

Desde la teoría del “título y modo” al llamado “principio del consentimiento”⁽¹⁾

I

ÁMBITO Y FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA

Los jurisconsultos no estaban conformes, ni mucho menos, al determinar el campo peculiar de su aplicación. Hugo circunscribía el alcance del dogma a la *tradición*, Thibaut lo extendía a la *tradición* y a la *usucapión*, la doctrina más admitida regulaba como consecuencias de tales principios los distintos casos de adquisición *derivativa* de la propiedad, Gesterding suprimía esta restricción y aplicaba el dogma a todas las adquisiciones originarias o derivativas de la misma (2). Höpfner subordina a la técnica de título y modo las adquisiciones de cualquier derecho real y, en fin, como

(1) Véase el núm. 2.º de esta Revista, págs. 81 y siguientes.

(2) Claro que con atenuaciones. En el segundo capítulo de su «Lehre vom Eigenthum»—Greifswald, 1817—dice que para adquirir la propiedad se necesita persona, cosa y un acto por el que el sujeto se apropia el objeto, o sea un *modus adquirendi dominium* del cual se distingue el título jurídico o la posibilidad de adquirir por medio de aquél. Esta posibilidad se funda en la ley que hace adecuado tal acto para la adquisición del derecho. En ciertos casos, además de este título general, se necesita otro especial, un negocio jurídico que justifique la adquisición. Esto sucede en la tradición y en la ueucapión. Corrientemente se necesita para adquirir la propiedad un acto dirigido a este fin (toma de posesión o traspaso); pero hay supuestos en que se adquiere por ministerio de la ley (*transitus dominii legalis*), como son: los de legado, donaciones *mortis-causa*, reservas, etc.

se ha indicado, Wolf, Nettelbladt, Dabelow y Gross la aplican con carácter general a la adquisición de un derecho cualquiera.

Tampoco hay igualdad, ni siquiera analogía, en los fundamentos de la doctrina.

Parte Wolf de que en el mundo sólo sucede lo posible para encontrar siempre el título y el modo en la relación metafísica de lo posible a lo efectivo.

Daries los cristaliza en forma silogística: la premisa mayor contiene el *título* (por ejemplo, quien se apropiá una cosa *nullius* adquiere su dominio), la menor el *modo* (Ticio la ha ocupado), y la conclusión deduce el resultado adquisitivo (Ticio es el dueño de la cosa ocupada). En la primera proposición se acredita una facultad, en la segunda un hecho, en la tercera el derecho adquirido.

Por este camino llegamos fácilmente a otra generalización. El título, de carácter eminentemente racional, es el alma; el modo, concreto y real, el cuerpo, y para perfeccionar la adquisición por el hombre de un derecho necesitaremos un elemento espiritual y otro ostensible, material (1). En el ejemplo propuesto, la *occupatio* = *animus occupandi* + *corpus*.

Sobre un terreno más jurídico: la doctrina tradicional sostiene que el natural desarrollo de cualquier título o relación patrimonial del hombre a la cosa (*jus ad rem*) se transformaba en un derecho real (*jus in re*) mediante la toma de posesión. En este caso, la fórmula es la siguiente: *Occupatio* = *jus* + *possessio*.

Y, en fin, no faltaba quien exigiera siempre para constituir el derecho de propiedad u otro cualquiera real un contrato previo engendrador de derechos personales, que pasaban a reales mediante el *modus*. La explicación misma se explica aceptando como base contractual el tácito consentimiento de los demás (*tacitus ceterorum consensus*). Es decir, puesto que el derecho real es la suma de contrato y modo, en la ocupación tendremos: propiedad = *tacitus consensus* + *modus*.

(1) Indudablemente toda relación jurídica, y muchos más los derechos ejercitables *erga omnes*, como los derechos reales, necesitan una *publicidad* material (*actus externus*), y así lo reconocieron juristas como Grocio y Pufendorf, que no aceptaban la teoría del título y modo.

II

EL TÍTULO COMO CAUSA DE LA TRADICIÓN

Dejando a un lado las exageraciones de escuela, que no resisten a la más ligera investigación jurídica, vamos a concretar nuestro examen a la teoría, todavía corriente en España, que presupone en toda adquisición derivativa de la propiedad por acto *intervivos* la existencia de un *justus titulus* o justa causa de tipo objetivo, substancial y obligatorio.

