

Iusta causa traditionis

LA CONTRADICCION DE ULPIANO Y JULIANO.—SOLUCION DE LA MISMA (PIETRO DE FRANCISCI, BESELER, RAYMOND MONNIER).

La tesis del sabio profesor italiano Pietro de Francischi de que en los modos derivativos de adquirir el dominio se adquiere por la aprehensión de la cosa por el *accipiens*, siempre que a ello no obste el derecho de un tercero, tiene trascendencia aquí, porque añade un dato importante a la reconstrucción del fr. 36 D, *De acq.*

Dice, en primer término, que la *traditio* fué antes una *transdatio* (*lex Acilia repetundarum*, 54), y después de citar el fr. 9, § 3, D., 41, 1, haciendo especial mención del giro *rem suam in alium transferre*, añade que los pandectistas han construido en la *traditio* todos los caracteres de la adquisición derivativa de propiedad. Se han debatido en medio de dificultades, buscando la voluntad de adquirir y enajenar el derecho, porque olvidaban que en la *traditio*, según Bonfante, *Inst.*, pág. 263, «la intención de transferir y adquirir debe dirigirse a la señoría de hecho, es decir, según el lenguaje romano, a la *possessio*, no ya al dominio».

Perozzi, en *Glück Czyhlarz*, Pand. 41, trad. ital., pág. 12, compara la *traditio* a la *ocupatio*, y dice que en ésta la toma de posesión adquiere el dominio para el ocupante, porque no obsta el derecho de un tercero. En la tradición obstaría el derecho del propietario anterior, pero el obstáculo desaparece con la renuncia del *tradens* a favor del *accipiens*. No se trata de voluntad de transferir el dominio, sino de voluntad de renuncia al propio dominio.

En los negocios solemnes, la renuncia es paladina: el adquirente *vindicat*, el cedente renuncia a la *contravindicatio*; en la *traditio* la renuncia se manifiesta en la consigna de la cosa y en la voluntad de privarse de ella, que resulta de la causa de la *traditio* (*venditio*, *donatio*, etc.). Cabalmente porque la tradición no era sino transmisión de posesión, consigna de la cosa, pura y simple realización de la posesión.

Ya Bremer, en *Z. für Civil und Processrecht*, N. F., 20, dijo que la actividad del *tradens*, trátase de *traditio in certam vel in incertam personam*, es, desde el punto de vista de su efecto jurídico, un soportar, un permitir que otro se posea de la cosa (1).

En la causa de la propia tradición están manifiestas la renuncia y la afirmación o apoderamiento. En prueba de lo dicho anteriormente está la importancia que dan algunos textos al *nancisci possessionem*. D. 41, 2, 5; Ulp., Fr. XIX, 7; D. 39, 5, 10; D. 41, 1, 65.

Pareció, sin embargo, a los autores que sostienen la doctrina de la transferencia de derecho que sólo a su doctrina convenían los principios contenidos en las fuentes, referentes a requisitos de la tradición. Sin embargo, Francisci dice que igualmente pueden acoplarse a su teoría, y lo justifica, considerando los de voluntad del dueño, disponibilidad de la cosa, ausencia de prohibición de enajenar. No habla, en cambio, de justa causa.

A juicio de Francisci, los textos que pueden citarse en favor de la doctrina de transmisión de derecho están interpolados por los bizantinos

Citaremos algunos textos con cierta extensión y para otros nos remitiremos al propio autor (2).

Confronta textos que hablan de transmisión de derecho, procedentes de Gayo, con pasajes de Teófilo, que, debiendo tener ante

(1) En España representa esta opinión Azcárate, en su *Ensayo sobre la historia de la transmisión de propiedad*, pág. 121: «Precisamente porque a consecuencia del espíritu práctico, positivo y formalista de los romanos, la transmisión no era la transmisión del derecho, sino de la cosa misma; en virtud de la cual suponían que el enajenante se despojaba de su cosa, la abandonaba, y el adquirente la tomaba *manu capere*.

