

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año XI

Mayo de 1935

Núm. 125

Justa causa traditionis

(Conclusión.)

INJUSTAE CAUSAE TRADITIONIS

Se trata de uno de los capítulos más interesantes de nuestro trabajo, ya que, si recordamos nuestra definición de justa causa, resultaba ser un concepto negativo, al que se llegaba por exclusión de las causas no justas.

Si se nos pidiera un concepto de *injustae causae traditionis*, nos veríamos precisados a recurrir a un criterio *a posteriori* y tendríamos que hacerlo remedando a L. 4, D., *Pro legato*, 41, 8, diciendo que *injustae causae traditionis* son las que *non sufficiunt ad traditionem*. Nos confirma en nuestra opinión, y nos dice que estamos en lo cierto, el apelativo que dan de *justissima causa traditionis* algunas fuentes (L. 1, D., *Pro dote*, 41, 9, y L. 3, § 1, D., *Public.*, 6, 2) a la dote, lo cual tanto quiere decir como que es la causa mimada por el legislador.

Sólo de esta manera encontramos la característica que domina toda la cuestión. Si se examinan las distintas injustas causas, se verá que tienen un contenido abigarrado y que en ellas se puede establecer la siguiente sistemática:

1) Causa injusta que ha quedado en vigor por una reminiscencia histórica (la contenida en § 41, *Inst.*, II, 1, relativa a la compra *pretio non soluto neque credito*).

2) Injusta causa que envuelve un *furtum*; es el caso del *falsus*

creditor, que recibe lo indebido a sabiendas que lo es (L. 18, D., 13, 4 y L., 43, pr. D., 47, 2).

3) Las llamadas propiamente *injustae causae*, que, a su vez, se diversifican en: A), las que son *injustae*, atendiendo a la misma causa (*donatio inter virum et uxorem*, *lex commissoria*, transacción sobre cosas en que está prohibido), y B), las que lo son por ser hecha la tradición por persona inidónea (casos de los SS. CC. Macedoniano y Veleyano y de la *Oratio Severi*).

4) Casos especiales y dudosos (repetición de lo pagado en juego y apuesta prohibidos, *donatio inmodica*, *usurae supra modum* y *honorarium advocati supra modum legitimum*).

Ya hemos hablado con cierta extensión del caso de compraventa *pretio non solutio neque credito*. A lo dicho allí nos remitimos. Sólo por exigencias del plan trazado se trae de nuevo aquí este asunto.

Un caso por completo distinto del anterior es el del *falsus creditor*, que, a sabiendas de que lo es, o quizá habiéndolo provocado, recibe un pago del deudor.

Desde el punto de vista de Ulpiano (de quien proceden textos citados después) se comprende por sí misma la nulidad de la tradición, porque uno, el deudor, paga *animo solvendi*, mientras el *accipiens*, *falsus creditor*, no recibe lo pagado con el ánimo correspondiente. La *solutio*, en realidad, es un contrato de cambio en que ambas partes dan y reciben algo (de presente o ya en el pasado). En cambio, en este caso que tenemos ante nuestra consideración no ocurre esto, porque el *accipiens* sólo tiene intención de que todas las ventajas sean para él. Pero aunque se hiciera abstracción del punto de vista de Ulpiano, resultaría indudable la imposibilidad, en este caso, de una transmisión de propiedad.

Aquí es donde se ve con mayor claridad la flaqueza de la doctrina mantenida por Strempele y otros, que pretenden que hay transmisión de propiedad allí donde se da el *animus dominii transferendi et accipiendi*.

Resulta un verdadero sarcasmo, en frase de Hofmann, que se hable aquí de la existencia de acuerdo de voluntades, cuando entregando lealmente la cosa el *tradens*, existe, de otro lado, un *accipiens* que recibe de mala fe. Uno, quiere enajenar; el otro, robar. El *accipiens* sabe lo que quiere; el *tradens* finge querer lo mis-

mo, pero en realidad lo que quiere es distinto. No se da acuerdo de voluntades, ni hay contrato, ni transmisión de propiedad, sino solamente una apariencia de lo mismo.

