

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año X

Octubre de 1934

Núm. 118

Justa causa traditionis

LOS CONCEPTOS DE TRADICION Y CAUSA

Si examinamos ahora el estado de la doctrina (aparte los tres autores citados), en la primera mitad del siglo XIX encontramos como notas características de la misma: 1.º, un concepto exacto de tradición como contrato de transmisión; 2.º, oscuridad respecto al concepto de causa, y 3.º, consideración defectuosa de las *injustae causae*.

Considerando la *traditio brevi manu*, dedujeron los autores que las palabras *si justa causa praecesserit, nullo justo titulo praecedente*, no tienen una importancia absoluta, pues la tradición podría ir antes del acuerdo de voluntades o justa causa.

De la comparación de la tradición con la usucapión y la Publiciana, se dedujo una modificación muy importante, en torno de la cual giró la doctrina de la primera mitad del siglo XIX; la justa causa podía ya ser hasta putativa. Así Seuffert, *Prakt. Pand. R.*, 3.ª edic., 1852, I, 132, «mutua intención de transmitir y de recibir la propiedad a consecuencia de un negocio jurídico a ello dirigido... Pero no perjudica a la transmisión de propiedad; a), que la obligación... sólo existiese en la errónea opinión del tradente...; b), que el negocio jurídico precedente fuera provocado por dolo o miedo...»

Y Sintenis (I, pág. 491, n. 9): «la causa llega en este respecto, desde el efectivo y regularmente precedente negocio jurídico..., hasta dentro del dominio de las putativas».

Y Dernburg y Windscheid, más tarde, hacen de la causa, como Stempel y Savigny, un indicio de la voluntad de transmitir.

Mientras que Puchta, en sus *Inst.*, II, pág. 571, dice: «por lo demás, justa causa es sólo aquella voluntad concorde de dar y tomar la propiedad; el contenido restante del negocio jurídico en el que está contenida aquella voluntad, no corresponde, en general, a la justa causa».

Con la segunda mitad del siglo xix comienza una serie de investigaciones sobre el concepto de justa causa y que no termina sino en 1929, en el estudio que Raymond Monnier ha publicado en los *Studi in onore di Pietro Bonfante*.

Empecemos con Voigt, que, a decir verdad, no se propuso el tema directamente, sino que trata de él al desarrollar uno tan afín como el de las *Conditiones ob causam*. Así, en la página 122, suscita la cuestión de si, en especial, la tradición requiere para el derecho de propiedad un título jurídico, o si, lo que significa lo mismo, la tradición, para ser modo de adquirir, bastaría que fuera mero negocio jurídico real, o si, sin embargo, éste deba ser simultáneamente *solutio*. En la página 134 continúa diciendo que realmente debemos considerar como principio indiscutido del Derecho romano que la tradición exige necesariamente, para la transmisión de propiedad, una causa, que determina (pág. 145), cómo aquella relación jurídica, que obliga a una prestación y respecto de cuya relación la *traditio* le está subordinada como *solutio* de aquella prestación.

Leist, en su libro *Mancipation und Eigentumstradition* (Jena, 1865), contrapone, remitiéndose a §§ 40 y 41 (*Inst.*, II, 1), la *venditio* a todas las otras *causae*. La tradición (excepto el caso de venta) es un acto formal, no depende de las causas, es decir, de la existencia objetiva de las mismas; ésta sólo tiene importancia declarativa; sin embargo, no en el sentido de Savigny, sino en el de la vieja doctrina de causas hábiles e inhábiles. Si tenemos ante nosotros un depósito, por ejemplo, no puede transmitirse la propiedad, porque falta la justa causa. Causa, por tanto, es para él una inconcreto *faktisch möglicher Wille*. Más importancia tiene lo que dice Leist de la tradición por venta (de ello más adelante). Estando aquí plenamente unidas *tradition* y causa, la adquisición del comprador es una adquisición *ex re*, no *ex voluntate*. Y trata de justificarlo por medio de un estudio histórico.

