

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XI

Abril de 1935

Núm. 124

Justa causa traditionis

LA DOCTRINA DE LA JUSTA CAUSA TRADITIONIS Y LAS CONDICTIOES

Ya hemos visto cómo uno de los argumentos más fuertes usados por Warnkönig, en su artículo tantas veces citado contra la concepción tradicional de justa causa, era precisamente el de que la doctrina de las *condictioes* contradecía aquélla totalmente. Veamos muy brevemente, para no dar proporciones desmesuradas a este trabajo, algunos aspectos de esta doctrina de las *condictioes*:

Vaya por delante que Warnkönig era lógico en su época, porque se ajustaba a la concepción de *condictio* entonces dominante : a la de Savigny.

Según la doctrina de Savigny, la *condictio* reemplaza siempre, para el que ha cesado de ser propietario, una *vindicatio* que ha perdido ; cree que se llegó a esto partiendo de un principio que originalmente sólo se aplicó al *mutuo*, y después extendido, de un lado, al pago de lo indebido, a las *dationes ob causam*, en las cuales hay todavía pérdida de la propiedad si no hay convención de devolver ; de otro lado, aun al contrato literal y al verbal, donde hay traslación ficticia de propiedad a consecuencia de su carácter de derivados del *nexus*.

Para Savigny, pues, *condictio* y *vindicatio* son conceptos antagonicos que suponen : el primero, que el actor no es ya propietario, y el segundo, que aún lo es.

Strempel insiste en este punto de vista y así dice dos veces, en

la página 36, que las *condictiones ob turpem vel ob injustam causam*, ya por su nombre contradicen la doctrina tradicional de justa causa. En otro sitio muy inmediato al anterior, cuando trata de la *condictio sine causa*, al citar el Fr. 9, § 6, D., *De reb. cred.*, 12, 1, dice que, «sin embargo, al reconocer la idoneidad de la *condictio*, se admite, con ello, la transmisión de propiedad». Y ya al final de su trabajo, en las páginas 145 y 46, sostiene que, a pesar de que la *obligatio* sea inválida, la *traditio* puede ser válida, pues no otra cosa ocurre en la Ley 5, C. 1, 14, «pues si no hubiera debido cesar la *condictio ob turpem vel injustam causam*».

Girard (647, nota 1) dice claramente que la doctrina de Savigny está en desacuerdo con textos que dan la *condictio* sin traslación de propiedad. Puede concretarse el conjunto de *condictiones* en que no obstante no hay en rigor transmisión de propiedad en tres grupos. Uno, formado por la *condictio furtiva*, representado por aquel adagio *neminem nisi a fure rem suam condicere posse*. Otro, formado por el conjunto de *condictiones ob injustam causam*, donde una *vindicatio* se da al mismo tiempo que ellas. Y, finalmente, otro muy parecido al anterior, en que se da la *condictio* porque la *vindicatio* es materialmente imposible (este grupo y el anterior está representado en los textos con la frase *quare si quidem exstent nummi vindicentur, si vero non exstent condicantur*).

Hagamos caso omiso de L. 1, pr. 1, 3, D., 12, 7, donde se habla de *ipsam obligationem condicere*.

La frase repetida en el Digesto, *condictione teneatur: ad condicionem pertinet*, y otras, pueden, a juicio de Hoffmann, tener dos significaciones: o bien que la *vindicatio* es imposible, o expresar con ello que se admite la repetición de lo dado. Añade este mismo autor que a los romanos interesaba más fijar la posibilidad de repetir lo dado que el modo. La frase *repeti potest* abarca hasta la acción real (L. 43, D., 6, 1; Sent. Paulo, II, 14, y Gayo, II, 82).

Veremos ahora los casos en que la *condictio* no es incompatible con la *vindicatio*, y a continuación examinaremos los casos de las *condictio indebiti* y *condictio ob turpem causam*.

La *condictio* se otorga a menudo porque el objeto propio no existe ya. La relación de la *vindicatio* con la *condictio*, en este caso, es la siguiente: la vindicación supone un consumo o enajenación de la cosa de mala fe, en tanto que la *condictio* se da allí donde ese

consumo o enajenación han ocurrido de buena fe. En el primer caso puede haber, al lado de la reivindicación, una *condictio*: la furtiva, y aun una *actio ad exhibendum* (L. 7, § 1, D., 13, 1) (1); lo mismo ocurrirá, por lo general, con los frutos consumidos por un *malaे fidei possessor*. Decimos por lo general porque L. 3, C. 4, 9 (2), no autoriza a otra cosa y porque no es *fur* todo *malaе fidei possessor*, ni lo llega a ser tampoco por cualquiera *consumtio* de los frutos.

