

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ES-
PECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año X

Noviembre de 1934

Núm. 119

Justa causa traditionis

SU CONCEPTO.—LA CONTRADICCION DE ULPIANO
Y JULIANO.—SOLUCION DE LA MISMA (WARKO-
NING, LENEL, EISELE, ZITTELmann, STROHAL,
HOFMANN Y DERNBURG)

Concepto original.—La *traditio* es en sí un acto equívoco, que, según las fuentes, puede transmitir la detención, posesión jurídica, derecho publicano y, finalmente, la propiedad, aun la quiritoria. Efectivamente :

Para detención, cfr., § 3, *Inst. quibus modis re contr. obl.*, 3, 14; fr. 5, § 10, *De instit. act.*, 14, 3; fr. 8, *De peculio*, 15, 1.

Para posesión jurídica, cfr.: fr. 12, *De vi et de vi armata*, 43, 16; fr. 19, *De peric et comm.*, 18, 6; fr. 21, *De usuf.*, 7, 1; l. 2, C., *De acq. poss.*, 7, 32; fr. 1, pr., *De pign. act.*, 13, 7; fr. 1, pr., *De rer. permut.*, 19, 4; l. 3, C., *De pactis inter. emt.*, 4, 54; § 7, *Inst. de act.*, 4, 6.

Para el derecho publicano, cfr., todo el título *De publiciana in rem actio*, 6, 2, así como *De exc. rei vend., et trad.*, 21, 3, en su significación actual.

Para la propiedad bonitaria, cfr., *De exc. rei vend. et trad.*, 21, 3, en su significación primitiva.

Para toda clase de propiedad, después de desaparecida la distinción entre propiedad bonitaria y quiritoria, cfr., fr. 11, § 2, *De act. empti. vendi.*, 18, 1; § 40, *Inst. de rer. div.*, 2, 1; fr. 15, *De rebus*, 34, 5; l. 2, C., *De crimine stellionato*, 9, 34.

Hasta aquí podemos ir de acuerdo con Strempel: el mero hecho de la entrega puede, en Derecho romano, significar todas esas cosas. A lo que no podemos asentir es a que no se requiera para la validez de la tradición una justa causa, pues frente a esa afirmación están los conocidos textos:

L. 20, C., *De pactis*, 2, 3 : «*Traditionibus et usucaptionibus, dominia rerum non nudis pactis transferentur*» (1).

L. 31, D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1 : «*Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur*» (2).

Y l. 24, C., *De rei vind.*, 3, 33, junto con Gayo, II, § 20.

Esos textos son incombustibles: la justa causa es un requisito de la tradición. Ahora bien: si la concepción de justa causa, como *obligatio præcedens*, choca con la sistemática romana, especialmente de las *condiciones*, será que justa causa es otra cosa distinta; pero no que no resulte requisito de la tradición válida.

Ya hemos expuesto, con toda la amplitud de referencias que nos ha sido posible, los distintos conceptos de justa causa. De ellos el que más nos agrada es el de Exner, quien, sin embargo, llegada la hora de dar una definición, sale por el registro de decir que justa causa es la suma de hechos objetivos y subjetivos que han provocado un negocio concreto de tradición; lo cual, como se ve, es no decir casi nada, porque inmediatamente se impone la pregunta de cuál sean esos hechos subjetivos y objetivos.

Sin embargo, de éste se pueden aceptar las ideas que desarrolla en su apéndice, de que justa causa, tal como él lo entiende, es algo de contenido negativo, y esta afirmación, unida a una consideración algo detenida de prohibiciones legales de transmitir es de un alto valor para la fijación del concepto de justa causa.

También es interesante y admisible la afirmación del mismo de que la justa causa tiene un valor, a lo sumo, impeditorio, pero de ningún modo constitutivo de la tradición.

(1) L. 20. C. *de pactis*, 2, 3. El dominio de las cosas se adquiere por tradiciones y usucapiones, no por meros pactos.

(2) L. 31, D. *De acq. rer. domh.*, 41, 1. La mera tradición nunca transfiere el dominio, si no hubiere precedido venta u otra justa causa, en virtud de la cual se siga la tradición.

Hofmann insiste en las huellas marcadas por Exner, aceptando esas dos afirmaciones, y añade otra que podemos aceptar en cierto sentido, y es el de que la justa causa hay que entenderla no objetiva, sino subjetivamente; es decir, como *justus animus*, y que la tradición es inválida cuando ocurre injusto ánimo. (Véase el capítulo destinado a *injustae causae condictiones*.)

En fin, de la doctrina de Savigny y continuadores no hay por qué rechazar la idea de que justa causa es la voluntad concorde de dar y transmitir una cosa.

Adquiridos estos elementos, hemos construído la siguiente definición de justa causa:

Justa causa es el acuerdo de voluntades de dar y recibir una cosa o un derecho real (de las que la más importante es la voluntad de dar, y que ordinariamente se incorpora en un contrato u obligatio), sin valor constitutivo de la tradición, y cuya falta es meramente impeditiva y que no esté incurso en una prohibición legal.