Exner, en 1867, publicaba el mejor libro sobre la cuestión y

que puede decirse la trata de una manera agotadora. Se titulaba *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach gemeinem und österreichischem Rechte*. Se compone de la obra fundamental y de dos apéndices sobre la justa causa y sobre la compra *pretio non soluto*.

Comienza su monografía distinguiendo las adquisiciones originarias de las derivativas. Estas, que son las más interesantes para la cuestión, tienen como nota esencial la dependencia de la relación jurídica del actor. Entre los actos jurídicos que actúan la transmisión o sucesión de derecho, está el contrato, pero éste puede regular relaciones obligacionales, reales o familiares. Estas se concretan de la siguiente manera: contrato obligatorio—tú tienes que recibir (cosa o prestación)—; contrato real—tú tienes que tener (cosas, servidumbres)—; contrato familiar—tú tienes que ser (marido, hijo).

En los contratos obligatorios sólo se crea el deber de proporcionar la adquisición de un derecho que luego se cumple por un contrato real. Este es tomado como el cumplimiento, *Erfüllung* de aquél. Pero si el contrato consistió en un tener, no en un deber recibir; en un dar, no en un prometer, es evidente que no puede haber un contrato real de cumplimiento. El contrato real es esencialmente unilateral: si hay contraprestación, habrá un nuevo contrato real (1).

(1) Se discute la naturaleza jurídica del *jactus missilium*, o tirar monedas a la rebata (§ 46). *Inst. De rer. div.* (l. 9, § 7, D., *De acq. dom.*). Heincio se declara por la dereliction; Scheurl, por derelictio modificada o un intermedio entre la mera dereliction y la tradición. La mayoría, Vinnio, Puffendorf, Puchta, Winscheid, opina por tradición.

¿Qué designio tiene el echador *derelinquendi* o *tradendi*? La voluntad de hacer tradición tiene dos aspectos: uno, positivo y primario, que el *accipiens* tenga la cosa, y otro, negativo y secundario, que el *tradens* deje de tenerla (Aquí se plantea la cuestión de si pierde el jactante la posesión si recoge lo echado algún incapaz, un *furiosus*, por ejemplo. De un lado, l. 34, pr. D., *Acq. poss.*, Ulpiano; l. 18, D., *De vi*, 43, 16, Papiniano; de otro lado, l. 18, § 1.º, D., *Acq. poss.*, Celso, y l. 1, § 4, 20, D., *Eodem*, Paulo.)

El *animus derelinquendi* es únicamente la contraposición del *animus rei sibi habendi*, un abandono a favor de la naturaleza; su contenido exclusivo es «yo no quiero tener la cosa más» (por esta voluntad negativa se distingue el *derelictum* del *deperditum* en l. 21, § 1, D., *Acq. poss.*) El *derelinquente* abandona la cosa porque no la quiere, no porque quiera que otro se ponga en

Vengamos ya a la interesantísima postura de Exner frente al concepto de justa causa.

Rechaza la doctrina tradicional con los argumentos ya conocidos de la teoría sabiniana (contradicción de los textos de Ulpiano con la teoría de las *condictiones*). Expone luego la teoría de Savigny y dice: «Unos autores creen que la justa causa *traditionis* no es sino esta voluntad y nada más (1); otros la comprenden como aquel medio de interpretación, es decir, aquel negocio jurídico del que se deriva la voluntad de dar y recibir» (2).

Los primeros traen en su apoyo principalmente a Gayo Rerum Cott, lib. II (D., I. 9, § 3, *Acq. dom.*), cuyo texto ya nos es conocido. En él se dice que la transmisión de *res nec mancipi* es, frente a la mancipación, un instituto *juris gentium*, y lo fundamenta diciendo que aún no dándose la forma de la tradición, la transmisión es válida, porque conviene al derecho de gentes, por convenir a la *aequitas naturalis*.

En tiempo de Justiniano, la mancipación había desaparecido por formalista, y los principios del *jus gentium* se habían impuesto; así que Justiniano no encontró mejor medio de sancionar este estado de cosas que insertar el texto de Gayo (comp. en sentido análogo Karlowa, *R. R. G.*, II, págs. 416 y sigs.).