(2) Hasta se podría citar, en apoyo de la opinión sustentada, el hecho de que el vendedor no esté obligado a transmitir la propiedad de la cosa, sino a *rem habere licere praestare*.

sí el propio texto de Gayo, nos transmite la opinión de éste más fielmente :

Inst., II, 1, 40 ; D. 41, 1, 9, § 3. *Teoph.*, II, 1, 40.

Inst., II, 1, 41. *Teoph.*, II, 1, 41.

Inst., II, 1, 42 y 43 ; D. 41, 1, 9, § 4. *Teoph.*, II, 1, 43.

Inst., II, 1, 44 ; D. 41, 1, 9, 5. *Teoph.*, II, 1, 44.

Inst., II, 6 pr. *Teoph.*, II, 6 pr.

Inst., II, 8 pr. *Teoph.*, II, 8 pr.

Inst., II, 20, 11. *Teoph.*, II, 20, 11.

Inst., III, 10, 1. *Teoph.*, III, 10, 1.

Inst., II, 14, 2. *Teoph.*, II, 14, 2.

De cuya confrontación, y con los escolios bizantinos, se puede conjeturar que Gayo, que no usó en sus *Inst.* de la frase *transferre dominium*, no usaría tampoco de ella fuera de allí.

Saca otras pruebas, en su favor, de la comparación entre D. 41, 1, 9, § 6, y D. 18, 1, 74 (1), de la que resultaría que el segundo fr., perteneciente a Papiniano, representaría la opinión clásica.

Reconstruye en su favor, por creerle interpolado, el fr. D. 41, 1, 20 pr.

Inserta el fr. 31 pr. D. 41, 1, y dice que quizá nunca sabremos la conexión que existe entre este pasaje y la definición siguiente de tesoro. Pero sí cree fuera de duda la interpolación, pues aparte

(1) L. 9, § 6, D. 41, 1: *Item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simulatque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.*

D. 18, 1, 74 (Papiniano): *Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint, quo facto confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non apessuerit horrea; quodsi venditoris merces non fuerunt, usucapio confestim inchoabitur (*)*.

(*) L. 9, § 6, D. 41, 1: «Si alguno vendiese las mercancías que tiene en el almacén y, al mismo tiempo entregase las llaves de él al comprador, le transfiere la propiedad de las mercancías».

D. 18, 1, 74: «Por la entrega de las llaves, dadas a la vista de los almacenes, parece entregada la posesión de las mercancías guardadas en ellos, con lo cual inmediatamente el comprador adquiere el dominio y la posesión, aunque no haya abierto los almacenes, y si las mercancías no fuesen del vendedor, inmediatamente empezará la usucapión».

del uso de *aliqua* por *alia*, se junta el concepto de justa causa, como causa *praecedens*; concepto que nunca hasta ahora había aparecido, y que no es el clásico, porque para los romanos justa causa es la relación entre las partes, que justifica la tradición (el momento causal de ella), no la convención jurídicamente obligatoria que ha dado origen a aquel elemento causal. Ahora que este fr. es el único en que aparece esta concepción, por la que se toman por *justae causae traditionis* la *venditio* u otro negocio que precede a la tradición. Bien diferentemente se expresan Ulp., fr. XIX, 7; Gayo, II, 20, y aun las *Inst. de Justiniano* IV, 6, § 4 (Cfr. Gayo, IV, 36); II, 1, 40 (1).

(1) Ulp., fr. XIX, 7: *Traditio propria est alienatio rerum nec Mancipi. Harum rerum dominium ipsa traditione adprehendimus, sc. si ex justa causa traditae sunt nobis.*

Gayo, II, 20: *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero, sive ex venditionis causa sive... statim tua fit ea res, si modo ego ejus dominus sim.*

Inst., IV, 6, § 4: *Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit veluti ex causa emtionis aut donationis aut dotis, aut legatorum, necdum ejus rei dominus effectus est, si ejus rei casu possessionem amiserit, nullam habet directam in rem actionem, ad eam rem persequendam; quippe ita proditae sunt jure civili actionis ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat is qui possessionem amisit eam rem se usu coe pisse et ita vindicat esse Quae actio publiciana appellatur ...*

Inst., II, 1, 40: *Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitate quam voluntate domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi (*).*

(*) Ulp., fr. XIX, 7: «La propia tradición es la enajenación de las cosas *nec Mancipi*. Por la misma tradición aprehendemos el dominio de estas cosas, a saber: si nos son *tradidas* en virtud de justa causa».