La Glosa, al comentar el conocido texto de Paulo «La mera tradición no transfiere el dominio si no fuere precedida de venta u otra *justa causa*, por cuya virtud se realice la tradición» (1), advirtió el inevitable choque de esta afirmación con los desarrollos de la *condictio*, que dan por efectuado el paso de la propiedad, aun cuando el transferente obrase equivocadamente; por ejemplo: si pagase una cosa que no debía. El peligro se conjuró con la admisión de la causa presunta (*justa causa putativa*), de un cierto carácter objetivo, que Landsberg excusa indicando que Accursio no había profundizado la materia ni agotado las consecuencias (2).

Posteriormente, al puntualizar los requisitos para la validez de la tradición, se enumeraban la donación, venta, mutuo, pago, etcétera, como *habiles causae*, y se desechaban por *mhábiles* el precario, comodato, depósito, prenda, etc. Y como las primeras acreditan y exteriorizan la voluntad de transferir, mientras las últimas demuestran lo contrario, el análisis jurídico percibió que unas y otras eran meros elementos interpretativos, signos visibles del respectivo acuerdo de transmitir o guardar.

Así, Donello (3), después de haberse preguntado si, además de la entrega y del acuerdo de transmitir, se necesita un tercer requisito, contesta que la causa sirve únicamente para confirmar y exte-

(1) Ley 31 pr. D. adq. rer. dom. 41., 1, ya transcrita.

(2) Die Glosse des Accursius, pág. 107.

(3) V. los textos en Hofmann, op. cit., pág. 60.

riorizar la voluntad, y no importa nada el que exista, en realidad, o tan sólo en la opinión del *tradens*.

Del mismo modo Regenbrecht (1) decide que la transmisión de propiedad se deduce del negocio íntegro, y rechaza la necesidad de una *causa præcedens* refiriéndose a la donación, que no la necesita, y al mutuo, que exige la transferencia de la cosa prestada para que surja la obligación. Discípulo de Savigny, esboza ya la idea del *contrato real* o acuerdo de voluntades dirigido a la transmisión de la propiedad o derecho, y explica la particularidad de que los jurisconsultos prescindan de la causa en la *mancipatio* y la recuerden constantemente en la *traditio*, por la sencilla razón de que la *mancipatio* siempre provoca la transferencia del dominio, mientras la entrega de la cosa es ambigua, y sólo examinando la causa (2) podemos discernir si cambia la posesión únicamente (3) o se transmite con ella el dominio.

Casi al mismo tiempo que se preparaba la disertación últimamente citada, otro discípulo de Savigny, el profesor Warkonig, desenvolvía en sus lecciones estas ideas, que más tarde condensó en un artículo sobre el concepto de la justa causa en la tradición (4).

En él sostiene que los jurisconsultos romanos nunca exigieron como justa causa para la tradición, ni un crédito dirigido a la transferencia de la propiedad, ni un negocio válido, si bien no pue-
de negarse que, en muchos supuestos, la causa se funda en crédito o negocio. La justa causa más bien consiste en un hecho que prueba, al adquirente, la voluntad manifestada por el actual propietario de transferirle su derecho y justificar la posesión conser-
vida. De otro modo, la obligación de transmitir dependería inme-
diatamente del vínculo que se supone contraído, y la no existen-
cia de éste impediría la transmisión. Ahora bien, la transferencia
de la propiedad mediante la tradición, en cuanto el tutular actual
quiere transmitir su derecho a otro, es independiente de la obliga-

(1) *Com. ad leg. 36 Dig. de acq. rer. dom., etc.*, 1820, cit. por Hofmann.

(2) *Quo animus dominii transferendi ostenditur*. Cómo se exterioriza el ánimo de transferir por la causa, la llama *indicio*.

(3) P. ej., en el caso de prenda, depósito, contrato, etc.; es decir, en las llamadas causas *inhábiles*.

(4) *Bemerkungen über den Begrif der justa causa bei der Tradition*. Publicado en *Archiv für die Cir. Praxis*, Bd. VI, 1823, págs. 111-134.

ción, que acaso la acompañe, y tiene lugar aun cuando ésta no exista.

III

ARGUMENTACIÓN DE LA ESCUELA DE SAVIGNY

Como pruebas corrientes de su afirmación, aduce Warkoniq las siguientes :

1.º El célebre pasaje de Juliano sobre el error en la causa de la transferencia : «Cuando estamos conformes en lo que se ha de entregar (*corpus quidem quod traditur*), pero disentimos en las causas, no veo por qué ha de ser ineficaz la tradición, como si yo creyere que estaba obligado por testamento a entregarte el predio y tú estuviéres que te lo debía por estipulación ; porque, aun si te entregara una cantidad con intención de donar y tú la recibieras como prestada, consta que pasa a ti la propiedad, y no hay impedimento en que disintamos acerca de la causa de dar y recibir» (1).