Razonemosla y expongamos el plan a seguir.

Decimos que es acuerdo de voluntades, con lo cual rechazamos la concepción de Hofmann de *justus animus*. Con ello nos ponemos dentro de los requisitos del célebre pasaje de Juliano, en su interpretación más generalizada. En cambio, podríá oponérseos el pasaje de Gayo, *Rer. Cott.*, transcrita en *Inst.*, II, 1, § 40, que pide sólo la voluntad del *tradens*. Pero aun cuando esto no fuera un recurso literario para dar más fuerza a una proposición, resulta que es único en Derecho romano, que está en contradicción con el pasaje de Juliano, y que, como dice Karlowa, andando por medio la equidad natural, puede referirse a una tradición de derecho de gentes, usada por los romanos incluso para las cosas *mancipi* antes de que se reconociera valor a la tradición para transferir la propiedad civil de cosas *mancipi*.

Esto aparte de que, naturalmente, se alcanza que en el acto de la entrega hay un acuerdo de voluntades, pues tiene que haber uno que quiera dar y otro que quiera recibir.

Acuerdo de voluntades de dar y recibir una cosa. Rechazamos, pues, abiertamente la vieja doctrina del justo título, que quedó malherida por el artículo de Warköning, confirmado después por otros investigadores.

El obstáculo más grave a esto, contenido en el § 41, *Inst. de rer. div.*, que menciona un precepto de las XII Tablas, según el que, en caso de compraventa, no se transmite la propiedad sino contra pago del precio, le apartaremos, con una consideración histórica del mismo precepto, terminada con su calificación jurídica en el derecho clásico.

Otros obstáculos, contenidos en dos textos de Ulpiano (l. 18, D., *De reb. cred.*, 12, 1, y l. 25, 1, D., *De usufr.*, 7, 2), serán desvanecidos, el primero, por su consideración conjunta, con el contradictorio de Juliano, y el segundo, por su manifiesta contraposición con la teoría de las *condiciones*.

Lo que añadimos a continuación de que esas voluntades concordes, la más importante es la voluntad de dar, es una concesión que hacemos a Hofmann, pero que se apoya en el famoso texto de Gayo, *Rer. Cott. Inst.*, II, 1, 40, y porque en la consideración de las llamadas *causae injustae* veremos la importancia que juega la calidad del *tradens* (recuérdense SS.CC. Veleyano y Macedoniano).

No necesitamos demostrar que ordinariamente la tradición será consecuencia de una *obligatio praecedens*, que será un pago. El acuerdo de voluntades de dar y recibir una cosa o derecho real se incorporará, la mayoría de las veces, en un contrato.

Justifica Exner el concepto de que la justa causa tiene un valor impeditivo, diciendo: «La naturaleza de esta independencia es totalmente distinta que la que hay entre adquisición por usucapión de la justa causa *usuaptionis*, o de las obligaciones contractuales no formales de la causa *obligandi*; allí la existencia de cierta causa es presupuesto y requisito del nacimiento del derecho, en la tradición sólo posible impedimento de la misma; la causa actúa allí constitutivamente; aquí, a lo sumo, impeditivamente. Por tanto, en los contratos no formales la prueba de la causa *obligandi* es necesaria para fundamento de la acción al que quiera hacer valer la existencia de la *obligatio*; mientras el *accipiens* de la tradición, como vindicante frente al tercer poseedor, nada tiene que probar, fuera de la tradición de la propiedad y la propiedad del actor, en tanto que al demandado corresponde sostener y probar que la propiedad fué traída a base de causa injusta; por ejemplo, contra SC. Macedoniano o por *donatio inter virum et uxorem*.

Finalmente decimos que no está incuso el acuerdo de voluntades y su consecuencia, transmisión de propiedad en una prohibición legal. Es lo que hace que el concepto de justa causa sea un concepto negativo ; pero que es el único que le conviene. Cuya idea también parece ser de Bonfante, cuando en *Inst. de Derecho romano*, págs. 270 y siguientes, dice : «Que las *justae causae* no están taxativamente fijadas, y que, en cambio, sí lo están las *injustae*.»

Que estamos en lo cierto al añadir este carácter a la justa causa nos lo demuestra que Ulpiano, l. 3, § 1, D., 6, 2, llama a la causa *dotis justissima*, de lo cual se deduce que los conceptos de injusta causa, justa causa y *justissima* causa se fijan por el aprecio que de ellas hace el legislador.

El plan a seguir, en lo restante de nuestro trabajo, será :

La contradicción de los textos de Ulpiano y Juliano, crítica de los mismos y tentativas hechas para ponerles de acuerdo.

La l. 25, § 1, D., *De usufr.*, 7, 1.