No le satisfacen estas opiniones, porque pregunta: «De que

posesión de ella, pues en este caso entregaría. (Pomponio, L. 5, § 1, D., *Pro derelicto*, 41, 7, donde parece que se quiere negar la hipótesis de ocupación y admitir la tradición.)

El magistrado que en días de fiesta, *missilia jacta in vulgu*, lo hace para transmitirlo al pueblo, no para abandonar él su propiedad. Los accipientes son *incertae personae*, y aunque l. 3, § 4, D., *Cond. c. d. c. n. s.*, 12, 4; l. 43 §§ 8, 9, D., *De furtis*, 47, 2; l. 15, D., *De praescr. ver.*, 19, 5, niegan la existencia de contratos obligatorios cuando una parte es incierta; sin embargo, no son aplicables aquí, porque de lo que se trata es de un contrato real, para el que no rige ese requisito. Nos confirma en la opinión de que se trata de tradición la l. 9, § 7, D., *Acq. rer. dom.*, que viene detrás de varios casos, desde el tercero en adelante, en que se tratan casos de tradición, además de usar de la frase «*Voluntas domini transfert rei proprietatem*».

(1) Donello, *Com. IV*, cap. 16; Warnkönig, *Inst.*, § 341, y *Arch. f. civ.*, p. VI, págs. 126 a 131; Puchta, *Pand.*, § 148, y Böcking, *Inst.* II, § 153.

(2) A éstos corresponden también algunos de la primera opinión, si bien por vía de inciso, Warnkönig, *Arch.*, p. 115; Savigny, *Obl. Recht.*, II, p. 159. Keller, *Pand.*, § 126; Vangerow, *Pand.*, § 311; *Strempel*, § 22.

tales circunstancias se tomen en consideración en muchos casos, ¿se ha de deducir que sean requisito de la tradición? ¿Son los medios de prueba requisitos del negocio jurídico?» Acude a Leist, *Mancipation und Eigentumstradition* (págs. 206 y sigs.) y asiente a lo que dice de que no puede resumirse la cuestión de la justa causa en una cuestión de interpretación. Pero sólo hasta ahí está de acuerdo con Leist. Luego dice que el vocablo «causa» tiene distintos significados en las fuentes latinas. Pero en los casos en que las fuentes unen el vocablo causa a tradición debemos tomar aquél como *la suma de hechos objetivos y subjetivos que han provocado un negocio concreto de tradición*. Las *causae traditionis* pueden ser diversísimas: L. 1, § 2; l. 2, 3, 4, 5, 6, 7 pr., §§ 1, 3, 5; l. 9, § 1; l. 11, pc. D., *De publi.* 6, 2; l. 26, § 6; l. 28, D., *De noxal. act.*, 9, 4; y la vida puede crear nuevas *causae*. (Comp. l. 31, D., *Locat.*, 19, 2.)

¿Pero qué hace de la causa una justa causa *traditionis*?

Hay ciertos hechos que fundan un derecho a pedir la resolución del contrato en cuanto a su resultado económico: *Constat id posse condici alicui, quod non ex justa causa, ad eum pervenerit*. (Ulp., l. 1, § 3, D., *Cond.*, s. c. 12, 7.) provocando, como vemos, una *condictio*, resulta que la tradición es válida.

Pero algo ha debido querer decir Ulpiano (fr. XIX, 7) con las palabras *Si ex justa causa traditae sunt nobis*, y, efectivamente, piensa en casos en que, en virtud de la *causa no justa*, el *accipiens* no recibe la propiedad de la cosa.

Tales son los siguientes: *donatio inter virum et uxorem, donatio supra modum, compra pretio no soluto necque credito*, intercesión de la mujer contra S. C. (Veleyano, *Furtum*.)

Cuando en la configuración de las circunstancias que provocaron la tradición se da uno de estos hechos, la causa se hace *non justa*. Por el contrario, será justa si no se da ninguno de esos hechos; si por servirnos de un texto referente a usucapión, *si sufficit ad traditionem* (l. 4, D., *Pro legato*, 41, 8.).