Para Hofmann la explicación de la doctrina de Strempel está en que se mixtifican los errores *in causa* e *in motivo*. El motivo que quizá provoca la voluntad, una vez dada ésta, queda fuera y al margen de la misma la causa; en cambio, es una parte integrante del contenido del acuerdo de voluntades. El error en el motivo que provoca la voluntad no invalida ésta; no ocurre otro tanto con el error *in causa*, el cual es esencial e invalida la tradición.

Toda esta materia está presidida por dos textos de carácter general, pero suficientemente expresivos para que quepa lugar a dudas sobre su interpretación.

L. 18, D., *De cond. furt.*, 13, 1 (Scaevola, libro IV Questionum): «Quoniam furtum fit quum quis indebitos nummos sciens acceperit» (1).

L. 43, pr. D., *de furtis*, 47, 2 (Ulpianus, libro XLI ad Sabinum): «Falsus creditor hoc est, is qui se simulat creditorem, si quid acceperit furtum facit, nec nummi ejus fient» (2).

Dentro del marco que dan las fuentes citadas, se pueden distinguir dos casos:

O bien existe en la realidad una deuda, pero un tercero, haciéndose pasar por acreedor, recibe el pago en vez de éste,

O bien el deudor paga a quien cree su acreedor, cuando en realidad debe a otro, o no debe a nadie; el supuesto acreedor conoce el error, quizá le ha provocado y recibe la suma.

En el primer caso no hay dificultad; hay un error esencial en la persona del acreedor y la tradición resulta nula en todo caso.

En el segundo, el tradente no se equivoca en la persona del acreedor, sino que piensa cumplir una *obligatio* que no existió para con el *accipiens*.

Con arreglo a la doctrina de la *condictio indebiti*, este error resulta sin importancia respecto de la validez de la tradición; debe-

(1) L. 18, D., 13, 1: «Porque se comete hurto recibiendo alguno a sabiendas cantidad indebida.»

(2) L. 43, pr. D., 47, 2: «Falso acreedor es aquel que se hace pasar por tal; si recibiere algo, hace hurto y las monedas no se hacen suyas.»

ría, sin embargo, ser eficaz conforme a esos principios generales. Es lo que sostienen algunos, entre ellos Strempel (pág. 32).

Aunque estos autores relacionan el texto L. 18, *in fine*, D., 46, 3, con el primer caso, podría quizá más bien aducirse en favor de lo que sostienen en relación con el segundo.

«Nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret deinde Titium vetuero accipere, idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur et Titius furti actione tenebitur» (1).

Se ve que es un caso en que hay un *falsus creditor*, al que el deudor paga creyendo liberarse en sus manos. No hay, como en el primer caso propuesto, una simulación de personas; el falso acreedor no se hace pasar por el verdadero. No hay error *in persona*.

Por eso resulta grave, para el punto de vista que sostenemos, el que se diga por ese texto de Ulpiano: *ad Sabinum, debitor liberabitur*, porque eso tanto vale como reputar válida la tradición. Pero la cuestión vuelve al punto de origen en un texto de Africano, que expone este mismo caso y lo explica:

L. 38, § 1, D., *hoc.*, título XLVI, 3, Africanus, libro VII, *Quaestionum*: «Si debitorem meum iusserim Titio solveret, deinde Titium vetuerim accipere, et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit ut eos lucretur; alioquin quoniam furtur eorum sit facturus, mansuros eos debitoris; et ideo liberationem quidem ipso jure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurrit acquum esse si paratus sit conditionem furtivam, quam adversus Titium habet mihi praestare... (2).

(1) L. 18 *in fine*, D., 46, 3: «Porque también si yo le hubiere mandado a mi deudor que le pague el dinero a Ticio, y después yo le hubiere prohibido a Ticio que lo reciba, e ignorándolo el deudor lo hubiere pagado a Ticio, que simulaba que era procurador, quedará libre el deudor y Ticio estará sujeto a la acción de hurto.»