Consideración del precepto contenido en § 41, *Inst. de rer. div.*

La justa causa *traditionis* y las *condictiones*.

Las llamadas *injustae causae*.

Resumen.

La contradicción de los textos de Ulpiano y Juliano.—Los textos dicen lo siguiente :

L. 18, pr. D., *De rebus creditis*, 12, 1. (Ulpiano, VII, *Disputationum*) :

Si ego pecuniam tibi quasi donatus dederò, tu quasi mutuam accipias Julianus scribit, donationem non esse; sed an mutua sit videndum. Et puto nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. Quare si eos consumperit, dicet condictio ne teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis, nummi sunt consumpti.

Si yo te hubiera dado dinero como para donártelo, y tú lo recibieras como en mutuo, escribe Juliano que no hay donación ; pero se ha de ver si hay mutuo. Yo opino que tampoco hay mutuo y que es más cierto que el dinero no se hace del que lo recibe, porque lo recibió en otra inteligencia. Por lo que, si lo hubiere consumido, aunque esté obligado por la *condiction*, podrá, sin embargo, usar de la excepción de dolo, porque el dinero se consumió conforme a la voluntad del que lo da.

L. 36, D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1 (Julianus, XIII, *Digestorum*).

Quum in corpus quidem quod traditur, consentiamus, in causis vero dis-
sentiamus, non animadverto, cur in-
officax sit traditio; veluti si ego cre-
dam, me ex testamento tibi obligatum
esse, ut fundum tradam tu existimes
ex stipulatu tibi eum deberi; nam et
si pecuniam numeratam tibi tradam
donandi gratia, tu eam quasi credi-
tam accipias, constat proprietatem ad
te transire, nec impedimento esse,
quod circa causam dandi atque acci-
piendi dissenserimus.

Cuando convenimos, ciertamente, respecto a la cosa que se entrega, pero disentimos en cuanto a las causas, no advierto por qué sea ineficaz la entrega; por ejemplo, si yo creyera que estaba obligado, en virtud de un testamento, a entregarte un fondo, y tú estimases que se te debía en virtud de estipulación; porque también si yo te entregase, por vía de donación, dinero contante, y tú lo recibieses como acreditado, es sabido que pasa a ti la propiedad, y que no es impedimento que hayamos disentido respecto a la causa de dar y de recibir.

Es éste uno de los puntos que más literatura han provocado, pudiendo parangonarse con la producida por los textos contradictorios sobre la herencia yacente, L. 24, D., *De novat.*, 46, 2 (Pomponio), y L. 34, D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1 (Ulpiano), o con las obligaciones correales, de las que puede decirse, con Yhering, que no hay autor que no haya escrito sobre ellas desde Dumoulin acá.

Hay soluciones para todos los gustos. Desde los que, como Pothier, *Traité de domaine*, número 238, y Glück, *Kommentar*, tomo VIII, pág. 121, que aun sosteniendo la necesidad de la *obligatio praecedens*, siguen, no obstante, a Juliano, hasta Exner, que desdeña la cuestión, porque dice que por argumentos de fondo está resuelta desde el principio, pasando por Puchta y Vangerow, *Pand.*, I, 652, que se contentan con resignarse a la insolubilidad de la contradicción, y por Lenel Strohal, Monnier, Beseler y otros, que proponen sendas interpretaciones y soluciones de la dificultad.

Expondremos las más interesantes opiniones sobre la materia y diremos al final nuestra propia opinión sobre el asunto.

Warköning despacha el asunto con las siguientes palabras, sin añadir ninguna justificación: «Por lo que se refiere al segundo ejemplo de Juliano, tenemos ciertamente en L. 18, D., *De reb.*

cred., la decisión contraria de Ulpiano en estas palabras : *et puto nec mutuum esse, magisque nummos accipientis non fierit...* Un nuevo escritor cree que Juliano ha citado por la palabra *constat* la opinión, admitida en la práctica como otra prueba de su principio, la cual rechaza Ulpiano con las palabras *non puto...*; en Derecho romano está sólidamente asentado el principio de que el error *in causis tradendi et accipiendi* no perjudica a la transmisión de propiedad, sí, en cambio, hace nulo el contrato.

A pesar de que alude con cierto reproche a los autores que consideran la dificultad como insuperable, de sus explicaciones sobre el asunto la misma conclusión se saca : que le merece mayor confianza el texto de Juliano y que Ulpiano disiente de él.

El célebre romanista Lenel, en un artículo sobre investigaciones en los comentarios del edicto (*Z. S. St.*, III, págs. 114 y siguientes) expone, por vez primera, un argumento que después ha de ser un lugar común en todos los tratadistas.