Habla luego de la dependencia de la tradición, de la justa causa, y dice: «La naturaleza de esta dependencia es totalmente distinta que la que hay entre adquisición por usucapión y justa causa *usucapionis* o de las obligaciones contractuales no forma-

les y la causa *obligandi*...; la causa actúa en éstas constitutivamente; en aquélla, a lo sumo, impeditivamente.»

De esto se deduce que el *accipiens* frente al tercer poseedor sólo tiene, para vindicar la cosa, que probar el hecho de la tradición y la propiedad de su autor; el tercer poseedor, si quiere rechazar la reivindicación, deberá probar que la tradición se hizo a base de *non* justa causa.

Y termina afirmando que la justa causa *traditionis* es algo negativo. En sentido propio no es requisito de la tradición, sino condición negativa de la misma.

Hagamos caso omiso de las monografías de Stephan Kaiser, *De justa causa traditionis* (tesis doctoral de Berlín, 1870), y de la de Mayer, *Die justa causa bei der Tradition und Usucapion* (Erlangen, 1871), porque no aportan ningún nuevo punto de vista (1).

Fijémonos en el trabajo de Fitting, *Wesen des titulus bei der Ersitzung*, publicado en *Arch. f. Die civ., Praxis*, 1868 y 69, pues aunque fundamentalmente referido al estudio del *titulus usucapionis*, no deja de tener puntos de vista interesantes sobre el concepto de la justa causa.

Toma ésta Fitting en sentido objetivo y trata de aclarar las fuentes por una investigación histórica. Según el más antiguo derecho,

(1) Stephan Kaiser pretende que la opinión de Exner es falsa y en contradicción con los textos. No se encuentra, a su juicio, la esencia de la justa causa en la enumeración escasa de causas no justas. La opinión que ve en la tradición la forma del contrato de transmisión de propiedad sería falsa. La causa de traslación del dominio no sería la intención de transmitir y adquirir el dominio; esto es el pacto de propiedad, sino obligación debida. Por lo que para el deudor de buena fe se produce como cierta obligación de transferir el dominio. De todas maneras podría existir aquí aquella intención, pero no tener ninguna importancia ni función jurídica alguna. En los demás casos sería exacto concebirle como *animus domini transferendi et accipiendi*. La justa causa significa, pues, algo positivo, a saber: que por el derecho requiérese para la traslación del dominio, además de la nuda tradición, algo, bien sea obligación, bien pacto de propiedad. Luego sostiene que la tradición sirvió, en tiempo de Cicerón, para transmitir la propiedad de cosas *nec mancipi*; después sirvió a transmisión de propiedad en cosas *mancipi*. Cada uno de estos efectos requería una causa especial. Termina adhiriéndose a la teoría antigua del título y el modo, con algunos indicios de la de Savigny.

O. Mayer trata del asunto con criterios filosóficos. Su proceso mental es el siguiente: justa causa es un hecho que en sí contradice a la *aequitas*; pero

La tradición ha sido un acto material, y su eficacia transmisora de la propiedad, dependiente de la existencia de una justa causa *dominii acqui rendi*. Y en otro sitio dice que aun supuesta la indudable existencia del *animus domini tradendi et adquirendi*, la tradición, sin embargo, sólo verifica la transmisión de propiedad cuando para este específico negocio jurídico hubiera existido una justa causa, un motivo justificativo suficiente. Y, en consonancia con esto :

1.º Que el negocio..., por su carácter económico, entre los que se cuentan los motivos justificativos de adquisición de propiedad que fueron autorizados y reconocidos como apropiados por el derecho ; y

2.º Que tampoco por este su aspecto económico como por el específico jurídico puede entremezclarse algo en los requisitos correspondientes de la validez y existencia jurídica.

Consecuencias son :

1.ª El consentimiento defectuoso sobre la parte económica destituye a la tradición en su eficacia conforme al antiguo derecho ; y

2.ª No hay transmisión de propiedad en caso de suposición errónea de una deuda ; por eso la aceptación a sabiendas de un *indebitum* es un hurto.

