauliana* para instrumentar la protección del primer comprador en las páginas 185 ss. y 235 ss. También Ankum, en su estudio histórico sobre la *actio revocatoria*, destaca que Baldo y todos sus continuadores se apoyaron en esta acción para articular procesalmente la protección del primer comprador (ANKUM, *De Geschiedenis der actio pauliana*, Uitgevers, 1962, pp. 183, 259).

⁴⁵ Partidas 5,5,50: «Del ome que vende la cosa dos vegadas a dos omes en tiempos departidos qual de ellos la deve aver: Una cosa vendiendo un ome dos veces a dos omes en tiempos departidos; si aquel a quien la vendio primeramente passa a la tenencia de la cosa, e paga el precio, esse la debe aver, e non el otro. Pero tenuto es el vendedor, de tornar el precio a aquel que la vendio a postremas, si lo avie recebido, con todos los daños e los menoscabos que le vinieron por razon de tal vendida, porque la fizo engañosamente. Otrosi decimos, que si el postrimero comprador pasase a la tenencia, e a la posesión, e pagasse el precio, que el la deve aver, e non el primero. E es otrosi el vendedor tenuto de tornar el precio, si lo avia recebido, con los daños, e los menoscabos que vinieron por esta razon al primer comprador». Como es sabido, el pago del precio era, en Derecho romano y común, requisito de la transmisión de la propiedad en la compraventa, si bien el rigor de esta exigencia se fue atemperando hasta desaparecer en la mayoría de ordenamientos continuadores de la tradición romanista.

tipaverit de fraude: et in ista fraude habetur respectus ad tempus venditionis»⁴⁶. La misma solución, favorable a defender mediante una acción revocatoria al primer comprador frente al segundo que conscientemente le perjudicó, defienden Antonio Gómez, Diego de Covarrubias y Leyva, y Luis de Molina⁴⁷.

A partir de entonces, la solución de Baldo y de los últimos comentaristas, la admisión de un *ius ad rem* del primer comprador frente a un segundo que adquirió conociendo la primera venta, se consolida en el Derecho castellano. Es la solución acogida por los autores de los siglos XVII y XVIII –Ibáñez de Faria, Castejón, Hevia y Bolaños, Febrero–, que ciertamente se apoyan como texto básico

⁴⁶ Las Siete Partidas de Alfonso X el sabio glosadas por el licenciado Gregorio López, Salamanca, 1555, reproducción anastásica, Madrid, 1985. Saponts y Barba, Martí de Eixala y Ferrer y Subiñana dan la siguiente traducción a la glosa de Gregorio López: «pero parece que la revocación de la segunda venta debería también tener lugar, aunque se hubiese usado de la primera fórmula, porque, siendo sabedor el segundo comprador de la venta precedente, deberá darse al primero la acción al efecto de revocar lo que se enajenó en fraude del mismo, como lo decide Baldo en la rúbrica C. de revoc his quae in fraud. creditor. alien. al principio, y parece probarlo la Glosa end. l. 17 sobre la palabra iure, y allí Alberico y Jason oposit 9: empero, me parece que esto debe concretarse al supuesto que el segundo comprador tuviese noticia de la primera venta al tiempo de contrato; y que no tendrá lugar si contrató con buena fe y pagó el precio, aunque al tiempo de transferírsele la posesión tuviese noticia de la primera venta; toda vez que el vendedor no participó en el fraude, respecto del cual y por lo que mira a la acción revocatoria se atiende al tiempo del contrato» (Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX [sic], con las variaciones de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López, vertida al castellano por D. Ignacio Saponts y Barba, D. Ramón Martí de Eixala y D. José Ferrer y Subirana, tomo III, Barcelona, 1843).

⁴⁷ Antonio Gómez dice, tratando de las limitaciones a la doctrina del título y modo en la doble venta, que «secundo principaliter limite et intellige, ut procedat quando secunda venditio alteri facta fuit celebrata bona fide, sine dolo malo et fraude: secus tamen est, quando fieret in fraudem primi emptoris, ut non habeat rem, et secundus emptor participavit de fraude; quia tunc, licet secundo emptori sit facta traditio mediante qua in eum sit translatum dominium, primus emptor poterit rem et traditionem revocare actione in factum revocatoria, qui competit ad revocanda ea quae sunt alienata in fraudem creditorum». Para continuar luego citando a Baldo en apoyo de su opinión y diciendo que la acción procederá también, pese a no haber intención de defraudar más que en el enajenante, cuando la cosa fuese, con posterioridad a la venta, donada o entregada por otra causa lucrativa (Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii tomis tribus distinctae*, tomo II, cap. 2, núm. 20, Madrid, 1794, p. 446).

Covarrubias, en un pasaje titulado «Bona fides secundi emptoris necessaria est, ut is possit uti dictae l. quoties, responso», sigue la misma doctrina: «eadem constitutio procul dubio intelligenda est, ubi secundus emptor bonam fidem habet; nam si is mala fide id est, non ignarus primae venditionis, eamdem rem emerit, licet eidem tradita sit, nihilominus per primum emptorem res ab eo revocabitur et evinctetur». Declarando luego, al igual que Antonio Gómez, y con cita de Baldo, que la donación equivale en este punto al fraude (COVARRUBIAS, *Variarum ex iure pontificio, regio et caesareo resolutionum*, libro II, cap. 19, núm. 5, in *Operum*, tomus secundus, Genova, 1762, p. 250).