Bien es verdad que el segundo ejemplo parece contradicho expresamente por Ulpiano : «Si como donante (*quasi-donaturus*) te diere dinero y tú lo recibieres como mutuo (*quasi mutuum*), escribe Juliano que no hay donación ; pero veamos si existe mutuo. Y creo que tampoco lo hay, y que más bien el dinero no se hace del que lo recibe, porque lo ha recibido en otra creencia (*opinione*)» (2). Pero aun los autores que exigen *justa causa* siguen a Juliano, y por la mayoría se admite que el error *in causis tradenti et accipiendo* no impide, en el derecho romano, el tránsito de la propiedad.

2.º También pueden alegarse como pruebas la *condictio indebiti* y la *condictio sine causa*. En la primera, el pago de lo indebido origina la transferencia, es decir, que ésta se funda precisamente en el error, y no en la obligación o en el negocio, puesto que no existen o son ineficaces. Por virtud del segundo supuesto

(1) L. 36 D. de adq. rer. domi. 41, 1.

(2) L. 18 pr. D. de rebus cred. 12, 1.

adquiere el marido la propiedad, aunque el matrimonio sea declarado nulo, y a pesar del principio *sine matrimonio nulla dominio intelligitur*.

3.^o Si por dolo o violencia se realiza una transferencia, la convención, cuando se trate de un *bonae fidei contractus*, es nula, y, sin embargo, la tradición puede conferir propiedad al *accipiens*. De la misma manera pasa por virtud de causa torpe el dominio, aunque el negocio jurídico carece de validez.

4.^o Diversos casos, en los cuales alguien compra para otro, o para sí en nombre de otro, o con dinero ajeno, demuestran que la transferencia de la propiedad por tradición no puede considerarse como el natural resultado del crédito dirigido a tal finalidad. La persona a quien se entrega directamente la cosa con ánimo de hacerla propietaria adquiere, aunque ni siquiera *exista una causa futuriva*, porque ambas partes deban saber que no cierran un negocio válido (1).

5.^o En fin, existen múltiples casos en los que nace el negocio jurídico mediante la tradición, sin que al efectuarla se concentre la atención sobre aquél. Tales son: el mutuo, los contratos innombrados que principian con una entrega (*dare*), a la cual sigue la *obligación*. Se ha creído explicarlos con una obligación natural precedente; pero en los juristas romanos no se encuentra la menor huella de esta figura.

Cuando, prescindiendo de toda legislación positiva—continúa Warkönig—, nos preguntamos por la razón que hace dueños a los otros de los derechos que les transferimos, los juristas y los profanos responderán que es la voluntad de aquél a quien el derecho pertenece, que puede transferirlo, y, efectivamente, lo transfiere. Pues en todo derecho yace como esencial la facultad de disponer del titular, la libertad de usarlo y la de abandonarlo a favor de un tercero. Por eso, la escuela del derecho natural llega a despreciar la tradición, y confiere plena fuerza transmitiva a los contratos de enajenación, sin reparar en que el *negotium alienationis*, distinto de la *conventio de dominio transferendo*, responde a la

(1) V. Ley VI, C. Si quis alteri vel sibi sub. 4, 50. Ya la Glosa había tratado de vencer la dificultad, afirmando que el dominio se transfiere por un contrato inútil, cuando el marido compra y adquiere la posesión, extendiendo el instrumento a nombre de la mujer.

seguridad del comercio y exterioriza la voluntad de abandonar el poder de hecho sobre la cosa por parte del *tradens*, para colocar al adquirente en esa ventajosa situación. El hecho de la entrega es la prueba y la garantía de que el propietario no sólo ha querido enajenar, sino que, efectivamente, ha enajenado.

¿Pero la simple entrega de una cosa implica siempre transmisión de propiedad? Ciertamente que no, y de ahí la necesidad de analizar otros datos que acrediten la extensión de la voluntad del transferente (compra, donación) y justifiquen la adquisición (*justa causa*). Que ésta sea un deber del *tradens* anterior o simultáneo a la tradición, que se cierre o no un acto jurídico válido por medio de ella, resulta indiferente, siempre que aparezca clara la voluntad de realizar el acto transitivo.