Luego dice alegremente Fitting que si prueba alguna consecuencia, debe entenderse probado el principio de que derivan, siendo así que lógicamente ocurre lo contrario.

al cual otro presta el carácter de equitativo. Allí donde no se dé ese otro hecho contradictorio de la equidad, allí no será necesaria la justa causa. Pero esto sólo *in abstracto*. *In concreto*, la tradición aparece siempre en conexión con cierto fin. Si éste no se obtiene, la adquisición aparece como enriquecimiento ilegítimo. Pero la injusticia del caso concreto se borra por una (*condictio*) acción personal. Para que la tradición sea absolutamente eficaz, de modo que sus efectos no puedan anularse por una *condictio*, debe darse la prueba de que la tradición ha obtenido su fin. Y puede ocurrir : 1) Que los hechos en que se basa la prueba del fin alcanzado estén mezclados en un todo con la propia tradición (mutuo, donación) ; ó 2) Que los hechos en que aquella prueba se da pueden aparecer exteriormente como independientes y separados de la misma tradición. Justa causa *traditionis* es aquel hecho separado de la tradición que contiene la prueba de que aquélla ha obtenido su fin. Sólo se requiere una justa causa frente a la *condictio*, no para la realización de la transmisión de propiedad. Llega, pues, Mayer, después de un largo rodeo, a sostener que la justa causa *traditionis* no sólo tiene el fin de transmitir la propiedad, en lo que todos están de acuerdo, sino en suprimir la *condictio*, lo cual es más grave.

En otro lugar (pág. 410, del núm. 60) dice que nadie dudará que el requisito de una justa causa para la tradición y para la usucapición son cosas total y absolutamente paralelas y sí solamente derivaciones diferentes de uno y el mismo pensamiento fundamental.

Pero lo más interesante está donde dice que, en caso de que para una transmisión de propiedad, no ha tenido lugar una mancipación o una *in jure cessio*..., entonces aquélla siempre está condicionada por la existencia de una justa causa... Pues siendo la tradición absolutamente un acto no formal, en ella ninguna forma determinada obliga a reconocer la transmisión incondicionada de la propiedad sin consideración de la causa. No existe para el derecho ninguna razón para no adaptarse a la opinión de la vida comercial, la cual contesta a la pregunta de la clase de adquisición, no por la apelación a la tradición, sino por la indicación del carácter económico del negocio de adquisición. Además de esto, no se puede saber en una simple tradición si se había intentado la transmisión de propiedad.

El círculo de las *justae causae* reconocidas fué originariamente, sin duda, bastante estrecho y malamente sobrepasó los límites de compra, donación, dote, pago y *noxae datio*. Paulatinamente se admitieron otros motivos de justificación jurídica de la adquisición de propiedad, por ejemplo, *datio ob causam* y otros.

Termina Fitting, lo interesante para nosotros, manteniendo que en el desarrollo ulterior del Derecho romano la causa obtuvo la significación de un indicio de conocimiento.

Aún Ströhl (*Rechtsübertragung und Kausalgeschäft*, en el tomo XXVII del *Anuario de Yhering*) se atreve a romper una lanza en favor de la vieja doctrina del título y del modo de adquirir la propiedad y derechos reales, y lo hace dedicando buena parte de su trabajo a combatir el proyecto del Código civil del Imperio alemán en cuanto adopta el negocio abstracto. Pero una primera parte bastante extensa la dedica a Derecho romano. Los argumentos empleados son los clásicos en la materia, y aun hemos de encontrar sus opiniones alguna vez; por ejemplo, al tratar de la divergencia de los textos conocidos de Ulpiano y de Juliano.

Ocupémonos ahora del libro del sabio profesor austriaco doctor Hofmann, titulado *Die Lehre von titulus und modus acquirendi und von der justa causa traditionis*, Viena, 1873, donde se contiene

una sistematización de la materia y se exponen puntos de vista interesantes, que en rigor pueden entresarcarse ya del libro de su compatriota Exner.