Gayo, II 20: «Y así, si te hubiere hecho tradición de vestidos, oro o plata, ya por causa de venta, ya..., aquella cosa inmediatamente se hace tuya, con tal que yo sea su dueño».

Inst., IV, 6, § 4: «Porque si se hubiere entregado a uno una cosa en virtud de una justa causa (por ejemplo, por causa de compra, de donación, de dote o de los legados), y antes de haber sido hecho dueño de dicha cosa hubiere perdido por casualidad su posesión, no tiene acción ninguna real o directa para reclamarla; porque, por Derecho civil, las acciones se conceden para que uno vindique su dominio; pero siendo demasiado duro que en este caso faltase una acción, se inventó una por el Pretor, en la cual aquel que perdió la posesión dice que ha usucapido aquella cosa que no usucapia, y de este modo la vindica como suya; cuya acción se llama publiciana ...»

El pasaje L. 35, D. 41, 1 (1), contiene el giro *non recessit ab eis dominium*, del cual Beseler sostuvo la interpolación, por el empleo del verbo *recedere*, y porque ello es una inútil repetición de la frase siguiente, *nulla alienatio est*. Hoy, el propio Beseler sostiene la interpolación de *non recessit—amittit—*, creyendo que más bien diría *dominium non amiserunt*. Francisci admite la interpolación de *non recessit ab eis dominium* por la reconstrucción del fr. 5, § 2, D. 27, 9, y por medio de los frs. de las Basílicas, 38, 9, 5 pr., §§ 1, 2.

También trae en su apoyo textos referentes al *jactus missilium*.

Por último, el texto que nos interesa, L. 36, D. 41, 1, del cual dice que su primera parte sólo puede referirse a la *mancipatio*, y que para criticarlo hay que contraponerlo a L. 18, D. 12, 1, y una vez hecho esto, resultará que la opinión de Juliano no era exactamente la que quería expresar la ley 36, D. 41, 1. Para el jurista clásico es necesario, para la eficacia de la tradición, el acuerdo de las partes sobre la causa y, además, que el período *constat—dissentierimus—* debe tenerse por compilatorio, siguiendo a Beseler. Efectivamente—añade Francisci—, en el además del concepto de la *proprietas* que *transit* aparece aún el uso, no clásico, del mismo vocablo *proprietas*, puesto que aquí no se tiene ninguna contraposición al usufructo o a la posesión.

Sin embargo, después de haber dicho que Juliano sostendría la necesidad del acuerdo sobre la causa, admite luego no estar interpolado el primer período del texto *Cum traditio*.

Da la siguiente reconstrucción del texto de Juliano:

Cum in corpus quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum debere, nam et si pecuniam numeratum tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi

(1) L. 35, D. 41, 1 (Ulpianus): *Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli, alii tradiderit, non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit* (*).

(*) L. 35, D. 41, 1 (Ulpianus): «Si mi procurador o el tutor del pupilo entregase a otro lo que era suyo, como mío o como del pupilo, no transfiere el dominio, ni se verifica enajenación, porque con error ninguno pierde el dominio de lo que es suyo».

creditam accipias <donatio non est> [constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissonserimus] (1).

Gerahrd Beseler, el célebre investigador de interpolaciones, que en fuerza del hábito llega a veces a consecuencias inadmisibles, también trata de los dos textos de que nos ocupamos en *Miscellanea. Traditio und causa*, pág. 221, 25 de Z. S. St., XLV.

Respecto del texto de Ulpiano hace estas dos observaciones:

Primera. Que detrás de *videndum* debe suplirse un *est*, y no como ha conjeturado Pflüger (*Bonner Festgabe für Zitelmann*, 1923, pág. 43 y sigs.) un *esse*, y esto por dos motivos: porque por encantamiento de la costumbre el lector se ve llevado a suplirlo y Ulpiano hubiera sido un mal estilista si hubiera dejado de poner *est* y hubiera, en cambio, puesto *esse*; y porque si el giro *sed an mutua sit videndum* fuera de Juliano, entonces resultaría inexplicable, porque nos escatimó Ulpiano la opinión de éste.