El consumo de los objetos consumibles no necesita del dolo para dar motivo a una *condictio* y frustrar la *vindicatio* anteriormente posible. Así resulta que la *vindicatio* no tiene ninguna importancia cuando se trata de monedas, ya que éstas se consumen por el mero hecho de mezclarlas con otras propias; en cambio, y por eso mismo, la *condictio* rige para ellas con caracteres de generalidad.

Si nos fijamos ahora en la *condictio ob injustam causam*, nos encontraremos con que se repite el fenómeno de la no exclusión de la *vindicatio* por la *condictio*, o, mejor dicho, existencia de la *condictio* cuando la reivindicación es materialmente imposible.

Veamos algunas de éstas: L. 5, § 18, D., 24, 1 (Ulp.).

«In donationibus autem jure civili impeditis hactenus revocatur donum ab

(1) L. 7, § 1, D., 13, 1 (Ulpiano): «Furti actio poenam petit legitimam condictio rem ipsam; ea res facit, ut neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem consumatur. Is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti et condictionem, et vindicationem; habet et ad exhibendum actionem» (*).

(2) L. 3, C., 4, 9: «Mala fide possidens, de proprietate victus, exstantibus fructibus vindicatione, consumtis vero condictionem conventus, eorum restitutiōne parere compellitur» (**).

(*) L. 7, § 1, D., 13, 1: «La acción de hurto es la que persigue la pena legítima, y la *condiction* persigue la misma cosa robada; lo que hace que ni la acción de hurto quede extinguida por la *condiction*, ni ésta por aquélla. Por lo tanto, aquel a quien se hizo el hurto, tiene no sólo la acción de este nombre, si que también la *condiction* y la reivindicación, así como igualmente la acción *ad exhibendum*.»

(**) L. 3, C. 4, 9: «El poseedor de mala fe vencido en el juicio de propiedad debe entregar los frutos pendientes en fuerza de la reivindicación, y los percibidos, en fuerza de la acción condicional.»

eo, ab eavé cui donatum est, ut si quidem exstent res vindicetur, si consumta sit condicatur hactenus, quatenus, locupletior quis eorum factus est.»

L. 36, pr. D., 24, 1 (Paulo) :

«Si donatae res exstent, etiam vindicari poterunt...» (1).

Por si estos textos no fueran bastante expresivos, me bastará remitirme a la exposición de Girard del mecanismo seguido con la aplicación de la ley Cincia. Si la cosa donada contra las prescripciones de la Ley ha sido entregada y existe en poder del donatario, podrá pedírsela por reivindicación. Si no está más que prometida, entonces puede rechazarse la reclamación del donatario por la *exc. legis Cinciae*, exactamente lo mismo que se rechazaría la *exc. rei donatae et traditae*, opuesta a la *reivindicatio* del donante, por medio de una *replicatio legis Cinciae*.

Pero si la *vindicatio* del donante ya no es posible, porque se haya dado en *aceptilatio*, entonces cede aquélla y sólo es posible una acción personal. Tal es el sentido de

L. 2, C. «De acceptilationibus», 8, 44 : «Si donationis gratia novatione facta, per acceptilationem praestitisti, liberationem omnis agendi via perempta est.»

Lo mismo ocurre en el Fr. Vaticano, 266 :

«Professio donationis apud acta facta, cum neque mancipacionem neque traditionem subsecutam esse dicas, destinationem potius liberalitatis quam effectum rei actae continet ea propter quod non habuit filius tuus dominium si quae affirmas vera sunt, o obligari pacto suo creditor i non potuit; nec quod sine effectum gestum est, vindicationem tui juris impedit» (2).

Igual ocurre en Digesto, 44, 4, 5, 5, siempre en el mismo tema de donaciones *supra modum*.

(1) L. 36, pr. D., 24, 1 (Paulo) : «Si existen las cosas que se donaron, también se podrán vindicar...»

(2) «La confesión de donación hecha por escrito, al no decir que ha seguido mancipación ni tradición, encierra más bien intención de liberalidad que efecto de cosa hecha, por lo mismo y porque tu hijo no tuvo el dominio, si lo que afirmas es verdad, no pudo obligarse al acreedor por su pacto; ni lo que se hizo sin efecto impide la vindicación de tu derecho.»