No es inverosímil—dice Lenel—, que en la primera parte de la ctia (L. 36, *De acq. rer dom.*) o fr., hayan sido interpóladas las palabras *traditur, traditio, tradam*, en vez de *mancipio datur, mancipatio y mancipio dem.* En pro de esto hasta habla el objeto del contrato de transmisión de propiedad allí mencionado ; un fundo, es decir, una *res mancipi*, respecto de la cual el deudor está obligado, en primer lugar, a la transmisión de propiedad y luego lo está también a la mancipación o a la *in jure cessio*. En pro habla además que el argumento traído en la segunda parte, de la tradición, sólo tiene sentido exacto bajo el presupuesto de que en la primera parte del texto no se hable de tradición.

Luego, haciéndose cargo del argumento en contrario que resulta de la naturaleza abstracta de la mancipación, dice que por eso sólo emite una hipótesis, que no una conclusión, a la que asienta sin reservas.

Eisele, en un trabajo titulado «Civilistische Kleinigkeiten», publicado en *Jahrbücher für Dogmatik*, XXIII, págs. 1 y siguientes, nos da una interpretación interesante de Zittelmann, que refuta, y a continuación expone la suya propia.

Dice Zittelmann (*Irrtum und Rechtsgeschäft*, pág. 531 y siguientes.) que en fr. 18 pr. de reb. cred. 12, 1 después de *nec mutuam esse*, debe colocarse un punto, y las palabras *magisque*

nummos accipientis non fieri serían de un caso nuevo y lo característico de este nuevo caso estaría en *quam alia opinione acceperit—si alia opinione acceperit*—y en suma debería traducirse así: ¡Si aún más! No se traspasa la propiedad si el *acciens* ha tomado el dinero en opinión distinta que la de adquirir la propiedad. También añade Zittelmann que las palabras *cum alia opinione acceperit* deben tomarse como fundamento de la frase *nec mutuam esse* y que debería traducirse: tampoco se produce el préstamo porque reciba el dinero en opinión distinta, es decir, no con opinión de préstamo, sino con opinión de donación.

Contra lo que objeta Eisele, que, aparte otras dificultades, da a *magis* una traducción completamente inadmisible en las fuentes. En el sentido que le da Zittelmann, las fuentes usan de *plus* así: I. 5, *qui test. fac. poss.* 28, 1; I. 10, § 7 de *in rem verso* 15, 3; I. 72 de *usuf.* 7, 1; I. 2, § 7 *sol matr.* 24, 3. La palabra *magis*, usada en su recto sentido, lo está en infinidad de textos, entre otros: I. 18 *pr. de serv, rust.* 8, 3; I. 6, § 3, *com. praed.* 8, 4; I. 7 *pr. comm. divid.* 10, 3; I. 23 *eodem*; I. 5, § 3 de *jure juringo* 12, 2; I. 4, § 3 de *in lite jur.* 12, 3; I. 10 de *statu hom.* 1, 5; I. 14, § 1, *comm. divid.* 10, 3; I. 21 *pr. de dom inter vir. et ux.* 24, 1.

Contra lo segundo está el texto, dice: *quasi mutuam accipias.*

Eisele parte en su interpretación de que la tradición es un acto causal, y refiriéndose al texto de Juliano, cree que hay que distinguir en él dos partes: la primera, en que las partes están de acuerdo respecto de la causa *solvendi*, aunque varíen en cuanto al hecho que fundamenta la deuda que se amortiza. En el segundo, hay disenso respecto a la causa *traditionis*. El texto parece indicar que se trata de un ejemplo *velutisi* y de un argumento a *fortiori nam et si*.

No parece aceptable que, diciendo Juliano—a pesar del disentimiento de las partes del ejemplo donación y préstamo—la propiedad se transmite, pueda generalizarse el principio. Y lo prueba el siguiente argumento: El donante está dispuesto a aceptar el préstamo, que es lo menos, pero ¿estaría lo mismo cuando el prestamista oyera que el *acciens* lo tomaba como donación? (1).

(1) L. 52, loc. cond., 19, 2 (Pomponius): «Si decem tibi locem fundum,

Compara el texto de Juliano con el de Ulpiano y dice que caben tres interpretaciones :

1. Ulpiano justifica no su propia opinión, sino la de Juliano, pues en vez de continuar *sed an mutua sit videndum*, lo hubiera hecho de modo distinto si Juliano hubiera dicho que no se producían ni *mutuo* ni donación. Más bien hubiera dicho : *Julianus scribit nec donationem, nec mutuum esse. Sed an nummi fiant accipiens videndum.*

2. Si hubieran ocurrido las cosas del modo contrario, hubiera dicho : Juliano escribe que no hay donación, con lo cual estoy de acuerdo, pero que exista un préstamo me resulta dudoso y yo sostendría más bien que

3. Que Juliano hable de donación, pero se calle respecto del *mutuo*. Pero contra esto está la L. 20 de *Reb. cred.*, 12, 1.