(2) L. 38, § 1, D., 46, 3: «Si yo le hubiere mandado a mi deudor que le pagase a Ticio, y después le hubiese prohibido a Ticio que cobre y el deudor le hubiere pagado ignorándolo, estimó que él quedaba libre, si Ticio no hubiere recibido el dinero con la intención de lucrarse con él; de otra suerte, comoquiera que se habría de cometer hurto de él, permanecerá siendo del deudor: y por esto ciertamente no puede tener de derecho lugar la liberación respecto al deudor, pero es equitativo que se le auxilie con excepción si estuviera dispuesto a concederme la condición por el hurto que tiene contra Ticio...

Lo cual quiere decir que, en el caso propuesto, que es el mismo que el de 1, 18, D., 46, 3, no se libera el deudor como quiera, sino si se da la circunstancia de recibir el pago *Titius* acreedor sin ánimo de lucro, es decir, cuando no se dé el *animus furandi*. *Alioquin*, de otra suerte, existiendo un hurto en la aceptación del pago por el acreedor Titio, quedarán en propiedad del deudor las cosas pagadas, aunque hubieren sido entregadas. Y como para remachar bien el clavo, se añade que por consideraciones de equidad se dará excepción al deudor que no se libera si está dispuesto a ceder al acreedor delegante la *condictio* furtiva que posee contra Titio.

Condictio furtiva; luego no hay transmisión de propiedad, en virtud del aforismo *neminem nisi a fure rem sua condicere posse*.

Queda bien claramente sentado que existe un *furtum* en cada una de las dos hipótesis planteadas. En virtud de esta existencia de hurto se concluye que no hay transmisión de propiedad porque ésta no se adquiere cuando el *accipiens* tiene un *animus furandi*.

En este sentido es muy expresiva la nota 16 a la página 335 del libro de Exner, cuando dice que «sin razón busca Donello en la ausencia de voluntad de adquirir el fundamento de la invalidez de la tradición: el *fur* no adquiere la propiedad, *quia in accipientem quoque concurrere oportet dominii nanciscendi voluntatem. Quae voluntas ne in accipiente quidem ulla est sine justa causa*. Sólo que ciertamente no le falta al ladrón la voluntad; precisamente el que tenga esta voluntad (aquí ilícita) le hace ladrón».

Resulta, en definitiva, que no sólo hay hurto donde alguien se haga pasar por acreedor o por el acreedor o su representante, sino siempre que alguien acepta a sabiendas un indebido. Que no sólo no tiene lugar ninguna transmisión de propiedad, en los casos en que hay error *in persona*, sino también en los casos en que no hay tal error.

Donde hay *animus furandi* no puede haber transmisión de propiedad. Con esta fórmula hasta podemos aceptar la opinión de algunos, que aun aquí descubren un consentimiento o acuerdo de voluntades. Estos deben negar la transmisión de propiedad, porque esa voluntad o acuerdo de voluntades son injustos.

Tratemos ahora de las *injustae causae* propiamente dichas y

haciendo la distinción arriba indicada empezamos por las que lo son por la causa misma.

Donatio inter virum et uxorem.—Es el caso más importante y conocido que ha quedado como modelo de injusta causa. La tradición de las cosas por el marido a la mujer o viceversa, puede reunir todas las circunstancias necesarias a su validez y, no obstante, ser inválida precisamente por la causa misma, por ser una donación.

L. 3, § 10, D., *De donat. inter v. et ux.*, 24, 1 (Ulpiano): *Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem ut ipso jure nihil valeat, quod actum est. Proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quidquam valet* (1).

L. 3, § 11, eodem: *«Si quis igitur nummos uxori dederit non fieri ejus apparet, quia nihil corporis ejus fieri palam est»* (2).

L. 36, pr. eodem (Paulo): *«Si donatae res exstant etiam vindicari poterunt* (3).

En el mismo sentido, concediendo reivindicación de las cosas donadas, pueden comp.: L. 5, § 18; L. 33, § 1; L. 39 y L. 55, D., *De donat. inter v. et ux.* 24, 1.