«Si eum qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor suum petit... condicione tenetur debitor, quide delegavit... ut vel liberet debitorum, vel si solvit ut pecunia ei reddatur» (1).

Digesto, 39, 5, de donde 21, 1, confirma la tesis defendida :

«Sed si debitorem in cum tibi donationis inmodicæ causa promittere jussi, an summoveris donationis exceptione, necne, tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim, et tu illam ei credideris. Sed ego si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sint, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit, ita ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus; sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc quod modum legis excedit, habeo contra te conditionem» (2).

Citemos, referente a donación *inter virum et uxorem*, el siguiente texto de Ley única, § 5, C. *De rei uxoriae actione*, 5, 13 :

«... Vel ex qua causa, ob res donatas retentio introducatur, quum sit donatori facultas, per actionem in rem directam, vel per utilem, vel per conditionem suo jure mederi...? (3).

La misma razón que en los textos anteriores hay para conceder

(1) D., 44, 4, 5, 5: «Si a un acreedor mío le hubiere yo delegado al que quería hacerme donación excediéndose de la tasa legal, no podrá utilizar la excepción contra el demandante, porque el acreedor pide lo suyo..., está obligado por la condición el deudor que delegó..., o para que libere al deudor, o, si pagó, para que se le devuelva el dinero.

(2) D., 39, 5, 21, 1: «Pero si yo le mandé a un deudor mío que te prometiera por causa de donación inmoderada, se discutirá si serás o no rechazado con la excepción de la donación. Y ciertamente que mi deudor no puede rechazarla con la excepción al ejercitártu la acción, porque yo soy considerado lo mismo que si te hubiere donado la suma cobrada de mi deudor y tú se la hubieres prestado. Pero si verdaderamente aún no hubieran sido pagadas las cantidades por mi deudor, tengo contra éste la acción rescisoria por lo que te prometí sobre la tasa de la ley, de suerte que te quedé obligado solamente por lo demás; mas si cobraste de mi deudor las cantidades, tengo contra ti la condición por lo que excedió de la tasa de la ley.

(3) Ley única, § 5, C., 5, 13: «... ¿O en virtud de qué causa se introducirá la retención por razón de los bienes donados, teniendo facultad el donante para proveer a su propio derecho por medio de la acción real directa o de la útil, o por la condición...?»

a la mujer casada que intercede por su marido contra el S. C. Veleyano, una *condictio* subsidiaria de la reivindicación, cuando ésta se haga imposible por consunción de la cosa o por haberse vendido por el acreedor y perecido en poder del nuevo comprador. La L. 32, § 2, D., 16, 1, no lo dice tan explícitamente, porque se queda a medio camino, pero como hay la misma razón de derecho, debe haber idéntica disposición.

«Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea conditione, ut emtor acceptam pecuniam viro referret et hunc fundum vindicat, exceptio quidem opponitur ei de re cmta et tradidita, sed replicabitur a muliere: «aut si ea conditio contra Senatus consultum facta sit». Et hoc procedit, sive ipse creditor emerit, sive interposuerit alium, quo mulier ea ratione careat re sua. Idem est, et si non pro viro, sed pro alio debitore rem suam tradidit» (1).

A lo que añade Hoffmann que los casos de *vindicatio ob injustum causam* son *mutatis mutandis*, al mismo tiempo casos de *condictio ob injustam causam*. Pero no viceversa. Hay más casos de los últimos que de los primeros. Pero aun en estos casos distintos hay, al lado de la *condictio*, una *vindicatio*, siquiera no sea siempre una *vindicatio ob injustam causam*. Recuérdese especialmente el caso del *mala fidei possessor*, que no recibió la cosa por tradición del propietario, L. 3, C. *De cond. ex lege et sine causa vel injusta causa*, 4, 9 (Diocleciano) :

«Mala fide possidens, de proprietate victus, exstantibus fructibus vindicatione, consumtis vero condicione conventus, eorum restitutioni parere compellitur.»

Piénsese, además, en las tradiciones que son inválidas, pero no por su causa, tales las enajenaciones de predios del pupilo sin decreto autorizándolas. La tradición no se verifica en este caso en base

(1) D., 16, 1, 32, 2: «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 reivindica 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». Y procede esto, ya si hubiere comprado el mismo acreedor, ya si hubiere interpuesto a otro, para que por esta razón quede privada la mujer de su propia cosa. Lo mismo es también, si no por su marido, si no por otro deudor, entregó una cosa suya.»

de injusta causa, pero toda la tradición es una injusta causa de enriquecimiento.