La opinión de Eisele es que, tanto Juliano como Ulpiano, conciben la tradición como contrato causal, pero que mientras Juliano admite la existencia de préstamo, Ulpiano no admite ni la existencia de préstamo ni de donación. Y añade que cree que en la compilación de Justiniano debe darse preferencia a la opinión de Ulpiano, porque de él se transcribe toda la decisión completa, en tanto que la de Juliano sólo se transcribe parcialmente.

Entremos ahora con la explicación larga y farragosa de Strohal, publicada bajo el título «*Rechtsübertragung und Kausalgeschäft*», en el tomo XXVII del *Jahrbücher de Yehring*. Se publicó el trabajo para combatir el proyecto de Código civil alemán, en cuanto admitía el contrato real.

Recoge la suposición lanzada por Lenel y pretende reforzarla con las siguientes razones :

1. Tratando la primera parte de L. 36 de una *res mancipi*, la segunda de una *res nec mancipi*, sólo podría aceptarse la hipótesis de que así lo hubiera escrito Juliano, bajo el presupuesto de

tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluria erit conductio, quam quandi ego putavi (*) .

(*) L. 52, loc. cond., 19, 2 (Pomponius) : «Si te arrendase el fundo en diez, y tú creíste que en cinco, no se verifica la locación ; pero si yo te lo arrendé en menor cantidad, y tú creíste que te lo arrendaba en más, ciertamente, no se entenderá arrendado en más de lo que yo juzgue.»

que para el derecho clásico regían las mismas normas respecto a la causa en la tradición de cosas *mancipi* y *nec mancipi*. Pero esto suscita grandes dificultades. Pongamos un ejemplo: Un propietario de una *res mancipi*, que lo es por derecho quiritorio, ha hecho tradición de ésta; la tradición será suficiente, aunque no haya acuerdo sobre la causa para transmitir la propiedad bonitaria. El *tradens*, como propietario quiritorio, conserva *ipso jure* la acción reivindicatoria contra el *acciens*, y éste opondría la *exceptio rei venditae et traditae*, a la que, a su vez, el *tradens* podría oponer con éxito una *replicatio doli*, porque falta al *acciens* derecho a poseer, por no haber una causa en sentido objetivo y habiendo surgido el deber de restitución. O ¿debería más bien el *tradens* que conserva la propiedad quiritoria hacer uso de una *condictio indebiti* para recuperar el fundo? En contra de esto está lo que sabemos respecto de la *exceptio reivenditae et traditae*. Esta protegía al *non dominus* contra el *dominus* cuando en la reivindicación de éste existe un dolo, pero no cuando la mala fe está en el lado del *non dominus*. Todos los datos de las fuentes, referentes a esta *exceptio* suponen que sólo puede beneficiar a un demandado que frente al actor tiene derecho a la posesión, que reposa en un negocio causal y la L. 1 (Ulpiano), § 5, D. de *exc. rei. vend. et trad.* 21, 3, hace notar la posibilidad de una réplica que desvirtúa la *exceptio*, aun cuando se descubran vicios en el negocio jurídico a que apela el demandado. Resulta, pues, que la primera parte del texto no puede hablar de tradición, por citar una cosa *mancipi*.

2. El caso tratado en la primera mitad de L. 36, sólo es de interés práctico si la obligación o la prestación no existe jurídicamente, ni *ex testamento*, ni *ex estipulatu*, como presumieron, respectivamente, el dador y el tomador. Pues, en caso de existencia de tal obligación, la propiedad se transmite, importando poco si por mancipación o por tradición.

Si se tratase, pues, de una prestación indebida del fundo, entonces Juliano sólo puede haber hablado de mancipación, no de tradición, porque ésta en tal situación, según se expone bajo cifra 1, hubiera sido ineficaz, mientras sería exacto que Juliano dijera: Sea eficaz la mancipación del fundo, aunque entre las partes no haya existido acuerdo respecto al título del solo supuesto deber de prestar.

3. En pro había también la defectuosa elección del ejemplo dado por Juliano en la segunda parte del frag., puesto que queriendo mostrar la irrelevancia del disenso respecto de la causa de transmisión de propiedad, se ve constreñido a tratarlo en un caso crítico especial, en que el *tradens* enajena a título gratuito y el *accipiens*, por el contrario, quiere adquirir lucrativamente. Así podría decirse que Juliano plantea más bien el caso de si la cuestión del disenso acerca de la causa no sea, bajo ciertas circunstancias, meramente aparente, y, por tanto, no perjudicial.

4. Es notable también la manera como Ulpiano contradice a Juliano, pues no va contra el principio general que plantea éste respecto a la causa de la tradición, sino contra la decisión especial de la segunda mitad. Y la rechaza diciendo que no hay ni mutuo ni donación, con lo cual el disenso, respecto a la causa, no tendrá ya importancia. Para argumentar así, Ulpiano debía estar de acuerdo con Juliano respecto del principio. Parece, pues, que el pensamiento de Juliano sería: después de haber constatado que el disenso, respecto de la causa, no influye en la validez de la mancipación, añadiría que, aun en la tradición de cosas *nec mancipi*, podrían darse casos en que no perjudicara el disenso sobre la causa; así, por ejemplo: si A. entrega *donandi animo*, etc.