Molina, por último, dice al respecto, citando a los autores recién mencionados que «quando posterior emptor conscius fuit prioris venditionis, tunc esto ei sit facta traditio et solverit pretium, poterit prior emptor evincere eam rem ab eo, tanquam in fraudem ipsius alienatam: secus autem, si posterior emptor bona fide illam emit priorem ignorans venditionem»; para continuar diciendo que la transmisión lucrativa se equipara a la de mala fe (LUIS DE MOLINA, *De iustitia et iure*, tractatus II, disputatio 369, núm. 9; igualmente, en mismo tomo y con cita de Baldo, disp. 328, núm. 17; Antuerpiae, 1615, pp. 216 y 135 respectivamente).

en Partidas 5,5,50, pero que lo corrigen remitiendo a la opinión de los autores españoles citados, particularmente a Antonio Gómez y Diego de Covarrubias⁴⁸. Y es la solución que sigue vigente en la doctrina justo anterior al Código civil de 1889, y que, finalmente, fue acogida en su artículo 1473⁴⁹. De esta forma, este artículo representa una supervivencia de una doctrina medieval, la del *ius ad rem*, que por diversas causas había sido abandonada en el resto de países europeos⁵⁰.

3. *IUS AD REM* Y EFICACIA FRENTE A TERCERO DE LAS EXPECTATIVAS ADQUISITIVAS

Como ya he dicho, la penalización que el artículo 1473 impone al segundo adquirente que, pese a contar con título válido y entrega, conocía la existencia de una venta anterior, entraña una corrección a la estricta aplicación de la teoría del título y modo. Como es sabido, según las reglas generales de este sistema, la propiedad se transmite derivativamente cuando se adquiere de quien es propietario, mediando título válido y consumándose la

⁴⁸ Vid. HEVIA Y BOLAÑOS, *Curia Filipica*, Madrid, 1725, tomo II, libro I, cap 12, núm. 52, p. 50; IBÁÑEZ DE FARIA, *Additiones ad Covarrubiam*, Genova, 1762, ad 2,19,5 núm. 39; JOSÉ FEBRERO, *Librería de escribanos e instrucción jurídica teórico práctica de principiantes*, Madrid, 1783, tomo II, p. 420; AEGIDI DE CASTEJON, *Alphabetum Iuridicum*, tomo I, Madrid, 1678, voz emptio, núm. 10, p. 381.

⁴⁹ Benito Gutiérrez, autor del tratado más difundido antes de publicarse el Código, dice comentando Partidas 5,5,50, y apoyando su interpretación en la glosa de Gregorio López y en Antonio Gómez: «finalmente la disposición de la ley comentada se amplía a cualquier enajenación, ya provenga de título oneroso o lucrativo, y al poseedor de buena fe que da o vende la cosa ajena transfiriendo al primero que la recibió un cuasi dominio y la acción consiguiente. Por el contrario, se restringe cuando la segunda venta se haya hecho en fraude del primer comprador, sabiéndolo el segundo» (GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV, Tratado de las obligaciones, Madrid, 1871, p. 329).

⁵⁰ No puedo detenerme aquí a explicar por extenso el porqué de la desaparición del *ius ad rem* en el resto de ordenamientos europeos. Brevemente diré, que en Francia y en los países que asumieron un sistema consensual, el *ius ad rem* del primer comprador frente al segundo dejó de tener sentido porque el propio contrato transmitía al primer comprador no un *ius ad rem*, sino la misma titularidad; en Alemania desapareció a consecuencia de la adopción, en el propio siglo XIX y por influencia de Savigny, de un sistema abstracto, donde la causa obligacional no debía tener ninguna influencia sobre la transmisión y donde, por tanto, la existencia de un derecho obligacional prioritario no debía obstar en modo alguno al derecho real de un posterior adquirente; y, en fin, en el resto de ordenamientos que mantuvieron el sistema de título y modo, como Austria, Suiza y Holanda, un apeigamiento excesivo a las soluciones estrictas de Derecho romano y un rechazo, típicamente ilustrado, a lo que se juzgaba como confusión de principios jurídicos y morales, llevó a los redactores de sus Códigos a no conceder ninguna preferencia al primer comprador de un bien, ni siquiera en caso de mala fe del segundo. Véase, sobre todos estos puntos, los estudios más recientes sobre el *ius ad rem*: SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, pp. 241 ss.; MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, pp. 140 ss.; ERNST, «Der zweifache Verkauf derselben Sache – Betrachtungen zu einem Rechtsproblem in seiner europäischen Überlieferung», en JAKAB/ERNST, *Kaufen nach römischen Recht*, Berlín, 2008, pp. 83 ss.

entrega⁵¹. Conforme con ello, el segundo comprador que recibe la cosa debía, pese a su mala fe, ser defendido como propietario, pues cumple los requisitos generales del sistema. Sin embargo, y como hemos visto, el *ius ad rem* del primer comprador le permite imponerse al segundo adquirente, cuya posición, en virtud de su mala fe, resulta claudicante. Una mera pretensión obligacional a la transmisión va a poder imponerse frente a un tercero ajeno a la relación obligatoria. Como ha dicho Miquel, la conducta objetivamente contraria a la buena fe que debe imperar en todas las relaciones jurídicas, hace que, en este caso, el propietario susceptible de tal reproche se vea privado de protección frente a la pretensión obligacional a cuyo incumplimiento coadyuvó⁵².