Llega a la fijación del concepto *justa causa traditionis* por un proceso muy largo, que seguiremos únicamente a grandes rasgos.

Todo negocio jurídico puede considerarse desde estos aspectos : 1.º ¿Qué ocurre? (Efecto del negocio jurídico.) 2.º ¿Cómo ocurre? (Forma del negocio jurídico.) 3.º ¿Para qué ocurre? (Finalidad.) 4.º ¿Por qué ocurre? (Motivo.) Esta última queda fuera de la dogmática civil, y sólo quedan tres consideraciones, con arreglo a las cuales un acto puede ser a la vez : mancipación (forma), transmisión (efecto) y donación (fin).

Aun la forma puede ser eliminada de esta consideración general, porque varias de ellas sólo sirven para determinados negocios, si bien tiene importancia decisiva cuando da cuerpo a un negocio abstracto.

Distinto de esta diferencia de efecto y fin que se da aún en los actos más sencillos, es la distinción de varios negocios que parece se resumen en uno simple : recuérdese el ejemplo de compra del pan.

Luego hace dos observaciones importantes : 1.ª, la causa en el sentido expuesto (de fin) no debe figurar junto a condición y a término : si se quiere hablar de autolimitaciones de voluntad, resulta que la condición y éstas son accidentales ; la causa, por el contrario, es necesaria ; 2.ª, la infinita diversidad y abundancia de la vida no se deja dominar por imposición de tipos, sino sólo por análisis y sondeos de la naturaleza de los elementos. En las obligaciones no hay que trastocar las *causae obligationum* (motivos de constitución de la vinculación) y las *causae promittendi*, es decir, los fines por los que se hace una promesa. Sólo éstos nos interesan y son los mismos que las *causae traditionis*. Pero esta distinción no se puede aplicar a los contratos reales, en los cuales no puede distinguirse.

Si aplicamos aquellas cuatro preguntas a nuestro asunto, ocurrirá lo siguiente :

1.º ¿Qué ocurre? (efecto). La propiedad de la cosa *x* es transmitida por A. a B.

2.º ¿Cómo ocurre? (forma). Por aprehensión de posesión por parte de A., con consentimiento de B.

3.º ¿Para qué? (fin, causa). Para donar, vender, dar en préstamo, concluir un contrato real, amortizar una deuda, etc.

4.º ¿Por qué? (motivo). Estos ni se dejan enumerar, ni clasificar. Lo interesante, pues, será fijar la distinción entre causa y motivo. Sabido es que, en latín, el vocablo causa significa lo mismo causa (*donandi, solvendi*) que motivo (así 1,25 § 1 D., 19, 2 y Quintiliano, *Ins. orat.*, VII, II, 35, quien enumera como causas: *Ira, odium, metus, cupiditas, spes*). La relación entre ambos es la siguiente: La voluntad fluye de los motivos, los motivos producen la voluntad, la voluntad producida contiene la causa. Siendo la voluntad declarada el α y el Ω , en el Derecho privado la causa interesa sobremanera a los juristas, mientras éstos no se preocupan regularmente del motivo.

Expone luego su opinión sobre la causa diciendo que hay que entenderla sólo como uno de los llamados requisitos negativos de la tradición. Su existencia no es constitutiva; pero, sin embargo, es condición de su vida, actuando su falta impeditivamente (en lo cual coincide con Exner, pero luego rechaza el concepto que dió éste).

Hay que distinguir la causa *traditionis* de la causa *usucapionis*; en ésta, es causa objetiva; en la tradición, causa subjetiva. Cree Hofmann que la causa *traditionis* puede equipararse a la *bona fides* de la usucapión, que también es algo subjetivo.

La causa *traditionis* es, pues, una causa en sentido subjetivo, a saber: causa en sentido de fin (fin próximo), no en el de motivo (fin remoto). La justa causa *traditionis* es, en una palabra, el *justus animus*. La trasmisión de propiedad es nula si ocurre injusto ánimo.