L. 15, C. 5, 71 (Diocleciano): «Si minor viginti quinque annis praedium rusticum, quum aliud deberes, sine decreto in solutum dedisti, dominium a te discedere non permisit senatus consulti auctoritas» (1).

L. 16, C. 5, 71 (Diocleciano): «Si praedium... in pupillari aetate constituta tute auctore, vel adulta sine decreto praedis provinciae, in qua situm est, venum dedisti, secundum senatus consulti sententiam dominium ejus sive jus a te discedere non potuit, sed vindicationem ejus et fructuum vel his non existentibus condictionem competere constitit...» (2).

No vamos ahora a tratar de las *condictiones* en sus diferentes aspectos, porque esto puede verse en cualquier manual de Derecho romano, o en la monografía de Voigt, *Die condictiones ob causam*, pero sí trataremos muy brevemente de las *condictiones ob turpem causam*, que son el más firme punto de la doctrina *savignyanea*.

Para los autores de esta tendencia que se han planteado el problema de las relaciones entre *vindicatio* y *condictio ob turpem causam*, la contestación es que la *condictio ob turpem causam* es lo regular y corriente; la *vindicatio* es la excepción. Así Strempel (página 145) dice que la regla es que por las *causae injustae* sólo se invalida la obligación, pero no la tradición que cumple todos sus efectos. Bähr (*Anmerkenung*, § 4), «Aun a base de negocios descalificados legalmente, la propiedad es transmitida por tradición, como lo demuestra la doctrina de la *condictio ob turpem vel injustam causam*. Sólo excepcionalmente actúa... la prohibición..., anulando al mismo tiempo la transmisión de propiedad.»

Nosotros creemos, con Hoffmann, que *vindicatio* y *condictio ob turpem causam* no se relacionan como regla y excepción, sino que tienen campos distintos.

Ya vimos, al hablar de nuestro concepto de *justa causa tradi-*

(1) L. 15, C. 5, 71: «Si siendo menor de veinte y cinco años diste en pago, sin decreto, un predio rural, cuando debieras otra cosa, la autoridad del Senado consultó no permitió que el dominio se separara de ti.»

(2) L. 16, C. 5, 71: «Si siendo de edad pupilar, vendiste con autorización del tutor, o adulta sin decreto del presidente de la provincia, en que se halla sito, un fundo..., no pudo separarse de ti, conforme al sentido del Senado consultó, su dominio o su derecho, sino que constó que compete su reivindicación y la de los frutos, o, no existiendo éstos, la condición ...»

tionis, que era esencialmente negativo, las no prohibidas por la Ley y que, por tanto, las *injustae causae* eran cosa precisa y determinada. Puede aceptarse la definición de Exner de *injustae causae* (331-337), como ciertos impedimentos singulares que tienen una naturaleza completamente excepcional.

Ya hemos expuesto cómo en esos casos se dan una *vindicatio* y una *condictio*. Son los casos de la mujer casada que intercede contra el S. C. Veleyano, de las donaciones entre esposos, etc. Todas las *causae injustae* de que hemos hablado.

Son casos ciertamente excepcionales, pero no tienen nada de común con los casos de *traditionis turpis causae*. En los primeros, hay negocios válidos que, por hechos o circunstancias concurrentes, se ven impedidos en su desarrollo por prescripciones legales, pero no hay en ellos ninguna *turpitudo*. En cambio, en los de causa torpe hay un negocio válido, que produce sus efectos reales, pero que, a causa de una *turpitudo accipientis*, no se ve protegida en sus efectos. (Comp. D., 12, 5, 4, 4, Ulpiano : *Si tibi indicium dedero, ut fugitivum meum indices, vel furem rerum mearum, non poterit repeti, quod datum est ; nec enim turpiter accepisti...*) (1).

Es lo que expresa Hoffmann, mejor que yo podría hacerlo cuando dice : que «mientras en la *condictio ob turpem causam* todo en el caso concreto depende de la conciencia del *accipiens*, no ocurre lo propio en la *vindicatio ob injustam causam*. Compárense los siguientes casos :

1) Donación entre esposos ; no hay *turpitudo*, y, sin embargo, no hay transmisión de propiedad.