Vista esta modulación que el artículo 1473 impone a la teoría del título y el modo, surge la pregunta: ¿se dan otros casos en nuestro Código civil en que la mala fe de un adquirente *a domino*, entendida como conocimiento del perjuicio causado con su adquisición a la expectativa adquisitiva de un tercero, haga que ese adquirente quede a merced de la expectativa adquisitiva que pretendió defraudar? Para responder a esta pregunta habrá que estudiar el artículo 1295.2 del Código Civil, que parece dejar en entredicho la adquisición del tercero de mala fe en los supuestos de rescisión. Y, por remisión expresa del artículo 1124 al régimen de ese artículo, la situación del tercero de mala fe que adquirió bienes objeto de resolución por incumplimiento⁵³.

4. EL TERCER ADQUIRENTE DE MALA FE DE BIENES OBJETO DE RESCISIÓN

La relación entre el artículo 1473 del Código Civil y el supuesto del tercer adquirente de bienes objeto de rescisión viene inducido tanto por consideraciones históricas como dogmáticas. Las primeras, provocadas por el hecho de que los autores, desde Baldo y sus continuadores, al aceptar una eficacia de la acción del primer comprador contra el segundo que adquirió conociendo el perjuicio del primero, lo hacen apoyándose en la acción revocatoria o pauliana que, teniendo eficacia *inter partes*, permitía dirigirse contra

⁵¹ Sobre ello, MIQUEL, «Comentario al artículo 609», en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, pp. 1546 ss.

⁵² MIQUEL, «Comentario al artículo 7.1», en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, pp. 55 ss.

⁵³ El artículo 1124.4 remite también al 1298, si bien éste trata más bien, como el 1295.3, de las consecuencias de que la rescisión haya devenido imposible; sólo indirectamente se deduce de él que la acción rescisoria alcanza también a los subadquirentes de mala fe de quien adquirió bienes enajenados en fraude de acreedores.

un tercero de mala fe. Las segundas, nacidas del hecho de que el artículo 1295.2 del Código civil permita que la acción rescisoria, generalmente tenida por personal, pueda tener una eficacia contra un tercer adquirente de mala fe. Ambas razones llevan a la necesidad de exponer someramente la situación del que adquirió en virtud de un contrato objeto de rescisión, para saber si su causahabiente a título particular –el tercero– es un adquirente *a domino* y, por tanto, la posición de ese tercero, en caso de que por su mala fe se vea sometido a las consecuencias de la rescisión, es parangonable a la del segundo comprador, adquirente *a domino*, del 1473.

4.1 La rescisión como supuesto de ineficacia sobrevenida con efectos retroactivos meramente obligatorios

Es bien conocida la pluralidad de supuestos que engloba la rescisión en el Código civil, consecuencia de la amalgama bajo un mismo concepto de casos de revocación por fraude a un tercero –acreedor, demandante– y supuestos de restitución por lesión⁵⁴. La rescisión supone, en cualquier caso, el ejercicio de un derecho potestativo por el facultado para ello, que provoca la ineficacia sobrevenida de un negocio en sí válido (art. 1290 CC.)⁵⁵. Se entiende que la rescisión opera con efectos retroactivos, pues se impone la devolución de los frutos e intereses percibidos en el ínterin (art. 1295.1 CC). Pero dado que, como dice el propio Código Civil, la rescisión actúa sobre un contrato válido, la mayoría de los autores entiende que ese efecto retroactivo no es real, sino meramente obligacional, quedando las partes obligadas,

⁵⁴ Sobre el diferente origen histórico de los supuestos que en el Código Civil se han agrupado como causantes de la rescisión, DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 523 ss.; DE TORRES PEREA, *Presupuestos de la acción rescisoria*, Valencia, 2001, pp. 75 ss.

⁵⁵ Propiamente, la rescisión de un contrato, al igual que la resolución *ex* artículo 1124, no es ejercicio de un derecho personal ni real. La rescisión de un contrato es ejercicio de un derecho potestativo (o, en terminología que otros autores prefieren, de una facultad de configuración jurídica), tendente a modificar una situación jurídica existente –en este caso, a tornar un contrato válido en sobrevenidamente ineficaz–. Por tanto, me parece inadecuado decir que la acción de rescisión es personal o real: real o personal serán las acciones de condena a la restitución que puedan ser consecuencia del ejercicio del derecho potestativo. Y esa naturaleza real o personal dependerá de cómo configure el ordenamiento ese derecho potestativo. Por ejemplo, la facultad que el ordenamiento concede a una parte, en su interés, de solicitar la anulación de un contrato –nulidad relativa o anulabilidad–, entraña que el contrato en cuestión devendrá ineficaz en su origen y, en consecuencia, no habrá podido provocar ninguna transmisión derivativa del dominio. Las acciones de las partes para operar la restitución serán, por tanto, reales. En cambio, la rescisión de un contrato sólo opera una ineficacia sobrevenida y, en consecuencia, como a continuación se explica, la eficacia de las acciones de restitución será diferente, pues podrá darse el caso de que un tercer adquirente haya adquirido de propietario.

en virtud de la declaración de resolución, a restituirse las prestaciones percibidas⁵⁶.