IV

LOS GRANDES MAESTROS

A mediados del siglo (1) presenta Winscheid la teoría de la *presuposición*, la más genial creación del principio de la dogmática jurídica (2), cuya influencia en el desenvolvimiento técnico del derecho moderno, aunque no decisiva, es innegable. La presuposición (*Voraussetzung*) es una limitación de la voluntad, que no alcanza la categoría de condición. Quien presta su asentimiento a un acto jurídico, bajo presuposición, justifica la existencia formal del mismo, aun cuando, si falta la presuposición, pueda defender sus intereses con acciones o excepciones que para el caso se le conceden (3).

En tal sentido, la transferencia de la propiedad puede efectuar-

(1) Las ideas que desenvuelve la monografía *Die Lehre des ronischen rechts von der Voraussetzung*—Düsseldorf, 1850—se hallaban en germe en otro libro de Winscheid sobre la teoría de la invalidez de los negocios jurídicos, según el Código Napoleón, publicado en 1847.

(2) Son términos de los comentaristas italianos de las Pandectas, tomo I, pág. 1.035.

(3) En las fuentes romanas se encuentra la *exceptio doli*, o *in factum concepta*; la *condictio*, etc.

se con ánimo de donar, pagar, engendrar una obligación, provocar una contraprestación, cumplir una condición impuesta en otro acto jurídico, favorecer el ejercicio de una facultad, crear una situación especial..., y resulta mezquina la tradición tricotómica *animus donandi, solvendi, credendi*. En todos estos casos, el efecto transitivo se produce como inmediatamente querido, a pesar de que falte la presuposición (por ejemplo, cuando se paga una deuda que ya estaba pagada, o se entrega una cosa para cumplir una condición establecida en un testamento revocado), claro está que sin perjuicio de las acciones por pago de lo indebido, enriquecimiento ilícito u otras análogas que pueden corresponder al *tradens*.

Aunque publicado en 1853, el «Tratado de las Obligaciones» de Savigny nos expone ideas originales, enseñadas hacia más de treinta años por el ilustre maestro, y que sus discípulos (1) habían lanzado a los cuatro vientos durante el primer tercio del siglo; pero es tal la precisión con que están expuestas y han causado tal impresión en las escuelas y en las esferas legislativas, que, a riesgo de repetir conceptos, vamos a traducir los párrafos que dedica a la tradición al estudiar sus analogías con la estipulación:

«En cuanto a la tradición, la *justa causa* no tiene la significación que ordinariamente se la atribuye. Autores modernos en gran número han entendido los textos citados (2) como si fuese necesario que la tradición se hallase precedida de una obligación adecuada, o, como se puede decir, que la tradición fuese un pago (*solutio*). Se ha invocado en apoyo de esta interpretación la expresión *præcesserit*, cuyo verdadero sentido mostraremos en seguida. Pero el texto no dice una palabra de obligación, y hay casos de tradición, incontestablemente eficaces, en que no se encuentra huella de obligación. Si pongo una limosna en mano de un mendigo, la propiedad de la moneda se transfiere por tradición, y, sin embargo, no se descubre en el acto ninguna obligación anterior ni posterior. Lo mismo cuando una persona me suplica que le preste dinero y yo le pongo en la mano la cantidad pedida sin haberme comprometido por medio de un contrato.»

«La verdadera significación de la *justa causa* es más bien la si-

(1) Segundo hemos visto en Regensbrecht y Warkönig.

(2) Alude a los textos de Ulpiano, Gayo y Paulo, más arriba transcritos.

guiente: cuando se realiza una entrega se puede perseguir fines muy distintos. Se puede dar una cosa en alquiler, en custodia o en prenda, y en este caso no hay transferencia de propiedad (1). Pero también se puede entregar como consecuencia de una venta, de una permuta o en los ya citados casos de donación o préstamo, y en todos ellos hay transmisión de propiedad. ¿En qué consiste la verdadera diferencia entre estas dos especies de casos? Unicamente en que en los últimos el propietario anterior quiere transferir su propiedad, y en los primeros, no. De aquí se deduce que la tradición transfiere la propiedad por la voluntad concordante de ambas partes contratantes, pero no cuando falta esta voluntad» (2).

«Esta decisión consta textualmente en un pasaje de Gayo y en otro de la Instituta, que solamente exigen la voluntad sin decir una palabra de la *justa causa*.»

«Cómo conciliar estas declaraciones con las más arriba citadas que exigen la *justa causa* al lado de la tradición? (3). Podría creerse en una divergencia de opiniones entre los antiguos jurisconsultos; pero esta explicación debe ser rechazada, porque en las dos series de testimonios encontramos a Gayo. Podría decirse que la *justa causa* no es otra cosa que el *animus transferendi dominii*; pero no puede sostenerse seriamente la exactitud de esta alegación. He aquí cómo debe apreciarse la materia.»