Ulpiano contradiría lo último diciendo qué, a falta de acuerdo sobre la causa, no habría tradición.

Como no se puede resolver la cuestión de a quién ha de otorgarse preferencia, Strohal pretende resolver la dificultad planteando casos prácticos.

A) Primus envía como regalo 100 a Secundus, quien replica estar dispuesto a recibirlas como préstamo. Haciendo Secundus condición de la aceptación el consentimiento al préstamo, no hay traspaso de propiedad (éste no es el caso de las fuentes que hablan de *alia opinione accepit*).

B) Primus regala 100 y Secundus acepta reconocido, pero declara que más bien querría considerarlo como préstamo. El ulterior desarrollo del ejemplo sería de la siguiente manera: o bien Primus declara retirar la oferta de donación y aceptar el préstamo, o bien puede verse en la declaración de Secundus una aceptación, cuando menos eventual, de la donación; o bien Primus cierra la discusión diciendo que no piensa en el pago si Secundus no mejora

de suerte, pero sí, si se enriquece; o bien Primus no dice nada a la contraproposición de Secundus.

Parece existir en esas cuatro combinaciones un acuerdo sobre justa causa. Por lo que hace a la tercera, y quizá también a la cuarta combinación, no hay ni donación ni mutuo, sino una especie intermedia, quizá una *naturalis obligatio*. En todo caso, y a pesar de las discusiones, existe un campo delimitado entre donación y mutuo que llega a ser un consentimiento suficiente para la existencia de justa causa.

C) Primus entrega 100 como regalo a Secundus, tardo de oído, y éste lo agradece, y a los pocos días remite un recibo acreditativo de deuda. ¿Existe aquí transmisión de propiedad?

Quizá sea este caso, u otro análogo, el que haya servido de modelo a las fuentes. Ulpiano rechaza la transmisión de propiedad por falta de causa, pero no puede velar que el disenso existe, porque el *accipiens* no oyó al *tradens*, y que el primero, de haber entendido bien, hubiera estado de acuerdo con la donación y así gozaría de una *exceptio doli* contra la *condictio sine causa* fundada en el disenso respecto de la causa. Después de estas consideraciones no ha de extrañarnos que Strohal, que defiende la doctrina tradicional, se encare con Ulpiano tachándole de inconsecuencia al otorgar una vindicación al *tradens*, que sancionaría una deslealtad.

Termina Strohal la consideración de este asunto con la siguiente proposición: la suma de lo dicho es que es necesaria la justa causa para el traspaso de propiedad y que Juliano y Ulpiano suponen este principio como natural. Si después llegan a conclusiones distintas, se debe a la condición especial del caso planteado por Juliano, que requiere distinta solución, según las circunstancias anejas que se le añadan. Y hasta puede decirse que se acomoda más a la entraña del asunto la decisión de Juliano que la de Ulpiano.

Hofmann plantea la cuestión de la siguiente manera: Algunos creen que la opinión de Ulpiano y de los que le siguen reposa en un defecto de observación y análisis jurídico. Se debería distinguir el contrato real del obligatorio y no mezclar los supuestos de ambos. Así Puchta piensa que Ulpiano ha estado tan preocupado con el lado obligatorio, que ha tratado insuficientemente la cues-

tión de propiedad. Como si la causa fuera idéntica que la *obligatio praecedens*. Otros opinan que, si se sigue a Ulpiano, hay que considerar la causa en sentido objetivo y contarla entre los requisitos positivos de la tradición. Pero estas dos cuestiones no tienen entre sí nada de común. Aquí la cuestión es sencillamente: ¿Existe o no acuerdo de voluntades (contrato) cuando uno da algo *animo donandi* y el otro lo acepta *animo mutui*? Por eso la cuestión está en los hechos subjetivos, no en los objetivos. Ni Ulpiano ni Juliano pensaron en aquel supuesto requisito de una causa *traditionis* concebida, según la antigua teoría. La diversidad de opinión tiene otro sentido.

Luego dice que la opinión de Juliano y de la mayoría de los juristas se funda en la idea de que existen un *animus dominii transferendi et adquirendi*. Que se funda en el apotegma *utile per inutile non vitiatur* y en la analogía del disenso respecto a la cantidad que se resuelve a favor de la suma concurrente. Pero esto, que es lógico aquí, no lo es trasladado a nuestro caso, porque transmisión de propiedad y finalidad son igualmente esenciales. Sin acuerdo de voluntades, no hay contrato de transmisión. La cuestión se plantea así: A), el que para la tradición exige la existencia objetiva de una causa, es decir, de una donación real y efectiva, un préstamo válido, ése consecuentemente considerará que el error *in causa* perjudica a la transmisión de propiedad; B), y, al revés, el que declara relevante el error *in causa*, se declara, por la concepción de la *justa causa traditionis*, como negocio jurídico válido, que es presupuesto en toda tradición, y esto es fundamentalmente falso. Sin consentimiento respecto de la causa, no hay existencia objetiva de la misma. Pero sin existencia objetiva de la causa, aun puede haber un consentimiento, por ejemplo: el pago de lo indebido.