Con todo, creo que estas declaraciones requieren de ciertas aclaraciones, para evitar que induzcan a error. A mi juicio, la llamada eficacia obligacional de la rescisión no llega al punto de que lo único que haga surgir sea un título retransmisivo que, para dar lugar a la readquisición de los bienes, requiera del complemento de la entrega. Más bien, y por encima de ciertas imprecisiones terminológicas, los efectos de la figura se pueden resumir así: la rescisión tiene una eficacia real *ex nunc* y efectos retroactivos obligacionales; declarada la rescisión, se produce la extinción de las obligaciones no vencidas y, en la medida que sea posible, la retransmisión instantánea –sin necesidad de entrega– de los bienes objeto de las prestaciones contractuales cumplidas; tendrá naturaleza obligatoria, por no poder tenerla real, el deber de restitución de los frutos percibidos y los intereses devengados. De esta forma se puede también decir que la rescisión opera con efectos extintivos y retransmisivos *ex nunc*, y con efectos indemnizatorios y restitutorios *ex tunc*⁵⁷.

Entendida así la rescisión, sus efectos sobre un contrato de compraventa, y en particular sobre el objeto vendido, serán los siguientes: con la celebración del contrato objeto de rescisión, nace un título, que servirá de base para que la entrega del bien dé lugar a la transmisión del dominio. Concurriendo título y modo, el comprador devendrá propietario y, como tal, resultará investido de

⁵⁶ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 527 («la eficacia restitutoria se ha podido considerar retroactiva, pero sólo en el sentido del llamado efecto retroactivo obligatorio. [...] No se da, en cambio, el efecto retroactivo llamado real. A diferencia de lo que ocurre con la anulación del negocio, el negocio rescindido no pierde por ello su primitiva condición de válido. De aquí que la rescisión no determine la ineficacia de los negocios derivados del rescindido, celebrados en base de su validez. Tampoco tendrá lugar la rescisión, dice el Código, cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe (art. 1295, párr. 2)». Sin embargo, no se debe ocultar que, no se sabe bien por qué, De Castro sí parece atribuir naturaleza real, en contra de la mayoría de autores, a la rescisión por fraude de acreedores). Atribuyen igualmente efecto retroactivo obligacional a la rescisión, sin distinguir siquiera si es por lesión o por fraude, LACRUZ y DELGADO (en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1, Barcelona, 1985, p. 333; y también en *Elementos*, II, vol. 2, Barcelona, 1987, p. 408), MORENO QUESADA (Comentario al art. 1295, en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, II, Madrid, 1993, p. 532), ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, I, Barcelona, 1979, p. 850) J.A. MARTÍN PÉREZ (*La rescisión del contrato*, Barcelona, 1995, p. 427).

⁵⁷ Sí me parece inoportuno decir que la rescisión opera en todos los ámbitos con efectos obligacionales, también en cuanto a la retransmisión, a pesar de que esa tesis facilitaría aún más la asimilación entre el supuesto de hecho del 1473 y el del 1295.2, es porque, de admitirse eso, habría que concluir que declarada la rescisión de un contrato transmisivo, y no devuelta aún la cosa por el adquirente, si éste cae en concurso, la otra parte no tendría un *ius separationis* en el concurso, porque todavía no es propietario sino sólo acreedor de dominio, y se debería ver sometido a la ley del dividendo. Volveré más ampliamente sobre ello al tratar de los efectos de la resolución por incumplimiento, que pienso que son en este punto idénticos a los de la rescisión.

todas las facultades del dominio: uso, disfrute y disposición. Si el contrato es susceptible de rescisión y ésta se declara efectivamente, el bien se retransmitirá instantáneamente –pero no retroactivamente– a quien fue su propietario. Pero si en el ínterin entre adquisición y rescisión, el adquirente cuyo contrato luego se rescindió dispuso de él, el tercero que de él adquirió lo hizo de propietario –*a domino*– y, en principio y salvo lo que luego se dirá de las consecuencias de su mala fe, no debe verse alcanzado por la rescisión de un contrato en el que él no fue parte.

4.2 Protección y desprotección del tercero en los contratos objeto de rescisión

Vistas así las cosas, no sorprende en absoluto la declaración que, en el marco de los efectos restitutorios de la rescisión, hace el artículo 1295.2 del Código Civil: «tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hayan procedido de mala fe». Esas terceras personas no fueron parte del contrato objeto de rescisión, sino que son los que adquirieron derivativamente de quien adquirió en virtud de contrato luego rescindido⁵⁸. Ellos contrataron con quien era propietario en ese momento y, si tenían título válido y concurrió la entrega, consumaron su adquisición. El hecho de que el artículo 1295 los proteja no proviene de que el Código quiera hacer aquí una particular protección de los terceros adquirentes de buena fe, sino de que, por ser adquirentes *a domino*, no deben verse afectados por la rescisión, carente de eficacia retroactiva real, del negocio del que trae causa su adquirente⁵⁹.

En consecuencia, lo que resulta sorprendente en el artículo 1295.2 no es la protección del tercer adquirente de buena fe, sino la desprotección –establecida *a contrario*– del tercer adquirente de

⁵⁸ Si se interpretase que el tercero aludido por ese artículo 1295.2 es quien adquirió en virtud de un contrato luego rescindido, se llegaría a la conclusión, que no parece admisible, de que la rescisión por lesión o por enajenación de bienes litigiosos requiere de la mala fe del adquirente.