Segunda. En lugar de *nummi sunt consumpti* debiera ponerse, para evitar un cambio de sujeto nada elegante, *consumpsit nummos*, con lo que incluso ganaría en justeza la frase, al recaer la *voluntas dantis* no en la *consumtio* a secas, sino en la *consumtio* por el *accipiens*.

Respecto al fr. de Juliano dice Beseler lo siguiente:

«Que todo el párrafo *Cum... traditio* es incorrecto, porque el giro *consensus in corpore* es un estribillo de los bizantinos, como lo reconoció Pflüger y lo indican los textos siguientes: Gayo, III, 153—*consentiant [in societate]*—; D. 18, 1, 9 (Ulp., 28, *ad Sabinum*) [—] *si [igitur] <cum> —, [quia in corpore dissensimus] cmtio nulla est [—]. Inde quaeritur, si [—] actum—<vel> aces pro auro [—], au —[quia] ego [—] nullam—puto <quia aliud pro alio venisse videtur> [—]*; D. 18, 1, 11 y 14 (Ulp., 28, *ad Sabinum*); D. 18, 1, 15 pr. (Paulo, 5, *ad Sabinum*); D. 22, 4, 3 (Paulo, 3, *Responsorum*); D. 28, 1, 21, 1 (Ulp., 2, *ad Sabinum*); D. 30, 4 pr. (Ulp., 5, *ad Sabinum*); D. 41, 2, 34 pr. (Ulp., 7, *Disputatio-num*); D. 44, 7, 52, 4 (Modestino, 2, *Regularum*), y otros.

Que el plural *causis* es insoportable, porque no se concibe fácilmente el disenso sobre pluralidad de causas.

(1) Francisci, pág. 201 y sigs.

Que es imposible que Juliano haya podido confundir el concepto de causa *traditionis* (*mancipationis*) y el motivo constitutivo de la causa *traditionis* (*mancipationis*). El motivo constitutivo de la *obligatio* es el legado *per damnationem* o la *stipulatio*; la *obligatio* es el objeto de la *solutio*, y, por tanto, de la causa *mancipationis*.

Que resulta inadmisibles, por trivial, el cambio de tradición por mancipación.

Que el ejemplo introducido con la palabra *veluti* debe de haber sido, en su origen, servidor del problema de si el negocio jurídico *solutio*, en caso de disenso acerca de la causa de la *obligatio*, se conduzca de suerte que sea admisible una *condictio*.

Aun hemos de hacernos cargo de la tesis que el profesor de Lille, Raymond Monnier, recientemente, ha publicado en el tomo III de los *Studii in onore di Pietro Bonfante* en 1930.

Rechaza, con Beseler, la hipótesis emitida por Lehel de que en la primera parte del texto de Juliano se hablase de una mancipación.

En cambio admite la de Beseler de que el párrafo *Cum... traditio* está rehecho por los compiladores, salvo la terminación de *non animadverto cur inefficax sit traditio*, pues pueden muy bien haber sido usadas por Juliano para exponer su opinión. Pero si adoptamos la opinión de Bonfante, resulta que no hay disenso sobre la justa causa, ya que las partes están de acuerdo acerca del fin perseguido.

Examinando el párrafo siguiente de donación y mutuo, dice que desde el punto de vista lógico parece sorprendente que Juliano haya admitido la existencia de causa *traditionis* cuando hay desacuerdo de las partes *circa causam dandi atque accipiendi*.

Se deberá decir o que no hay justa causa o admitir que Juliano la identifica con la voluntad abstracta de enajenar y adquirir.

Le sorprende ver que sosteniendo, como parece sostener Ulpiano, opinión contraria, no obstante ello, haya consultado sobre la cuestión las obras de Juliano. De una confrontación de los textos parece resultar que en el ejemplo dado Juliano decía únicamente que no había donación, pues si no se explicaría cómo su contradictor aceptara la tesis, en cuanto a inexistencia de donación, y callara sobre el resto, sin decir si se adhería o no a Juliano. No reputamos válido el expediente de Siber (*Festgabe für Shom*, pág. 16) y Bohacek (*Annali di Palermo*, pág. 380), que pretenden que son los

compiladores los que han tachado en el texto de Ulpiano la solución de Juliano, porque habiendo prevalecido ésta resulta un contrasentido.