Pero aun en el supuesto de ser donación *inter virum et uxorem*, hay casos marcados por textos en los que la tradición es plenamente válida.

L. 14, D., 24, 1 (Paulo): *«Quodsi vir uxori cujus aedes incendio consumptae sunt, ad refectionem earum pecuniam donaverit, valet donatio in tantum, in quantum aedificii exstructio postulat»* (4).

En el mismo sentido pueden verse: L. 13, § 1; L. 40 a 43; D., 24, 1; Ulp. frag. VII, 1, y L. 26, C. *De don. inter v. et ux.* 5, 16.

(1) L. 3, § 10, D., 24, 1: *«Pero se ha de saber que de tal manera está prohibida la donación entre marido y mujer, que de derecho no valdrá nada lo que se hizo. Por consiguiente, si fuera cosa corporal lo que se dona, ni la entrega tendrá valor alguno.»*

(2) L. 3, § 11, eodem: *«Así, pues, si alguno hubiere dado dineros a su mujer, es evidente que no se hacen suyos, porque es manifestado que ninguna cosa corporal se hace de ella.»*

(3) L. 36, pr. eodem: *«Si existieran las cosas donadas, también podrán ser reivindicadas.»*

(4) L. 14, D., 24, 1: *«Pero si el marido hubiere donado dinero a la mujer cuyas casas fueron destruidas por un incendio, para la reedificación de las mismas, es válida la donación en cuanto requiere la reconstrucción del edificio.»*

Pacto de ley comisoría en función de garantía prendaria.—Tiene la tradición un doble carácter: actúa sin limitación en orden a la constitución de la garantía, condicionadamente por lo que hace a la transmisión de propiedad. El pacto de ley comisoría funcionaba de la siguiente manera: el acreedor, al momento de la tradición, adquiría un derecho de prenda; posteriormente, si se cumplía la condición (falta de pago), adquiría la propiedad.

El pacto de ley comisoría es de los típicamente usurarios, por lo que Constantino dió una constitución aboliéndole.

L. 3, C. 8, 35: «Quoniam imper alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet, infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam abolere. Si quis igitur tali contractu laborat, hanc sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa, jubemus recuperare quod dederunt» (1).

Lo cual, en resumen, significa que el segundo efecto de la ley comisoría, el que había de producirse al cumplimiento de la condición, o sea la adquisición de la propiedad por el acreedor, queda impedido por la constitución citada, más concretamente por el ablativo oracional *re amissa*. El deudor tendrá, pues, una *reivindicatio* que, respecto del acreedor, le será poco útil por tener la *actio pignoratitia in personam directa*, pero que ganará importancia en cuanto haya terceros en posesión de la cosa dada en prenda.

Al igual que en el caso anterior, puede la tradición reunir todos los requisitos y, sin embargo, no ser válida por tratarse de *lex commissoria*.

Transacciones sobre alimentos.—Resultan prohibidas por la autoridad de un Senado-consulto dado en virtud de la *oratio* pronunciada por el emperador Marco, como se deduce de las palabras de L. 8, pr. D., 2, 15: *Quum hi quibus alimenta relicta erant, facile transigerent contenti, modico praesente, divus Marcus oratione in*

(1) L. 3, C. 8, 35: «Por cuanto entre otros engaños crece principalmente la aspereza de la ley comisoría de las prendas, ha parecido bien invalidarla, y que para lo sucesivo quede abolido todo su recuerdo. Así, pues, si alguno padeciera por tal contrato, respire por virtud de esta disposición que rechaza, juntamente con los pasados, los casos presentes y prohíbe los futuros. Porque mandamos que los acreedores, habiendo perdido la cosa, recuperen lo que dieron.»

Senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esse quam si auctore Pretore facta.

La transacción en materia alimenticia sin autorización del Pretor está prohibida; pero ¿qué sanción tiene esta prohibición para el caso de que, a pesar de todo, se hiciera una transacción?