⁵⁹ Así, por ejemplo, dice Jordano Barea tratando del artículo 1295: «aparentemente parece que se protege al adquirente de buena fe. Pero bien vistas las cosas no es así. El artículo 1295 se refiere al juego de la acción rescisoria que, siendo de carácter personal, no puede afectar a terceros adquirentes. Y, sobre todo, porque el tercero antes de la impugnación había adquirido en firme *a vero domino*» (JORDANO, «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros», *ADC*, 1950, p. 703). En el mismo sentido se expresa Lacruz al tratar de la rescisión por fraude de acreedores, diciendo que «si puede ejercitarse contra terceros no es por la posible eficacia *erga omnes* de la acción, sino por la participación del tercero en el fraude (*consciis fraudis*) o su conocimiento del mismo (mala fe). Su alcance frente a terceros adquirentes de buena fe es debido, o a que no se consideran propiamente terceros los adquirentes a título lucrativo, o bien a una presunción *iuris et de iure* de connivencia en el fraude» (LACRUZ, *Elementos*, II, vol. 1.º, p. 333).

mala fe frente a la acción rescisoria del primer enajenante. Esta desprotección es la que lo pone en relación con el *ius ad rem* del artículo 1473, pues responde a la misma idea de fondo. En estricta teoría, y sin tener en cuenta la ponderación de los intereses en juego en función de la buena o mala fe del adquirente, parecería que el tercero que adquirió el dominio de un titular cuyo contrato adquisitivo se vio rescindido, por mucho que conociese la causa de rescisión, debiera ser defendido en su adquisición. Él adquirió *a domino*, de quien era en ese momento propietario, y la rescisión del contrato, carente de efectos retroactivos reales, no debiera afectarle: su adquisición debiera ser inmune frente a una pretensión readquisitiva del primer enajenante que no tiene eficacia real. Sin embargo, la mala fe del tercero, que conoció que con su adquisición perjudicaba la expectativa readquisitiva del primitivo enajenante, hace que se vaya a ver afectado por una ineficacia sobrevenida a la que debiera ser ajeno. El ordenamiento realiza un juicio de disvalor de la mala fe, de forma que en el conflicto entre la parte facultada para ejercitar la rescisión, y un tercero que conocía ese derecho, este último quedará postergado: a juicio del legislador, no merece protección quien con su adquisición pretendía contribuir a defraudar el derecho del otro. Si en el artículo 1473 un adquirente *a domino* y con título y modo —es decir, con una adquisición consumada—, por ser de mala fe, va a quedar a merced del ejercicio de una pretensión obligacional respecto a la que él era un tercero, en el artículo 1295.2 un adquirente con una adquisición igualmente consumada va a quedar, a consecuencia de su mala fe, en una posición claudicante frente a un tercero que, por haber dejado de ser propietario, no debiera en otro caso tener acción alguna contra él⁶⁰.

Dos puntualizaciones me parece importante hacer antes de acabar con la eficacia de la rescisión frente a tercer adquirente de mala fe. Primera, que la mala fe del tercer adquirente, como ya se ha apuntado, consiste en el conocimiento que éste tenía de la existencia de una causa para pedir la rescisión. Quien adquiere un bien sabiendo que su enajenante podía verse sometido a la rescisión de su adquisición, no alcanza a su vez una posición inmune frente a esa rescisión. Y segunda, que a estos efectos, conforme a una inveterada tradición jurídica, que encuentra reflejo en el artículo 1297 del Código Civil, las adquisiciones a título lucrativo se consideran

⁶⁰ En esta línea dice Lacruz, tratando de la rescisión por fraude de acreedores, que «el alcance respecto de terceros de la acción pauliana no le viene de tener naturaleza real (siendo rescisoria, es decir, personal); le viene de la sanción a la mala fe o la inferior ponderación de los intereses en juego, frente al fraude de los acreedores» (LACRUZ, *Elementos*, II, vol. 1.º, p. 346).

equiparadas a las de mala fe⁶¹. De conformidad con la clásica regla «*potior est qui certat de damno evitando quam qui de de lucro captando*», en el conflicto entre un titular que sufre una pérdida y un adquirente que se va a lucrar, el ordenamiento entiende más digno de protección al primero que al segundo, y por eso le concede una acción que evite su perjuicio⁶².

5. EL TERCER ADQUIRENTE DE MALA FE DE BIENES OBJETO DE RESOLUCIÓN

Hemos visto que existe una identidad de razón entre los artículos 1473 y 1295.2, en cuanto que ambos entrañan una desvaloración y desprotección del tercer adquirente de mala fe. Se hace necesario ahora, al estudiar este fenómeno de reprobación de la mala fe, tratar también del artículo 1124.4 del Código Civil, ya que éste, al ocuparse de los efectos frente a terceros de la resolución por incumplimiento, remite expresamente a los artículos 1295 y 1298⁶³. Se trata de ver si también en este caso, una adquisición del dominio que reúne todos los requisitos de una adquisición derivativa –título, modo y titularidad del *tradens*–, va a resultar claudicante en virtud del conocimiento por parte del adquirente del perjuicio a la expectativa adquisitiva de un tercero. Para dilucidar esto y para entender los efectos de la resolución por incumplimiento en relación con los terceros adquirentes me parece necesario, lo mismo que al estudiar la rescisión, estudiar primero cuáles son los efectos de la resolución, pues sólo así se pueden comprender los mecanismos que posibilitan la protección del tercero.