«Si fuera corriente decir expresamente al operar la tradición: *este acto transfiere (o no) la propiedad*, la transmisión (o no transmisión) de la propiedad se encontraría por esta sola circunstancia, y sin necesidad de otro examen, decidida segura y completamente. Pero precisamente una declaración de ese género se usaba tan poco entre los romanos como entre nosotros: puede asegurarse que

(1) En la mayor parte de los textos, y sin ninguna inexactitud de lenguaje, la expresión *traditio* se aplica a la transferencia de la posesión jurídica o de la que da los interdictos, en la que entra la prenda. Pero varios textos la emplean también al hablar de la transferencia de la mera detención, como en el caso de alquiler, depósito.

(2) La tradición misma es, pues, una verdadera convención; sólo que no es una convención obligatoria, sino real; es preciso distinguirla bien de la convención obligatoria (venta, cambio, etc.), que puede servirla de base, en efecto, y la precede.

(3) L. 93 de adq. rei dom. 41, 1. Gayo, «nihil enim tam conveniens est naturali aequilati quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberin».

era demasiado abstracta, demasiado teórica para un acto tan natural como la tradición. No queda, pues, más que un medio para guiarse con certeza en los casos dudosos: escrutar las circunstancias que rodean el acto, la intención, la finalidad perseguida por las partes en la operación a que corresponde la tradición. Ahí yace la verdadera significación de las palabras *justa causa*, porque siempre se podrá reconocer con certeza si la intención de las partes iba dirigida hacia una translación de propiedad (como en la venta o en la permuta), o no (como en el alquiler y el depósito). Desde este punto de vista puede también justificarse la expresión *præcesserit* sin recurrir necesariamente a la idea de una obligación, aunque la obligación preexistente sea el caso más frecuente y el más importante. Cuando doy limosna a un mendigo, la intención de donar precede evidentemente a toda manifestación, a todo acto exterior. Yo, donante, tengo esta intención antes de donar, y puesto que esta intención, según su naturaleza, se dirige a la transmisión de la propiedad, sirve de *justa causa* a la tradición consiguiente.»

«De esta explicación de la *justa causa* resulta que los textos citados más arriba no están en contradicción, sino que coinciden e indican la operación desde distintos puntos de vista. Varios de ellos exigen para la tradición la intención de transferir la propiedad (1), y centran en ella directamente la esencia de la operación. Los otros exigen una *justa causa* (2), y designan de este modo el signo exterior de la intención por cuya virtud la tradición se realiza. El verdadero sentido de las dos series de textos es, pues, absolutamente el mismo» (3).

«Por esto se explica también que la necesidad de una *justa causa* se haya indicado para la tradición y no para la mancipación. Se la exige en la tradición, porque la intención de transferir la propiedad de ordinario no se manifiesta textualmente. En la emancipación, al contrario, la expresión claramente definida de esta intención constituía precisamente una parte esencial de la fórmula. Era necesario que el nuevo adquirente dijese: *Esta cosa es desde ahora mía, porque la he comprado con esta moneda*; enton-

(1) V. el texto de Gayo, nota (3), págs. 177 y 178.

(2) Evíquense las citas de la nota (2), pág. 177.

(3) Savigny recuerda aquí la opinión de Branchu

ces ponía la pieza en la mano del propietario precedente para perfeccionar la venta simbólica. En este caso, la indicación de la *justa causa*, de donde podría resultar la intención de transferir la propiedad, sería totalmente superflua» (1).

El eco de estas expresiones y la paráfrasis de estos conceptos se encuentran, salvo raras excepciones, en las obras de los jurisconsultos alemanes inmediatamente anteriores al Código civil. El contrato real de transferencia a que alude el maestro en una nota (2) y que define en su «Sistema de Derecho romano», será la piedra angular del derecho de cosas moderno.

Cuando convengo con mi panadero en que me suministre un pan de cuatro libras, se ocasionan tres contratos: uno *consensual* de compraventa y dos *reales* de transferencia de precio y cosa. El primero engendra obligaciones recíprocas, los últimos las extinguen al producir las respectivas transferencias. Si el uno provoca la transmisión de la cosa y del precio sin consumar los efectos reales, los otros consuman el tránsito sin crear relaciones obligatorias.

Por los mismos cauces de este modo abiertos marcha la monografía que Strempel dió a luz en 1856 sobre la *justa causa* en la tradición (3). Acumula en primer lugar los textos para demostrar que la *traditio* (*transdatio*) puede referirse a la mera detención, a la posesión jurídica, al derecho publicano y a la propiedad bonitaria, y cuando desaparece la quiritalia, a toda clase de propiedad (4).