Se puede preguntar si la cuestión de si hay mutuo fué planteada por Juliano sin resolverla, o si, por el contrario, no dijo sobre ello absolutamente nada. A esto afecta la solución de la cuestión de si después de *videndum* hay que suplir un *est* o un *esse*. Monnier se siente inclinado a suplir un *est*, y, por lo tanto, a imputar el planteamiento de la cuestión a Ulpiano.

La crítica, desde el punto de vista filológico, confirma que Juliano no ha podido, según Monnier, escribir el final del fr. 36. La palabra *circa*, empleada aquí en el mismo sentido que la griega *περι*, de la que es traducción literal y de la que no usan los clásicos después del verbo *dissentire*.

Admite también la opinión de Francisco, según la que todos los textos que hablan de traspaso de propiedad del *tradens* al *accipiens* están interpolados, y, por lo tanto, éste, en cuanto dice: *Constat proprietatem ad te transire*.

Da la siguiente reconstrucción del texto de Juliano:

Non animadverto cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. (Sed.) Si pecuniam numoratum tibi tradam donandi gratia tu eam quasi creditam accipias, constat (donationem non esse).

La opinión de los clásicos estaría representada por la decisión de Ulpiano, en la que cree Monnier no ha expuesto una doctrina contraria a la de Juliano, pues hemos visto a lo que queda reducida. Más bien, pensaría Juliano plantea el problema incompletamente, pues sólo habla de *donationem non esse*, y, naturalmente, se le ocurrió pensar: ¿existirá mutuo?, y cómo en ello creaba una solución nueva del uso del verbo *puto*. Ulpiano debió de sacar la conclusión de que sólo después de la consumación de las monedas tendría *condictio*, pues antes poseía la *reivindicatio*. Quizá, sencillamente, decía cómo ha pensado Beseler (*Beitr.*, III, pág. 57; IV, páginas 126 y 127), y después Krueger, en su edición *Quare si eos consumserit (condictione tenetur)*. Pero creemos más verosímil la fórmula tradicional distinguiendo la *reivindicatio* y la *condictio*. O quizá así: *Quare (si quidem existent nummi vindi centur) si eos*

consumpserit condicione (tenebitur). (Véase, confirmando esto, a Ulpiano en Fr. 5, § 18; D. 24, 1) (1).

Sostiene también Monnier que es obra de los compiladores el fin de la decisión, *licet condicione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis, nummi sunt consumti*, porque cree imposible que Ulpiano, que no admite donación, atribuya a la tradición una importancia que no tiene, por no haber ocurrido regularmente, y, sobre todo, le repugna que haya presentado tal solución como consecuencia directa del hecho de que el *accipiens* no se hiciera propietario de las monedas que se le habían entregado.

Cita en apoyo de su tesis de exigencia de justa causa el fr. 18, § 1, *D. eodem*.

En fin, llega a la conclusión de que para los clásicos justa causa no era la mera voluntad abstracta de dar y recibir una cosa, sino que había hipótesis en que, a pesar de ello, no se transmitía la propiedad, y entre ellas está la de disentimiento respecto del fin perseguido por la operación, donación entre cónyuges, intercesión contra el S. C. Veleyano, etc. En cambio, dice que los compiladores pensaron de ello diferentemente.

UN NUEVO ESTUDIO DE EHRHARDT (2)

Ehrhardt, en su trabajo *Justa causa traditionis*, distingue el concepto que de ella tenían los juristas clásicos del que luego formó

(1) L. 5, § 18, D. 24, 1: *In donationibus autem jure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo, ab eaque cui donatum est, ut si quidem existet res, vindicetur, si consumita sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est* (*).