5.1 La facultad de resolver un contrato por incumplimiento y su eficacia retroactiva obligatoria

Hoy es comúnmente aceptado en la doctrina española que la facultad de resolver los contratos por incumplimiento, recogida en

⁶¹ La equiparación entre adquirentes a título lucrativo y adquirentes de mala fe se produce sólo a efectos de que tanto los primeros como los segundos están sometidos al posible ejercicio de la rescisión. La equiparación no actúa, por tanto, a otros efectos (por ejemplo, en relación con el artículo 1298).

⁶² La regla se remonta a D. 50,17,41,1. Sobre su origen y aplicaciones, WACKE, «Verlustabwehr rangiert vor Gewinnstreben», SZ, 118 (2001), pp. 264 ss.

⁶³ En realidad, como ya he dicho, los efectos de la rescisión frente a terceros están regulados en el artículo 1295.2, ya que el 1298 sólo se ocupa directamente de los efectos *inter partes* de la rescisión cuando ésta ha devenido imposible por cualquier causa –por ejemplo, por adquisición por un tercero de buena fe–. En ese sentido, el artículo 1298 tiene más relación con el 1295.3, y sólo indirecta con el 1295.2 y los terceros.

el artículo 1124 del Código Civil en sede de obligaciones condicionales, poco tiene que ver en su naturaleza, e incluso en su eficacia, con las obligaciones sometidas a condición resolutoria. La condición resolutoria es una determinación accesoria de la voluntad, expresa y voluntariamente pactada para un concreto negocio, mientras que la facultad de resolver los contratos por incumplimiento viene atribuida por ley en cualquier supuesto de obligaciones recíprocas. El artículo 1124 ni siquiera establece una condición resolutoria tácita, como tan a menudo se ha dicho, sino que confiere al contratante que no ha incumplido la facultad, verdadero derecho potestativo, de poner fin a la relación obligatoria que le liga con el contratante incumplidor⁶⁴.

La llamada resolución por incumplimiento tiene, por tanto, unos presupuestos y unas consecuencias diferentes que las obligaciones sometidas a condición resolutoria expresa. En lo que aquí más importa, los efectos de la resolución *ex* artículo 1124, se acepta comúnmente por la doctrina y jurisprudencia española que, en los contratos de tracto instantáneo, la resolución tiene eficacia retroactiva o *ex tunc*⁶⁵. Se discute, en cambio, si el efecto retroactivo de esta forma de resolución es real –de forma que, declarada la resolución, se opera instantáneamente la retransmisión del bien–, o el efecto es meramente obligacional –de modo que, declarada la resolución de un contrato, surge una obligación de retransmitirse las prestaciones contractuales entregadas–⁶⁶.

A mi parecer, la resolución por incumplimiento tiene, lo mismo que la rescisión, una eficacia real *ex nunc* y efectos retroactivos obligacionales. Como aquélla, opera instantáneamente la extinción de las obligaciones no vencidas y la retransmisión, en la medida que sea posible y sin necesidad de entrega, de los bienes objeto de las prestaciones contractuales cumplidas. Si no es posible la restitución *in natura*, surgirá un deber de resarcimiento por equivalente de naturaleza obligatoria; e igualmente tendrá naturaleza obligatoria el deber de restitución de los frutos percibidos y los intereses

⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1993, p. 702; CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998, pp. 40 ss., 55.

⁶⁵ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 724; CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver...*, pp. 495 ss, con la bibliografía allí citada.

⁶⁶ Entre la doctrina más reciente es prevalente la tesis de los efectos meramente obligatorios de la resolución. Así ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, II, Barcelona, 1979, pp. 787 ss.; MONTÉS PENADÉS, «Comentario al artículo 1124», en ALBALADEJO (dir), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XV-1.º, Madrid, 1989, p. 1.248; CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver...*, p. 554. En cambio, a favor de los efectos reales, ÁLVAREZ VIGARAY, (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1972, pp. 196 ss.) quien, con todo, como entiende que la resolución no afecta a terceros adquirentes de buena fe, prefiere hablar de «retroactividad real relativa».

devengados. Por eso se puede decir que la resolución por incumplimiento opera, lo mismo que la rescisión, con efectos extintivos y retransmisivos *ex nunc*, y con efectos indemnizatorios y restitutorios *ex tunc*⁶⁷.

Quizá resulte difícil entender ese particular matiz que califica la eficacia retransmisiva de la resolución, al igual que la de la rescisión, como instantánea pero no retroactiva. La eficacia retransmisiva instantánea de la resolución, como la de la rescisión, se basa en que la transmisión de la propiedad exige en España título y modo, siendo título aquí el contrato. Y que, operando la resolución por incumplimiento y la rescisión una ineficacia sobrevinida del contrato, con ellas decae el título que sirvió de base a la transmisión, con lo cual la transmisión misma, por la causalidad del sistema transmisivo español, deviene ahora ineficaz. No se trata de que surja una obligación de retransmitir, sino de que la misma obligación primitiva de transmitir se disuelve, y su disolución

⁶⁷ Esta eficacia retransmisiva-real *ex nunc* y retroactiva obligacional, se comprueba al confrontar la resolución por incumplimiento con situaciones en que intervengan terceros, pues sólo en relación con los terceros se puede captar la distinción entre efectos reales y obligacionales. Por eso, las dos coyunturas que permiten analizar la eficacia real u obligacional de la resolución son los casos en que un tercero adquirió el bien sujeto a resolución y la situación frente a terceros en el concurso del transmitente con facultad de resolver. En relación con los terceros adquirentes, habla en contra de la eficacia retroactiva real de la obligación la remisión del artículo 1124.2 al 1295.2, de la que luego se tratara: si esos terceros adquirentes están protegidos, desconociendo como desconoce el Código civil las adquisiciones *a non domino*, ha de ser porque adquieren *a domino*; el derecho entiende, por tanto, que en el momento de enajenar a un tercero, el contratante parte en un contrato transmisivo luego resuelto por incumplimiento era propietario del bien objeto del contrato; el efecto retroactivo, en consecuencia, no puede ser real.