Sostiene como probado que del dar y recibir una cosa, en la duda, debe inducirse la adquisición de la posesión jurídica, no lo menos (detención), ni lo más (propiedad) (5), y que para transferir ésta última por medio de un contrato sólo se necesita declarar la voluntad de dar y tomar el dominio, incorporándola en el acto

(1) *Le droit des obligations*, par M. de Savigny. Trad. par Gerardin. Jozan, 2.^o ed. Paris. Thorm, 1873, II, 422 y sig.

(2) La segunda de la página 178.

(3) *Ueber justa causa bei der Tradition. Versuch eines Beitrages zur Lehre des Eigenthums. Vertrags nach Róm. Rechte Wismar und Ludwigsburg. Hist. Hocb.*, 1856.

(4) Páginas 4 y 5, párrafo 1.^o *Bedeutung des Wortes Traditio*.

(5) Página 10, párrafo 2.^o *Regelmässige wirkung des Actes der Tradition*.

tradicional. En fin, para dejar la tesis de la no necesidad de la *justa causa* al abrigo de todo ataque, examina :

I. Las fuentes.

(A) En general.

(B) Algunas causas llamadas hasta ahora *justae causae*: (1) el préstamo, (2) el contrato innominado, (3) la dote, especialmente la constituida *ante nuptias*, (4) la donación, sobre todo la *mortis causa*, (5) la compraventa, especialmente cuando no se ha pagado el precio.

Y afirma que la transmisión de la propiedad depende siempre de la voluntad de las partes, y que las llamadas *justas causas* no producen por sí dicho efecto si no entrañan esa voluntad de transferir.

Después en la sección II se plantea el problema de si algunas causas impiden la transferencia de la propiedad sea :

(A) por un contenido como (1) la sociedad, (2) el arriendo, (3) la prenda, (4) el depósito, (5) el mandato y los parafernales, o sea :

(B) por virtud de leyes prohibitivas que decretan la nulidad de ciertas enajenaciones por *causa injusta* (donaciones excesivas entre cónyuges, etc.).

Y concluye que en aquellos tipos contractuales caben formas irregulares, transmisoras de la propiedad, y que la extensión de la prohibición de celebrar actos o negocios fundados sobre causa reprobada, a la misma tradición, como sucede en algunas ocasiones, no demuestra la necesidad de una *justa causa* específica para la validez del contrato transmisor.

Ihering encontrará la explicación de estos fenómenos jurídicos en la idea de la simplificación analítica de las condiciones legales que anima al Derecho romano. Por su virtud se aislaron de las condiciones legales propias de una relación jurídica los elementos necesarios para constituirla, adoptando la forma de principios y medios específicos con efectos independientes. Si para demostrar la adquisición derivativa de la propiedad hubiera que probar el derecho del transferente y el hecho de la sucesión, el ordenamiento jurídico sobre tal base constituido sería de lo menos práctico y de lo más expuesto a ocasionar penas y gastos. Para evitar estas consecuencias, el Derecho Romano apeló a la usucapión, a la acción publiciana... y sobre todo al medio, por excelencia interesante, de

la separación analítica del elemento causal, en la transferencia de la propiedad (1).

En la última parte de la monografía tantas veces citada, desenvuelve Hofmann la propia opinión sobre la necesidad de una justa causa en la tradición, partiendo de consideraciones fundamentales.

Los negocios jurídicos, dice, pueden ser estudiados desde distintos puntos de vista, y así como en un prisma de aspecto calizo, el matemático analiza la forma geométrica, y el químico la composición del cuerpo, mientras el naturalista examina el mineral espato calizo prismático; en una constitución de servidumbre a título lucrativo, un jurista puede enfocar abstractamente la constitución del derecho real, otro la donación implícita y un tercero la constitución de la servidumbre a título gracioso.

Una sistemática de los negocios o actos jurídicos descansará sobre el análisis de las características que ponen de relieve las siguientes preguntas:

Primera. ¿Qué sucede? (efecto del acto jurídico)

Segunda. ¿Cómo se produce? (forma).

Tercera. ¿Para qué se realiza? (fin); y

Cuarta. ¿Por qué se hace (motivo).

La última de esta características queda fuera del ámbito jurídico-civil. Así, un regalo de cosa transmitida por el rito de la *mancipatio* será:

a) Por sus efectos, una transmisión de propiedad.

b) Por su forma, una *mancipatio*; y

c: Por su fin, una donación; abstracción hecha de los motivos (compasión, orgullo, deber de conciencia. .) que lo hayan provocado.