L., 8, § 22, D., 2, 15: «Si quis de alimentis transigerit sine Pretoris auctoritate, id, quod datum est, in praeterita alimenta cedet; nec interest, tantum in quantitate sit debita, quantum datum est, an minus an plus; nam et si minus sit adhuc tamen id, quod in solutum datum est, in praeterita alimenta imputabitur. Sane si is qui de alimentis transegit, locupletior factus sit ea solutione, in id quod factus sit locupletior, aequissimum erit in eum dari repetitionem; nec enim debet ex alieno damno esse locuples» (1).

L. 23, § 2, D., *De cond. indebiti*, 12, 6: «Item si hoc transactionem alimentorum testamento relictorum datum ut apparet posse repeti, quod datum est, quia transactio Senatus consulto infirmatur» (2).

Ya en estos dos textos se ve una sanción de la transacción prohibida. Pero si fuera esta sola imputar lo dado en la cuota alimenticia debida y poder repetir por *condictio lo dado* excesivamente, o bien poder repetir por la *condictio indebiti* lo dado contra el SC., resultaría ser válida la transmisión de propiedad; válida, pero atacable o rescindible.

No obstante, aun hay otro texto que viene a echar por tierra los efectos de una tradición hecha en estas condiciones y a dar a los textos indicados más arriba solamente valor por lo que se refiere al pago de monedas que se consumen con sólo mezclarlas con las propias.

Si en vez de monedas se entrega otra cosa, entonces se aducirá en contra de su eficacia real la L. 8, § 17, D., 2, 15.

(1) L. 8, § 22, D., 2, 15: «Si alguien hubiere transigido sobre alimentos sin la utoridad del Pretor, lo que se dió se aplicará a los alimentos devengados; y no importa que tanto monte la cantidad debida como lo que se dió o menos, o más; pues aunque sea menos, no obstante se computará para los alimentos vencidos lo que se dió en pago. Empero, si el que transigió sobre los alimentos se hubiere hecho más rico con tal pago, será muy justo que contra él se dé reclamación por aquello en que se hubiere hecho más rico; porque no debe enriquecerse con perjuicio de otro.»

(2) L. 23, § 2, D., 12, 6: «Asimismo, si se hubiera dado en virtud de transacción sobre alimentos dejados en testamento, es claro que puede repetirse lo que se dió, porque la tradición es invalidada por el Senado consulto.»

«Si Pretor aditus extra causae cognitionem transegit permisserit transactio nullius erit momenti» (1).

(Lo mismo valdrá para el caso de transacción sin intervención del Pretor)...

Ese *nullius erit momenti* vale tanto como decir que nada se ha hecho, y que el *tradens* de la cosa permanece propietario de la misma y que el derechohabiente a la cuota alimenticia conserva su derecho a reclamarla en todo caso.

La tradición es nula por prescripción de la ley, por haber sido hecha por personas que siendo capaces para hacer tradición no lo son en ciertos asuntos por virtud de determinadas circunstancias personales. Son los casos del hijo de familia que paga un préstamo que tomó contra las prescripciones del SC. Macedoniano, el de la mujer que hace tradición en vista de hacer una intercesión y el de enajenación de bienes del pupilo, a los que se aplican las prescripciones de la *oratio Severi*.

En el primero, el hijo de familia es apto a realizar negocios jurídicos, a realizar pago y tradición de cosas; solamente no lo es para pagar un préstamo hecho contra el SC. Macedoniano. La calidad de hijo de familia influye aquí de modo decisivo en la nulidad del negocio.

L. 14, D., *De rebus creditis*, 12, 1: «Si filius familias contra Senatus consultum mutuat pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio objicietur» (2).

Si de aquí pasamos a la tradición hecha por una mujer, en contra de las prescripciones del SC. Véleyano, tendremos que domina el asunto la condición especial del tradente, aquí una mujer.

L. 32, § 2, D., *Ad SC. Veleyanum*, 16, 1 (Pomponius): «Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea conditione, ut emtor accemtam pe-

(1) L. 8, § 17, D., 2, 15: «Si habiéndose acudido al Pretor hubiere permitido sin conocimiento de causa que se transija, la transacción será de ningún valor.»