Pero igualmente habla en contra de la eficacia retroactiva real el hecho de que la Ley Concursal no permita al contratante que cumplió su prestación ejercitar la resolución cuando la parte incumplidora ha caído en concurso (art. 61 L.C.; *vid.* sobre ello, CORDÓN MORENO, *Proceso concursal*, Pamplona, 2003, p. 124; GÓMEZ MENDOZA, «Comentario artículo 61», en SANCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, II, Valladolid, 2004, pp. 1148 ss.). Si la resolución del artículo 1124 tiene eficacia retroactiva, el contratante cumplidor podría ejercitar la resolución y dispondría de un *ius separationis* como propietario; si no la puede ejercitar ni, por tanto, separar el bien, es porque se considera que la resolución no le concede retroactivamente la propiedad.

Por su parte, en contra de la eficacia meramente obligacional de la retransmisión —de forma que la resolución sólo haría surgir un título para la retransmisión, que para ser perfecto requeriría de la entrega— está el hecho de que, a mi parecer, declarada la resolución de un contrato por incumplimiento, y recaído en concurso el adquirente cuya adquisición se resolvió, la otra parte, aunque no se le haya hecho entrega del bien, tiene un *ius separationis*, como propietario que es, para separar el bien del concurso: de ser el efecto retransmisivo meramente obligacional, se debiera concluir que el contratante que resolvió antes de la declaración del concurso, en tanto no se le haga entrega, sigue siendo acreedor —acreedor de dominio— sometido por tanto a la ley del dividendo. Y este resultado no me parece ajustado a nuestro Derecho.

En fin, no deja de ser indicativo, que la Ley del ITP-AJD, en su artículo 57, trate de igual modo los efectos de la nulidad, rescisión y resolución de un contrato —devolución del impuesto—, mientras que los casos de mutuo disenso o de retroventa los trata como supuestos de doble transmisión. Parece que los primeros casos los configura como un supuesto de decadencia de la primitiva transmisión, mientras que en los segundos entiende que surge una nueva obligación de transmitir de eficacia inversa a la primitiva.

arrastra a la transmisión que ella fundaba. El adquirente ha sido propietario en el ínterin, pero su adquisición se deshace al devenir ineficaz la causa que la sustentaba. Por su parte, el hecho de que la retransmisión no tenga eficacia retroactiva se debe a que durante un tiempo, hasta que se produjo la resolución, la obligación existió, y si a ella se le sumó un modo transmisivo, se dio la conjunción de elementos que provoca en nuestro sistema la transmisión. Rescisión y resolución operan sobre un contrato válido, del que nacieron obligaciones, y esa validez no puede ser retroactivamente eliminada. Del hecho de que existiese obligación y de que esa obligación, título de la transmisión, devenga luego ineficaz, se deriva que la transmisión, ni pueda ser retroactivamente cancelada –pues se basó en un título y un modo–, ni sobreviva tampoco a la extinción del título ⁶⁸.

5.2 Protección y desprotección del tercero en los contratos objeto de resolución

Configurados así los efectos de la resolución por incumplimiento, se entiende la remisión en cuanto a los efectos protectores de terceros a los artículos 1295 y 1298. Al igual que sucede en caso de rescisión, el tercer adquirente que adquirió la propiedad del contratante cuyo contrato adquisitivo luego se resolvió, adquirió *a domino*, y debiera por tanto ser ajeno a cualquier pretensión del primer enajenante. Sin embargo, y me remito a lo ya dicho al tratar de los efectos frente a terceros de la rescisión, también aquí la mala fe del tercer adquirente, conocedor de que con su adquisición frustraba la expectativa readquisitiva de un tercero, perjudica su posición, hasta el punto de quedar sujeta su adquisición a la facultad readquisitiva del primitivo enajenante. Una vez más, la idea latente de penalizar al adquirente que conscientemente frustra el derecho o la expectativa adquisitiva de un tercero (arts. 1473, 1295.2), hace que un sujeto carente de titularidad real –el primer comprador, quien rescinde o resuelve un contrato– pueda imponerse a un titular real con el que no le ligaba vínculo jurídico alguno.