El efecto y el fin presentan para nuestras indagaciones un valor excepcional, y debe observarse que, como el fin es un efecto buscado, el problema se desenvolverá sobre la relación de un efecto inmediato (constitución de servidumbre, transferencia de propiedad, giro de una letra, etc.), y otro mediato final (enriquecimiento, dote, pago, perfeccionamiento de un mutuo, etc.). Ambos efectos aparecen en relación de medio a fin, y éste con un doble aspecto:

(1) El espíritu del Derecho Romano Lib. II, tít. III, cap. II, 1, C 2, par. 65.

como subjetivo, impelente (*animus*) y como *objetivo*, a realizar (*causa*).

Llegado a este punto, y aprovechando las opiniones de su compatriota el austriaco Exner, aduce que la dependencia en que se halla la tradición, respecto de la justa causa, es completamente diferente en las relaciones entre la usucapión y la suya. En ésta, la *justa causa* tiene una virtud constitutiva: en aquélla, sólo la *injusta causa* obra impeditivamente. La justa causa en la usucapión es *objetiva*, en la tradición *subjetiva* y análoga en funciones a la buena fe del prescribente.

«La *causa traditionis* es, por lo tanto, una causa en sentido subjetivo, y verdaderamente causa en el sentido de fin (próximo), no en el sentido de motivo (lejano). La *justa causa traditionis* es, en una palabra, el *justus animus*. La transmisión de la propiedad es nula, cuando se realiza con intención ilegal (*injusto ánimo*).» (1).

Si la intención es *justa* o *injusta* se determinará, no por su valor ético, ni por su licitud jurídica *in concreto*, sino meramente por la relación abstracta y genérica de esta causa a la transferencia o a la adquisición.

V

EL GOLPE DE MUERTE

Cuando se procedía a la redacción del primer proyecto del Código civil alemán, la teoría del título y modo se hallaba pulverizada. Todavía eran objeto de discusión los diferentes matices de la doctrina examinada, y había un grupo que estimaba la causa requisito substancial de la tradición, si bien atenuando la teoría con la admisión de la causa *putativa*, otro que le confería como principal función la de exteriorizar la voluntad, un tercero que la identificaba con el consentimiento de transmitir y otros que buscaban una relación entre el acto de transferencia y los fines perseguidos que garantizase el valor ético de la tradición; pero se consideraba inagotable la lista de los antiguos *títulos*, se los separaba enérgicamente del acto real y se centraba éste sobre el acuerdo de las partes.

(1) Op. cit., pág. 104.

La voluntad, declarada *inter-vivos*, de que la propiedad se traspasa a otro, no basta como tal para efectuar la transferencia, dice el representante más autorizado de la dogmática alemana en aquellos tiempos (1). Debe (I) añadirse a ella la declaración de voluntad del que haya de adquirir la propiedad que se le transmite; en otros términos, el traspaso de la propiedad presupone un contrato de transmisión. Este contrato debe tener (II) cierta forma. Esta forma es la entrega (tradición) de la cosa. La voluntad dirigida a dar y recibir el derecho sobre la cosa, debe encontrar su expresión en el dar y recibir el cuerpo de la cosa.

Y contestando en nota a los escritores que negaban que la tradición pueda ser designada como forma del contrato de transferencia de la propiedad, añade: «No quiero disputar sobre esta expresión, aunque la tengo por adecuada. Lo esencial es que se reconozca que la tradición, esto es, la voluntaria realización de una relación de hecho (material) no es ninguna cosa que se añada al contrato de transferencia, que lo complete, sino una expresión necesaria. Es el mismo contrato, y si bien éste la precede, se repite en ella. El contrato de transmisión no expresado en la tradición, no tiene alcance jurídico y a todo más produce efectos obligatorios.» (2).

Con estas miras especulativas y con un doctrinarismo que, a muchos les pareció valiente y a no pocos temerario, la Comisión nombrada para redactar el expresado Código principió por admitir como base fundamental la independencia del llamado negocio real respecto de la causa obligatoria que lo motive. Si aquel acto jurídico se ha perfeccionado en forma legal, es válido y eficaz, aun cuando la base jurídica de la que se derive el deber de realizar tal acto jurídico (por ejemplo, la condonación, cesión, tradición, *auflassung*) no haya existido o sea nula, o las partes hubieran tenido en cuenta distintas causas. La revocación de los efectos del negocio

(1) Winscheid, Pand., 171

(2) La íntima unión de los momentos esenciales para verificar el cambio de titular no ha sido apreciada por los autores que equiparan la tradición y la entrega material. Para éstos, la posesión se añade al contrato o al título, y como aquélla es un elemento material que se esfuma en un símbolo consuetudinario, la energía jurídica se concentra en el título, única fuente y forma del derecho. Así, anota Hofmann, se aniquila el carácter ético de la tradición, y en cuanto se la ve reducida a una forma cadavérica, la jurisprudencia dice: no sirve para nada; está muerta.

real puede solamente ser reclamada en la medida prescrita por los preceptos sobre repetición de una prestación por enriquecimiento ilícito, es decir, por medio de acción personal (1).