(2) L. 14, D., 12, 1: «Si un hijo de familia a quien contra el Senado consulto se dió dinero en mutuo, lo hubiere pagado, ninguna excepción se opondrá al padre que reivindique el dinero.»

cuniam viro referret et hunc fundum vindicat exceptio quidem opponitur ei de re emta et tradita, sed replicavitur a muliere; aut si ea venditio contra Senatus consultum facta sit» (1).

Lo mismo ocurre cuando un acreedor ha recibido una prenda de una mujer a manera de intercesión por alguien.

L. 39, § 1, D., *De rei vind.*, 6, 1 (Ulpiano): «Julianus recte scribit, libro duodecimo Digestorum, mulierem, quae, intercedens fundum pignori dedit, quamvis a creditore distractum, posse in rem actione petere» (2).

Se confirma indirectamente este texto en L. 11 C. distract. pign. 8, 28 *Oratio-Severi*. El derecho imperial ha prohibido directamente otros actos, que serán nulos si han sido hechos contra sus prohibiciones, sea cualquiera el modo empleado para llevarles a la práctica.

La primera medida se tomó por un SC. dado a propuesta de Septimio Severo en el año 195 (*Oratio Severi*), y más tarde completado por una disposición de Constantino. El SC. (D., 27, 9, *De rebus eorum* 1, 2) prohibía la enajenación total o parcial de algunos bienes pertenecientes a las personas sometidas a tutela; de sus predios rústicos y suburbanos, salvo en tres casos excepcionales: el de enajenación autorizada en el testamento de la persona que dejó los bienes, enajenación forzosa (partición intentada por un copropietario, utilización por el acreedor hipotecario de su derecho de vender) y el de enajenación reputada indispensable por el Pretor urbano, para pago de deudas anteriores a la tutela. Cuando la enajenación se hizo contra el SC. se la imponía una nulidad civil, que a diferencia de la rescisión del Edicto, no dependía del favor del Magistrado ni estaba subordinada a la prueba de la lesión, y que podía invocarse siempre en la época anterior a Justiniano; después (C. 5, 74, 3, 1) en un plazo de cinco años, a partir de la

(1) L. 32, § 2, D., 16, 1: «Asimismo, si la mujer vendió un fundo a un acreedor de su marido y lo entregó con esta condición, que el comprador diese al marido el dinero recibido, y reivindicar este fundo, ciertamente que se le opone la excepción de cosa comprada y entregada, pero se replicará por la mujer, «o si esta venta hubiera sido hecha contra el Senado consulto.»

(2) L. 39, § 1, D., 6, 1: «Con razón escribe Juliano en el libro duodécimo del Digesto que la mujer que, como fiadora, dió en prenda un fundo, aunque haya sido vendido por el acreedor, puede reclamarlo por acción real.»

mayor edad de veinticinco años. La prohibición que respondía a la idea de conservación en especie de los bienes rentables del pupilo, no se aplicaba sino a los inmuebles rurales. Constantino lo extendió a los *praedia* urbana y a los muebles de valor.

Casos especiales y dudosos.—*Emptio venditio ad demoliendum negotiandi causa*. Es la especie prevista en el Senado Consulto Hosidiano, del cual el Volusiano, que siempre se cita a su lado, hace algunas excepciones.

La venta hecha con el objeto de demoler un edificio para lucrarse con la venta de los materiales, era declarada nula por el Hosidiano, que al mismo tiempo imponía una sanción penal al comprador y quizá también al vendedor atendido el *malum exemplum*. Esto último no nos interesa, pero sí el indicar que la *emptio venditio ad demoliendum negotiandi causa* es una *injusta causa traditionis* (1).

Juego y apuesta de prohibidos.—Lo perdido en juego prohibido puede repetirse, dicen los textos.

L. 4, § 1, D., *De aleatoribus*, 11, 5: «Si servus vel filius familias victus fuerit patri vel domino competit repetitio» (2).