Toda tradición ex-injusta causa es una tradición inválida, pero no viceversa. Los motivos de la invalidez pueden ser: 1.º, incapacidad de una parte: a), a causa de falta de capacidad de disponer o de tener ésta limitada, o b), a causa de defecto del derecho. 2.º, falta de idoneidad del objeto (*res extracomercium*); 3.º, falta de consentimiento (*error in objecto*); 4.º, prohibición de enajenar.

Esta última es la interesante para el concepto de injusta causa; pero aún hay que distinguir según que se prohíba la enajenación en absoluto, o que se prohíba bajo una determinada causa. Así será justa causa en frase de Richerus: *titulus qui a legibus non reprobat*.

LOS AUTORES CONTEMPORANEOS

Bajo esta rúbrica nos proponemos considerar la opinión de los autores más modernos que han influido considerablemente en los estudios de Derecho romano, de entre los cuales entresacamos a Girard, Bonfante y a Dernburg. Consideración especial nos ha de merecer algún trabajo recentísimo destinado completamente al concepto de justa causa.

Girard (pág. 306 y sigs.), dice que la tradición o simple entrega es un hecho equívoco por lo que se refiere a la cuestión de transmisión de propiedad, pues puede resultar de arrendamiento, depósito, etcétera, y entonces el que recibe la cosa sólo tiene la detentación.

La tradición es una operación que tiene tres aspectos, pues puede transferir la detentación, la posesión jurídica y aun la propiedad. El que transfiera una u otra, es cosa que depende del hecho jurídico que la motiva y que, cuando justifica una transmisión de propiedad, se llama justa causa.

El derecho clásico puso la justa causa en la intención de enajenar y de adquirir que ordinariamente se presentará como compra-venta, donación, etc., pero que puede producir su efecto, aun sin su concurrencia. La tradición se ha convertido, pues, en un acto abstracto.

Lo justifica citando la *condictio indebiti*, el fr. de Juliano en la opinión más corriente y la *condictio ob turpem y ob injustam causam*.

Sólo al final, y sin darlo importancia, se dice que, a pesar de la recíproca intención de dar y recibir, puede no transmitirse la cosa, citando como ejemplo el caso de compra *pretio non solutio* y las donaciones entre cónyuges.

Bonfante (*Instituciones de Derecho romano*, trad. española, página 270 y sigs.) dice que la relación entre las partes que justifica la transmisión del dominio, es la causa justa *traditionis*. Ordinariamente ésta va simultánea a la tradición; pero, si es anterior a ella, la tradición es una *solutio*. Como la tradición no es siempre necesariamente un pago, resulta que, si la justa causa es supuesta o inválida, a pesar de todo se traspaşa la propiedad y queda excluida la *revindicatio*, sólo se otorga contra el *accipiens* una *condictio indebitis* o *sine causae*, etc.

Después vuelve a la idea que nosotros reputamos fundamental en la materia diciendo que positivamente no están determinadas las *justae causae*; sólo se hacen en algunos textos enumeraciones, a manera de ejemplo, y sin dejar de insertar el término general que da cabida a todas las posibles *justae causae*. En cambio, si se repasan los textos, se puede establecer con suma facilidad una enumeración exhaustiva de las *injustae causae*.

Dernburg trata de la cuestión en su tomo de Derechos reales del Tratado de Pandectas (§ 213). Para la transmisión en la propiedad mediante la tradición, se requiere la voluntad del *tradens* de transferir el dominio sobre la cosa, y en el *accipiens*, la voluntad de adquirirlo; es decir, que lo concibe como voluntad bilateral de la transmisión.

En su origen, para los romanos el negocio de tradición se consideraba como unilateral y lo importante era la voluntad del *tradens*. La jurisprudencia posterior reconoce ser necesaria la voluntad concorde de las partes y tratarse, por consiguiente, de un contrato real.