(2) No habiendo podido salir esta exposición de la doctrina de Ehrhardt en su debido lugar (después de la referencia a Monnier y antes de la exposición de la doctrina española), con objeto de entroncarlo de alguna manera en el plan general del trabajo, va ahora, formando capítulo aparte, lo cual no estuvo nunca en nuestros propósitos

(*) L. 5, § 18, D. 24, 1: «En las donaciones prohibidas por Derecho civil en tanto grado se revoca lo que se dió al donatario, que se puede vindicar si existe; y si se consumió, compete condiction por lo que aumentó su patrimonio el donatario».

la doctrina y práctica bizantinas. Comencemos por el concepto clásico.

Deduce de la consideración de las fuentes que se ocupan directamente de la adquisición de propiedad los límites del concepto de justa causa. La eficacia de las causas actúa en tres órdenes de instituciones. El círculo de *causae usucapionis* es más amplio, en tanto que el de la *causae condictionis* es más reducido que el de las causas *traditionis*.

La nueva doctrina alemana (Beseler, Siber, Pflüger) ha aceptado, al ocuparse de la contradicción de los textos D. 12, 1, 18 pr. y D. 41, 1, 36, que fué Justiniano el que elevó a justa causa *traditionis* lo que estaba al lado o junto a la causa *solutionis*: el negocio obligatorio precedente.

Beseler, en especial, ha declarado que «ningún romano negó que la *traditio solvendi causa*, en caso de inexistencia de una deuda, transmita la propiedad a un pupilo *traditio credendi causa*. Aunque parezca esta construcción inconsecuente». Esta idea de que una construcción de *traditio* en parte casual sea inconsecuente, no ha engañado a Beseler.

Esta opinión descansa en la siguiente consideración: Justa causa no es para los clásicos el negocio jurídico precedente, sino el negocio inmanente a la *traditio*. Donde no exista tal negocio inmanente, entonces se entiende que se hace tradición *ex causa solvendi*. Por lo tanto, se distinguen cuatro causas de tradición: *solvendi*, *credendi*, *donandi* y, como cuarto término que no conviene con el esquema, la *emptio venditio*. Se ve que estas cuatro causas, recíprocamente, son incongruentes; por ello, su coordinación es lógicamente imposible. Este punto de vista es apto a aclarar la mayoría de los textos, con excepción de aquellos que contienen otros contratos distintos de los reales, como *causae traditionis*. Sin embargo, tales textos son muy raros, porque el único contrato verbal que aún juega su papel en el derecho clásico es la *stipulatio*, que está regulada de manera especial, y porque el contrato consensual más corriente, la *emptio venditio*, ya forma parte especial de la numeración.

Lo que hace inaceptable la teoría es, en primer término, el ilogismo de la *traditio*, en parte abstracta y en parte causal, y porque el empleo que hace de la antigua terminología está en contradicción

de los textos. Ni *credere* ni *solvere* designan en la lengua de los juristas clásicos lo que deben significar aquí, ni se encuentra la expresión justa causa en las fuentes en el sentido admitido por la opinión dominante.

Al tratar de la justa causa—continúa Ehrhardt—hay que tomar en consideración las importantes investigaciones de Bonfante y de Donatutti. Por ellas hay que convenir que la expresión justa causa se tomó a la terminología del Edicto del Pretor. Además resulta averiguado que el Pretor, originariamente, ha creado la categoría de la *possessio ex justa causa* como una forma de posesión, especialmente protegida por él, en virtud de su poder soberano, ya que no son las partes, sino el Pretor, quien determina si existe o no una justa causa. Esta hipótesis excluye lo que sostiene Beseler de que en derecho clásico hubiera valido la *traditio*, en caso de nulidad de la causa querida unánimemente, pues donde no existe causa tampoco puede haber justa causa. Pero esto no basta para la definición de justa causa ni para la *usucapio* ni para la *traditio*. En este respecto hay que referirse más bien a las investigaciones de Donatutti, según las que *justus*, en la terminología clásica, siempre designa el acto de las partes en relación con el derecho positivo. La causa se eleva a justa causa sólo por la consideración que de ella tiene el Pretor. La causa tiene que estar reconocida jurídicamente para garantizar un *titulus* a la tradición y a la usucapión.