Y en la misma ley § 2, *Adversus parentes et patronos repetitio ejus quod in alea lusum est, utilis ex hoc edicto danda est* (3).

Y Justiniano, en la antigua versión de la Constitución griega dirigida a Demóstenes, insertada sub. A. en C. 3, 43, emplea la frase *competentibus actionibus repetatur*.

Según la forma en que se pague lo perdido en el juego o según la naturaleza de lo pagado, así competirá una u otra acción.

Existirá una acción reivindicatoria cuando se pierda un objeto

(1) Véanse SC. Hosidiano, en Girard, *Textes*, pág. 132; SC. Volusiano, en Girard, *Textes*, pág. 133; Paulo, D., 18, 1, 52; Marciano, D., 39, 2, 48; C. 8, 10, 2.

Igualmente puede verse Gaston May, «Les Sénatus consultes Hosidien et Volusien», *Revue Historique de Droit français et étranger*, año 1935, páginas 1 y siguientes.

(2) L. 4, § 1, D., 11, 5: «Si un esclavo o un hijo de familia hubiere perdido (al juego), al padre o al dueño le compete la reclamación.»

(3) L. 4, § 2, D., 11, 5: «En virtud de este Edicto, se ha de dar contra los padres y los patronos la reclamación útil de lo que se jugó a juego de azar.»

de valor que se puso como puesta al juego. Aquí hay una tradición condicionada, *aleae ludendae causa*, y como resulta que la causa *ludendi* es injusta, la tradición es nula y compete *reivindicatio*. Los textos legales no lo dicen, pero la *reivindicatio* puede muy bien ser aquí *actio competens ad repetendum* de que habla Justiniano.

Lo mismo opina Hofmann que ocurre con lo dado para pagar apuestas no permitidas. Y opina de esta manera a pesar de que L. 17 § 5, D., 19, 5. que se refiere a la apuesta de anillos, no concede reivindicación sino solamente una *actio praescriptis verbis*.

Donatio inmodica.—Después de una evolución de muchos siglos, el último estadio o fase de la cuestión está representado por la L. 34, C. 8, 54. Es un caso especial; la donación será válida con ciertas limitaciones y la *vindicatio* válida también, pero sometida a algunas restricciones. Es una *causae injustae* en la que igual que en las que siguen tiene mucha importancia la medida o cantidad de las cosas *tradidas*, sólo que aquí también la causa, la *donatio*, juega su papel en la prohibición.

En las *usurae supra modum legitimum*, lo pagado de más podrá repetirse, porque es nulo legalmente. Pero este caso tiene poca o ninguna importancia desde el punto de vista que enfocamos aquí la cuestión, pues pagándose siempre los intereses en dinero, sólo en el caso de que se pagasen las monedas en bolsa cerrada e individualizada podrían reivindicarse.

Aun cita Hofmann el caso de los *honorarium advocati supra modum legitimum*, para el que valdrán las mismas consideraciones que para el anterior.

RESUMEN DE TODA LA INVESTIGACIÓN ANTERIOR

El requisito de justa causa, en la transmisión de propiedad, por tradición, es un hecho incontrastable de que nos hablan los textos y de los que es imposible hacer caso omiso (L. 20, C. *De pactis* 2, 3; L. 24, C. *De reivindicazione* 3, 33; L. 31, D., *De acquirendo rerum dominio*, 41, 1; Gayo, II, § 20).

Pero la *justa causa traditionis*, aunque en la inmensa mayoría de los casos sea una obligación, no obstante hay casos de extraordinaria notoriedad que hacen necesario decir que aquélla no es de

contenido obligatorio (Comp. lo dicho de la *condictio ob turpem causam*).

Puestos dentro de estos dos límites extremos, necesidad de justa causa, y no ser ésta o no tener necesariamente un contenido obligatorio, había que construir un nuevo concepto de justa causa. Es lo que hicieron los autores y lo que hemos hecho nosotros.