Del lugar independiente que el Derecho de cosas ocupa en el sistema jurídico privado, se sigue necesariamente que la legislación debe plantear y desarrollar los actos jurídicos que sirven de medios al tráfico, independientemente de los actos peculiares de otras partes del sistema. Esta independencia tiene sobre todo una base histórica: entre los romanos se hizo patente en la *mancipatio* y en la *in jure cessio*, y más tarde en la *traditio*; entre los germanos, principalmente en la *Auslassung*. La doctrina común de los pasados siglos y las legislaciones nacidas bajo su influjo, se desviaron de este punto de vista, exigiendo expresamente para la adquisición del derecho real un título especial (título de adquisición, título jurídico, causa) unido a un modo de adquirir (*modus adquirendi*). Si este camino fuera el recto, conduciría a la consecuencia de que la nulidad del título impediría la modificación de la propiedad, y correspondería al enajenante la acción real para adquirir lo enajenado. Verdaderamente, sin embargo, se confería en los casos supuestos, cuando la voluntad de enajenar y adquirir había sido declarada conveniente por las partes, sólo una acción personal (*condictio*), e implicitamente se reconocía que el efecto real del negocio surgía con independencia del título.

Si, pues, la exigencia del título no tiene valor para la adquisición y pérdida de los derechos reales, la legislación debe abandonarlo, a menos de que no quiera correr el peligro de oscurecer la naturaleza de las relaciones jurídicas y amenazar la seguridad del comercio (2).

Los negocios reales se hallan en el proyecto ordenados puramente, según su propio fin. Este puede ser: constitución, gravamen, transferencia o extinción de un derecho real. Como contenido de estos actos, debe, por lo tanto, exigirse solamente la declaración de voluntad de las partes dirigidas a la finalidad específica de cada uno de ellos. Los negocios reales son necesariamente de naturaleza abstracta (3). La relación del contrato real al negocio obligato-

(1) Exposición de motivos del primer proyecto. Tomo II, pág. 3

(2) Exp. de mot. Tomo III, pág. 6.

(3) Ibídem, pág. 7.

rio es la que existe entre la prestación y sus motivos jurídicos. El contrato subsiste, aun cuando falten completamente sus motivos. El lesionado puede únicamente repetir lo prestado mediante la *condictio* (1).

Estas frases de la Exposición de motivos del Código civil alemán, que rivalizan en elegancia y profundidad con las transcritas al principiar este trabajo, de la Exposición de motivos de nuestra ley Hipotecaria, condensan los principios fundamentales de un sistema que ha enterrado definitivamente a la teoría del título y modo.

Podemos, por lo tanto, contestar a las preguntas que la carta del Sr. Pérez Pujol nos había sugerido, con las siguientes afirmaciones de los modernos civilistas:

Primero. La teoría del título y el modo en la forma que adoptó al terminar el siglo XVIII, no era romana.

Segundo. Lejos de haberse circunscrito a la adquisición derivativa de la propiedad y demás derechos reales, se extendió en algunos momentos a la originaria y aun a la adquisición de derechos familiares, etc.

Tercero. Los conceptos «título y modo» se hallan tan distantes lógicamente del principio de publicidad en las transmisiones, que el sistema inmobiliario alemán, absolutamente fundado en este principio, rechaza aquella teoría.

Cuarto. La afirmación de que la misma se impone a todo ordenamiento jurídico, por estar en el fondo de las cosas, es el resultado de un análisis precipitado e imperfección.

Pero hay más. Frente a esta técnica inservible y deficiente, se había levantado ya en el articulado de nuestra ley Hipotecaria la bandera del *consentimiento*, y el negocio jurídico de transferencia aparece en nuestro derecho anclado sobre el acuerdo del transmisor y del adquirente.

En otra ocasión pondremos de relieve estos desenvolvimientos de la doctrina española y el formidable avance de nuestro régimen hipotecario.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(1) *Ibidem*, pág. 9.