2) Constitución de dote en caso de matrimonio entre próximos parientes ; sin embargo, se transmiten las cosas dadas *dotis nomine* a la propiedad del *accipiens* (L. 5 ; D., 12, 7, Papiniano : *Avunculo nuptura pecuniam in dotem dedit, neque nupsit, an eadem repetere possit, quae situm est. Dixi quum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia sumeretur, cessare condictionem, et in delicto pari potiorem esse possessorem ; quam rationem fortassis aliquen secutum respondere, non habituram mulierem condictionem. Sed recte defendi non tam turpem causam in proposito, quam*

(1) D., 12, 5, 4 : «Si yo te hubiere dado un premio para que me descubras mi esclavo fugitivo, o el ladrón de cosas mías, no podrá repetirse lo que se dió : porque no recibiste torpemente .»

nullam fuisse, quum pecunia quae daretur, in dotem converti nequirit; non enim stupri, sed matrimonii gratia datam esse) (1). Pues muy inmoralmente que hayan obrado las partes, la *causa dotis* es la *justissima causa de la transmisión*. Decide, pues, en todas partes la cualidad genérica de la causa en sentido técnico. Se permite ésta, entonces la tradición es válida ; no se permite, entonces será inválida».

Y añade a continuación : «la *turpitud* por cuya causa se da una *condictio* está, o en los motivos, o también en el contenido concreto del contrato correspondiente, según su especie. La prohibición de la tradición por cuya causa tiene lugar la *vindicatio*, está en la causa próxima que imprime su cuño jurídico al negocio. La donación al juez es *turpis*, porque está en el fondo una intención inconfesable. La donación al esposo es injusta, porque es una donación. Allí, pues, decide la cualidad individual del negocio ; aquí, la cualidad general. Aquí, la voluntad de hacer tradición contiene la infracción legal ; allí la tradición persigue algo inmoral o prohibido (empero luego se niega regularmente también la *condictio*, o, al revés, algo tan obligado que constituye una *turpitud accipientis* dejarse pagar por ello, sea el cumplimiento de un deber positivo (L. 2, § 1 ; L. 9, pr. D., 12, 5), sea el de un deber negativo (L. 2, pr. D., *Eodem*)».

Se discute si son dos acciones distintas la *condictio ob turpem* y la *condictio ob injustam causam*. Pacchioni (III, 276) dice que se duda si los clásicos conocieron esta distinción, o si solamente es producto de la actividad de Justiniano. Hoffmann, en cambio, cree que es una distinción que ya poseían los clásicos.

Si comparamos la *condictio ob turpem causam* con la *ob injustam causam*, encontraremos las diferencias siguientes :

a) En la *condictio ob turpem causam* se trata de un *datum ob*

(1) L. 5, D., 12, 7 : «Una que había de casarse con su tío materno, le dió en dote cierta cantidad y no se casó ; se preguntó : ¿Se podría acaso repetirla ? Dije que cuando se entrega dinero por causa torpe del que lo da y del que lo recibe, deja de haber la condición, y que en igualdad de delitos es mejor la condición del que posee, y que tal vez alguno, habiéndose atenido a esta razón, respondería que no deberá tener la mujer la condición. Pero que con razón se defiende que, en el caso propuesto, la causa no fué tanto torpe como nula, puesto que el dinero que se diese no podría convertirse en dote, porque no se dió por causa de estupro, sino de matrimonio.»

causam, en tanto que en la *condictio ob injustam causam*, no se trata de eso.

b) *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus.* Esto ocurre así porque, aun habiendo una *turpitudo accipientis*, es, no obstante, todo el negocio *turpis*, y porque el dinero o lo dado se hace del *accipiens*, ya que *in pari causa possessoris conditio melior habeatur* (L. 2; C. 4, 7). En cambio, se permite la repetición del dinero perdido en el juego en la *condictio ob injustam causam*.

c) La *condictio ob turpem causam* supone una *turpitudo* de parte del *accipiens* en todo caso, mientras en la *ob injustam causam* no depende de esto.

d) La *condictio ob injustam causam* se da a falta de *vindicatio ob injustam causam*; en cambio, no hay *vindicatio*, sino sólo *condictio ob turpem causam*. Es decir, la *traditio ob turpem causam* es válida; la *traditio ob injustam causam* no lo es.

IGNACIO SERRANO Y SERRANO,

Doctor en Derecho.

ANA ELERS

Cajera en las oficinas de la Asociación de Registradores de la Propiedad. Gestor administrativo. Habilitación de Clases pasivas. Presentación de toda clase de instancias en la Dirección general de los Registros y en los demás Centros oficiales. Gestiones en los mismos. Certificaciones de penales, últimas voluntades y demás. Fianzas, jubilaciones, viudedades y orfandades.—San Bernardo, 42, segundo derecho.—Teléfono 13906.