Justa causa es el acuerdo de voluntades (L. 36, D., 41, 1) de dar y recibir una cosa o un derecho real, de las que la más importante es la voluntad de dar (*Inst.* II, 1, 40) y que ordinariamente se incorpora en un contrato u *obligatio* (Gayo II, 20), sin valor constitutivo de la tradición, y cuya falta es meramente impeditiva (con lo que se la distingue de la causa *usucapionis*, en quien concurren los caracteres opuestos) y que no esté incurso en una prohibición legal.

Hemos dado una reconstrucción más de los famosos textos de Ulpiano y de Juliano, admitiendo la nueva concepción que parece exacta de Francisci acerca del modo como el *accipiens* se hace propietario de la cosa tradida. Con ella hemos desvanecido la contradicción que parecía existir entre los dos textos y hemos puesto de relieve lo que se debe a la labor de los compiladores bizantinos o justinianos.

Consecuencia de nuestra definición de justa causa se imponía la consideración cuidadosa de las llamadas *injustae causae traditionis*.

Con más extensión que ninguna otra he tratado de la regla de las XII Tablas, que prohíbe la transmisión de propiedad a falta de pago del precio en la compraventa (§ 41, *Inst.*, *De rerum divisione*) por juzgarla la más importante. Creo haber puesto de relieve que su permanencia en las compilaciones justinianas es un tributo pagado a la idea de una vigencia sempiterna de las XII Tablas, que por nadie fueron derogadas expresamente.

Las demás *injustae causae traditionis*, que he agrupado en un capítulo especial, las he distribuido en tres grupos: *furtum*, tradiciones inválidas por consideración de la causa jurídica propiamente dicha y casos especiales (todos aquellos en que entra la consideración de la medida; *donatio inmodica*, etc.) y dudosos (la tradición hecha *aleae ludendae* causa-juego y apuesta prohibidos).

Podría, pues, ahora decirse que las tradiciones serán inválidas

en cuanto haya en ellas una causa injusta, y válidas todas las demás en que aquella circunstancia no se dé.

Finalmente, nos ha confirmado en nuestra tesis la propia teoría de las *condictiones*, principalmente de las *ob turpem* y *ob injustam causam*, que ni son dos facetas de una misma y única acción personal, ni es una clasificación introducida por Justiniano, sino que ya era conocida por los propios juristas clásicos.

La idea tan extendida, y admitida casi como dogma, de la contradicción absoluta de *condictio* y *vindicatio*, ha caído por tierra con un examen más sereno de la cuestión, y concretamente, por lo que a nosotros interesa, resulta que las *condictiones ob injustam causam* (o sea las que se dan en los casos de *traditiones ob injustam causam*) no excluyen nunca una *vindicatio*, cuando ésta es aún posible.

A D D E N D A

A la página 803, línea 23, del tomo 1934 (1), Ehrhardt (pág. 176), pretende que este texto, así como otros del mismo tenor (D., 41, 1, 3, 4, 5 y 7; D., 41, 1, 21, 1; D., 1, 19, 1, 1, y D., 41, 1, 25), son innovaciones bizantinas influidas por la recepción de la práctica de determinadas solemnidades procedentes de Egipto. Se refiere a los catágrafos, que para él son, atendido su contenido, declaraciones de cesión del enajenante. El adquirente permanece mudo en el acto. Simplemente se supone que acepta la declaración del enajenante.

En la misma página, línea 28, detrás de la palabra *gentes* (2), Comp., Gajo, II, 65.

En la página 804, línea 15, detrás de II, 1, 40 (1), Ehrhardt, *Justa causa traditionis*, cita también con otra intención los textos siguientes, en los que se ve el predominio de la voluntad del *tradens*: D., 41, 1, 9, 4; D., 41, 1, 21, 1; D., 1, 19, 1, 1; D., 41, 1, 25; D., 39, 5, 1; Bas., 47, 1, 1, pr., escolio 2 (Doroteo); Teófilo, *Paraphrasis*, II, 1, 40.

IGNACIO SERRANO Y SERRANO,

Doctor en Derecho.