Examina el texto de Ulpiano y cree que es un lugar común considerar existente una contradicción entre I. 18, D. de *rebus creditis* 12, 1, y el principio de que no es requisito positivo de la tradición una justa causa en sentido objetivo.

Con el fundamento se pone también la consecuencia, pero no viceversa. En consecuencia: 1) Disenso (fundamento), luego causa inválida (consecuencia, pero no 2), causa inválida, luego disenso;

3), causa no inválida, luego no hay disenso, pero no 4) no hay disenso, luego causa no inválida.

Resulta que es exacta la consecuencia primera: para quien el *error in causa* es decisivo, para él también lo es, la invalidez de la causa. Con otras palabras: no se requiere consentimiento respecto a la causa, luego la existencia objetiva de la causa tampoco es requerida.

La consecuencia segunda, sin embargo, es inexacta. Si es decisiva la invalidez de la causa, también lo será el disenso respecto de la misma. Con otras palabras: si no se exige la existencia objetiva de la causa, tampoco se exigirá el acuerdo de voluntades respecto a la misma.

De nuevo es exacta la argumentación tercera: si no es decisiva la invalidez de la causa, tampoco lo será el disenso respecto de ella. Con otras palabras: si se exige objetivamente una causa válida, se exigirá también acuerdo respecto a la misma.

Por el contrario, hay una falta en la conclusión cuarta. Disenso no decisivo, luego la validez de la causa no lo es tampoco. Con otras palabras: Si se exige acuerdo respecto a la causa, se exigirá también la existencia objetiva de la misma.

El resultado a que llega Hofmann es el siguiente: Ulpiano (quizá también Javoleno 1. 55, D. de O. et A. 44, 7) (1). Pensó de la naturaleza del acuerdo de voluntades en la transmisión de propiedad, de modo distinto que Juliano. Pero una vez admitido esto, le resulta improbable que ambos hayan pensado de diferente manera respecto a la relación de la causa para con la tradición.

El eminent pandectista Denburg, siendo profesor de la Universidad de Zürich, también emitió su opinión sobre el asunto, y, aunque de resultados completamente contrarios, con una argumentación muy parecida a la que usa Strohal.

(1) L. 55: In omnibus rebus, quae dominium transferum, concurrat opertus affectus ex utraque parte contrahontium; nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelivet alia causa contrahendi fui, nisi, aliis utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur, non potest (*).

(*) L. 55: «En todos los contratos por los cuales se transfiere el dominio es necesario que se dé la voluntad de los contratantes, porque no se puede contraer venta, donación, conducción ni otro contrato alguno sin que se verifique la voluntad de que se perfeccione el contrato ya empezado.»

En él (1) sienta el principio general de que la entrega de propiedad es esencialmente diferente de la aceptación de obligación. Para que nazca una obligación válida, es necesario que se cumpla la intención (causa) de la obligación, en tanto que en la entrega de propiedad ocurre lo contrario. Si no se cumple la causa prevista por el *tradens*, únicamente le quedará a éste como recurso una *condictio*. Y respecto de las *condiciones*, Ulpiano dice en L. 12, D. *usufructus quemadmodum 7, 9 proditum est, neminem nisi a fure rem suam condicere posse*, de donde, a contrario, se deduce que la *condictio*, salvo la furtiva, requiere que la cosa no esté ya en propiedad del que usa de ella.

¿Cómo compaginar con ello el que Ulpiano, el propio Ulpiano, diga en L. 18 D. *De rebus creditis*, 12, i precisamente lo contrario? ¿No habrá quizá que buscar, en la práctica, la solución de esta antinomia de los dos textos tantas veces citados?

De pasada cita la opinión de algunos autores: Scheurel (Beiträge), no quiere oír hablar de un error de Ulpiano, sino que éste, premeditadamente, quiso rechazar la opinión contraria de Juliano y que lo motivó suficientemente con la frase: *cum alia opinione acceperit*. Cree a Ulpiano defensor de la teoría de la justa causá.

Glück (VIII, 122) y Huber (*Eunomia legum ad h. lex*), sostienen que Ulpiano mantiene su opinión por motivos teóricos y la otorga preferencia por analogía jurídica. Juliano, en cambio, representaría el principio viviente en la práctica.

Donello, Vinnio y Pothier, dicen que Juliano hablaba *subtilitate juris*, en tanto que Ulpiano lo hacía del efecto final del negocio que a la larga no permite el enriquecimiento del *accipiens*, a pesar de que haya sido la propiedad transmitida formalmente; Ulpiano, pues, diría: *nummos accipientis non fieri*, porque el dinero podría reclamarse por una *condictio*.