Dos puntos me parece importante mencionar antes de terminar este punto. En primer lugar, que a efectos de la protección del ter-

⁶⁸ La idea de que la resolución tiene efectos meramente obligacionales, también en cuanto a la readquisición de los bienes transmitidos, no es coherente con un sistema causal, sino con uno abstracto, en el que la transmisión es independiente de la obligación que la funda. De hecho, no es de extrañar que el Derecho alemán, caracterizado por la abstracción, haya configurado la resolución como una figura de eficacia exclusivamente obligacional que no da lugar a efecto real alguno (*vid. MEDICUS, Schuldrecht*, I, Munich, 2004, marg. 543a).

cero en caso de resolución por incumplimiento, se entenderá de mala fe no al que simplemente conoce que el contrato del que trae causa su transmitente se encuentra pendiente de cumplimiento, sino a quien conoce que ese contrato ha sido efectivamente incumplido⁶⁹. Y en segundo lugar que, lo mismo que sucede en materia de rescisión, y conforme con el principio general ya citado de equiparación a estos efectos de las adquisiciones de mala fe y las lucrativas, se considerara de mala fe al tercero que adquirió en virtud de donación, legado u otro negocio que carezca de contraprestación.

6. CONCLUSIÓN

Resumiendo lo hasta ahora dicho, se puede decir que el Derecho español presenta un rasgo característico, resultado de una particular ponderación del criterio de buena fe en las relaciones jurídicas: el artículo 1473 de forma paradigmática, pero también los artículos 1295.2 y 1124.4, recogen la idea de que quien adquirió un bien conociendo que con su adquisición frustraba una titularidad obligacional o una expectativa adquisitiva de un tercero, pese a adquirir la propiedad, se encuentra sujeto a la pretensión o expectativa que pretendió defraudar. En el caso concreto de la doble venta, se trata de una regulación peculiar en Europa, que en cierto modo anticipa la solución que hoy buscan otros ordenamientos por medio de la llamada «tutela aquiliana de los derechos de crédito»⁷⁰.

A mi juicio, los artículos citados no son reglas excepcionales y aisladas, sino que la condena a la mala fe que determina sus soluciones actúa en nuestro ordenamiento con la fuerza expansiva de un principio general, sirviendo de *ratio decidendi* para la resolución de casos similares carentes de previsión legal. Y así, no sorprende que la jurisprudencia, en el conflicto entre el titular de un derecho de opción no inscrito y un tercero que adquiere el bien objeto de la opción conociendo ese derecho –supuesto en que tam-

⁶⁹ MIQUEL, «Comentario a la STS de 5 de mayo de 1983», *CCJC*, 3, p. 726; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, 1985, p. 277; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, p. 725.

⁷⁰ Ya he señalado como en Austria, Holanda, Suiza y, en menor medida, en Alemania, una serie de autores y una corriente jurisprudencial buscan llegar a la misma solución española en caso de venta a un segundo comprador de mala fe concediendo al primer comprador contra el segundo la acción de daños extracontractuales, a la que ligan una ejecución *in natura*, es decir, la posibilidad de exigir la entrega del bien vendido. *Vid.* sobre ello en Alemania el extenso trabajo de MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, Berlín, 2002, *passim*. En España, sobre la tutela aquiliana del crédito, y enmarcando en este contexto el artículo 1473 y la acción pauliana, PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Madrid, 2005.

bién se da un conflicto entre el titular de una expectativa adquisitiva y un tercer adquirente de mala fe—, otorgue su protección al titular de la opción, permitiendo que su acción, meramente personal, alcance en este caso al tercer adquirente⁷¹. Una adecuada ponderación de los intereses en juego habrá de determinar en qué otros casos, por existir identidad de razón con los previstos en la ley, la regla de desprotección del adquirente de mala fe cuya conducta pueda tacharse de colusoria ha de actuar como criterio decisorio. No se trata sino de llevar a la práctica lo que Ihering planteó en su día, cuando auguraba «que la extensión de la *actio in personam* al adquirente *mala fidei* del objeto de la obligación, llegaría a ser, dentro de no mucho tiempo, Derecho vigente»⁷².

⁷¹ Así, en primer lugar, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1990, que entiende que el titular de un derecho de opción no inscrito, al que la Sentencia atribuye naturaleza puramente obligacional, puede ejercitar ese derecho contra el tercero que adquirió e inscribió el bien conociendo que al hacerlo perjudicaba la expectativa del optante.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1997, en un caso idéntico, volvió a fallar a favor del optante y en contra del tercer adquirente de mala fe, razonando que «el principio de relatividad de los contratos, en cuanto a sus límites subjetivos, ha sido mitigado en su rigidez por la doctrina de esta Sala», y concretando que «existiendo un contrato de opción y conocido por la recurrente —conforme hecho probado firme— en el momento de la incorporación de las dos fincas a su haber social no le asiste condición blindada de tercero de buena fe, ajeno a la relación de opción, la que le afecta».

Y de nuevo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1998, que entienden que al tercero de mala fe se le impone el cumplimiento del contrato de opción celebrado por su transferente.

Comentando la primera de las tres Sentencias citadas, decía Cañizares Laso que, pese a que el Tribunal Supremo no mencionaba en su argumentación la condena de la mala fe, la solución a la que llegaba sólo era justificable por la relevancia de la mala fe del adquirente, y por analogía con la norma del artículo 1473. Con todo, la autora planteaba sus dudas sobre si se podía equiparar a estos efectos una situación en que existe una compraventa perfeccionada, como se da en la doble venta, con otra en que sólo hay un derecho potestativo aún no ejercitado (CAÑIZARES LASO, «Tanteo y opción. Frustración del interés del titular del Derecho —Comentario a la STS 24.X.1990», *ADC*, 1991, pp. 921 ss., 935).

⁷² IHERING, *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Madrid, 1987, p. 270 nota 2.