Para la caracterización de la causa hay, pues, que decir que ésta en la usucapión y en la tradición es el negocio de las partes que está a su base. Por el vocablo *justus* se confirma su eficacia contractual por parte del Pretor. En este lugar hay que referirse—dice Ehrhardt—al hecho que Bonfante designa como el caso más sencillo de usucapión: la *usucapio pro de relictio* (no *pro ocupatio*). El mero hecho de aprehensión, de posesión (y la ocupación no es otra cosa), no es la justa causa *usucapionis*, sino el negocio jurídico que permite esta toma de posesión: la *de relictio*.

Hay que ver qué sea la causa *traditionis*. Causa no es idéntico que *negotium*. Causa *traditionis* es (como admite la doctrina alemana) el negocio inmanente a la tradición. Este negocio, desde el consentimiento acerca de la finalidad de la entrega a realizar, hasta su ejecución, constituye, en opinión de los romanos, una unidad. El acuerdo, como tal, no se puede limitar a la transmisión de la

propiedad, porque (como ha demostrado De Francisci) no es transmisible. Debe más bien ofrecer al adquirente una equivalencia de la pérdida de la cosa. El fundamento del requisito de una causa para la *traditio* es la protección de los objetos patrimoniales. Cuando en la fortuna del enajenante no viene a sustituir un derecho contra el adquirente, a la propia cosa enajenada, el derecho romano no reconoce la enajenación como válida. En ello reside también el motivo de por qué la doctrina exige una justa causa, una causa reconocida por el Pretor, para la transmisión o entrega. El Pretor sólo tiene que reconocer la propiedad del adquirente cuando él al mismo tiempo esté dispuesto a otorgar al enajenante una *actio* distinta de la *vindicatio* (1).

Toca ahora examinar el concepto que para Ehrhardt tienen de la justa causa los bizantinos.

Justa causa es también en derecho bizantino el negocio causal, fundamental. Pero designándolo los bizantinos como una parte integrante de la tradición de la propiedad exigida como requisito de la equidad natural, se entiende que con ello se dice que es algo distinto de que la transmisión sea válida por derecho estricto.

A tal consideración de los juristas bizantinos frente al derecho positivo corresponde también en absoluto la creación de la *vindicatio utilis* y la permisión del uso de una serie de *condictionis* por el propietario (por ejemplo: *condictio ex injusta, vel turpi, vel sine causa, condictio ex lege*), y la creación de aquella *condictio generalis* que puede colocarse en lugar de las demás acciones.

El pensamiento de que junto a los ordenamientos jurídicos formales y positivos ciertos derechos son eternos e imperecederos, es un bien cultural de todo el mundo antiguo.

Es también indudable que el pensamiento de una *naturalis aequitas* ha influido ya en los juristas clásicos. Pero el pensamiento, en la forma en que actúa en el derecho de transmisión del *corpus juris*, es, seguramente, postclásico.

La ciencia bizantina ha añadido además a la teoría de la *translatio dominii* el requisito del *animus dominii transferendi*.

En el derecho bizantino aparece sólo mencionado el *animus dominii transferendi*. El *accipiendi*, en cambio, no está mencionado.

(1) Con ello se vuelve a la antigua definición, que es exacta, de que *justa causa est titulus habilis ad dominum transferendum*.

Hay que mostrar que los bizantinos no exigen esta voluntad de: *accipiens* en textos distintos de los del *corpus juris*.

La frase *animus dominii transferendi* falta en las fuentes latinas por completo, lo mismo que el giro *dominii transferendi et accipiendo*. En las fuentes griegas, por el contrario, se encuentra el *animus dominii transferendi*, mientras que falta en absoluto el *animus dominii accipiendo*. (Cirilo, en escolio I a Bas. 60, 10, 12 pr. y en Teófilo, II, 1, 40.)

El resumen de toda su investigación es el que se puede ver en el *Corpus juris* cinco grandes masas de textos, representativos de otras tantas construcciones jurídicas del negocio de transmisión de propiedad: el de la propiedad absoluta de los tiempos primitivos, el pensamiento bizantino (?) del pago del precio en la compraventa y los catagrafos como procedentes de la práctica bizantina, y, en fin, el *animus dominii transferendi* y la justa causa, requisitos de la doctrina bizantina.

•
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 derecha.—Teléfono 13906.