Contestando a estas preguntas, continúa Dernburg diciendo que no puede negarse la existencia de una contradicción que debemos tratar de superar. La práctica de la vida real quizá nos dé la solución.

En los textos se habla siempre de un disentimiento de las par-

(1) *Archiv. für die Civilistische Praxis*, t. XL, págs. 1.^a y sgtes.—*Beitrag zur Lehre von der justa causa*.

tes. Pues bien, pongamos un ejemplo: A. quiere contratar un préstamo al que B. no está dispuesto, sino que pretende hacerle donación de esa cantidad, pero, a pesar de todo, A. recibe la suma y la guarda en su cartera, pretextando que no acepta la donación, esperando que, al fin, B. asienta a sus pretensiones. En este caso, como A. dice expresamente no quiero recibir sino en préstamo, no hay transmisión de propiedad.

En el caso de Juliano, el disenso no es explícito, como en el antes propuesto, sino que reposa en un error respecto de la intención del otro, y, en consecuencia, admite la transmisión de propiedad. Si así no fuera, el segundo caso que sirve de justificante del primero, sería incongruente con éste.

En cambio, la solución de Juliano no se avendría con las circunstancias del caso planteado por Ulpiano, porque en éste parece haber un expreso disentimiento, que no ha sido cancelado. (En este sentido se emplea ese vocablo en I. 21, § 2, D. *De acq. emti* 19,1 y I. 8 D. *De rebus creditis* 12,1).

El *tradens* puede estar en dos posturas: o bien no supo la intención de la otra parte (préstamo), y entonces resulta no haber fundamento para la existencia de un préstamo, o bien lo supo el dador, y, sin embargo, no dijo nada; parecería como que, al remitir el dinero, se conformó con la idea del préstamo. Pero como Ulpiano dice *nec mutuam esse*, en la duda hay que sostener que el dador persiste en su intención. Y en este sentido el giro, *magisque nummos accipientis non fieri*, resultaría que solamente podría comprenderse desde el punto de vista de sólo quererlo recibir como préstamo, y esto manifestado en declaración expresa.

Bajo este supuesto de declaraciones expresas de ambas partes, se mantiene bien el final del texto, donde se dice que la *condictio* podría rechazarse por *exceptio doli, quia secundum...*

Si se presupone que sólo existe un mero disentimiento, que ambas partes no se dieron a conocer sus intenciones, resultaría incomprensible el texto. No se podría concebir la existencia de un *dolus* por el arrepentimiento del dador respecto a la oferta de donación que no llegó a encarnar en un negocio jurídico obligatorio. Pensando el *accipiens* en un préstamo, no puede extrañarse de que luego se le reclame el dinero, pues no conoció la existencia de la

intención de donar. El argumento contrario vale si se acepta que el *accipiens* conoció la voluntad del donante.

De esta manera interpretado, desaparece la incongruencia de I. 18 *reb cred.* 12,1 con L. 36 D. *De acq. rer dom.* 41,1.

Concluye Dernburg exceptuando de la proposición general de que el disenso respecto a la causa no influye en la tradición, los casos en que las partes, expresamente, hacen depender la transmisión de propiedad de la consecución de una determinada causa jurídica.

IGNACIO SERRANO Y SERRANO,

Doctor en Derecho.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Alcalá, 14

MADRID

Sevilla, 3 y 5

Sucursales Urbanas: Glorieta de Bilbao, 6 y Glorieta de Atocha

Capital autorizado	100.000.000	de pesetas
------------------------------	-------------	------------

Capital desembolsado	51.355.500	—
--------------------------------	------------	---

Reservas	67.621.926,17	—
--------------------	---------------	---

400 Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo

Este Banco realiza toda clase de operaciones bancarias.—Compra y venta de valores —Des cuenta y cobro de cupones y títulos amortizados —Custodia de valores Giro, transferencias, cartas de crédito, órdenes telegráficas sobre todos los países del mundo.—Aceptaciones, dower, licaciones, créditos comerciales simples y documentarios, etc., etc ...

TIPOS DE INTERESES

I.—Cuentas corrientes

A la vista	2 por 100 anual.
----------------------	------------------

II.—Operaciones de ahorro

A) Libretas ordinarias de ahorro de cualquier clase, tengan o no condiciones limitativas	3 1/2 por 100 anual
--	---------------------

B; Imposiciones.

Imposiciones a plazo de tres meses	3 por 100 anual.
--	------------------

Idem a seis meses	3,60 — —
-----------------------------	----------

Idem a doce meses o más	4 — —
-----------------------------------	-------

Regirán para las cuentas corrientes a plazo los tipos máximos señalados en esta norma para las imposiciones a plazo.

Dirección telegráfica: BANESTO.—Apartado de correos, núm. 297