La voluntad del tradente de transmitir la propiedad debe apoyarse en un motivo, causa. El que disminuye su patrimonio por un acto jurídico, lo hace en virtud de un fin razonable. Hay causas que regularmente tienen por consecuencia una transmisión de propiedad: compraventa, permuta, etc. Tales causas son las contraseñas formales de la intención de transmitir la propiedad. De hecho esta intención no está declarada ya en la tradición. Debe, por el contrario, deducirse del contrato o negocio que está a su base.

La intención en la transmisión en la propiedad puede aun existir en el cumplimiento de negocios que típicamente no traen aparejada una transmisión de propiedad. Se transmite, por ejemplo, fiduciariamente por convención la propiedad, con el fin de la constitución de prenda, *pignoris causa*, o se hace propietario de la cosa al administrador o depositario, para darle externamente la plena legitimación de un propietario. En tales casos debe darse expresamente declarada la intención de la transmisión en la propiedad, porque el negocio en sí no la contiene.

Se discute si el paso de la propiedad mediante tradición depende del hecho de que su causa sea válida, o si basta la voluntad de transmisión, aun cuando su causa o fundamento sea mera-

mente supuesta o insuficiente. Dernburg, en esta cuestión, opina que la tradición puede tener ciertamente un carácter abstracto, pero que no es necesario que lo tenga siempre. En la duda de si existe o no en un caso concreto la causa necesaria, existen presunciones que atienden a los fines y necesidades del comercio. La tradición, regularmente, se considera como abstracta, cuando ocurre por cumplimiento de un negocio que existe en el pasado, o que se supone existente. Si en su virtud se ha satisfecho erróneamente una deuda presunta, no hay fundamento para una *vindicatio*, que se dirigiría aun contra los terceros adquirentes, sino para una *condictio*, que sólo puede darse contra el *accipiens*.

Cuando la tradición se da a base de la intención de celebrar un negocio jurídico aún no concluído, debe tenerse por existente la voluntad de transmitir y validez de la tradición si el negocio se realiza efectivamente. La transmisión de propiedad no se da en los casos de injustas causas. (En la nota 9.ª, pág. 164, admite la hipótesis de Lenel, según la que el fr. 36, D., 41, 1, se referiría a *mancipatio*.)

Raymond Monnier (profesor en Lille), publicó en los *Studi in onore di Pietro Bonfante* (tomo III, 1930), un trabajo titulado *Le Malentendu sur la causa traditionis*. Es un trabajo notable desde el punto de vista de la interpretación y valoración de los textos de Juliano y Ulpiano.

Insistiendo luego en la opinión de Francisci de que en la tradición propiamente no hay transferencia de propiedad y que los textos que hablan en este sentido están interpolados, dice que los compiladores interpretan de una manera más abstracta la noción de justa causa: desde el momento en que las dos partes están de acuerdo para admitir que el fin perseguido implica la transmisión de propiedad, poco importa que persigan un fin concreto diferente.

Y más adelante dice que las soluciones dadas por los juristas clásicos, en la hipótesis de un disenso y en aquella en que la operación presenta un carácter ilícito, nos muestran que en el Alto Imperio la justa causa no es la intención abstracta de enajenar y adquirir, sino que varía con el fin perseguido por las partes al proceder a la entrega de posesión: las *justae causae* son en número indeterminado; las *injustae* son en número limitati-

vamente determinado. Pero el hecho mismo de que haya casos en que la tradición no permita al *accipiens* adquirir la propiedad, basta para probar que se busca el fin perseguido por las partes en el momento mismo que se realiza la tradición, y que no se contenta con una intención abstracta de enajenar y de adquirir.

LA CUESTION EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

La teoría del título y del modo no podía menos de tener repercusión en la legislación española histórica y en la doctrina. Efectivamente, la tiene, y así, si examinamos la ley 46 del título XXVIII de la Partida tercera, veremos que dice: «Apoderan unos omes a otros en sus cosas, vendiendogelas o dandogelas en dote o en otra manera, o cambiándolas o por alguna otra derecha razón. E por ende decimos que por tal apoderamiento como éste que faga un ome a otro de su cosa o que lo faga otro alguno por su mandado que pasa el señorío de la cosa a aquel a quien apoderasse della...»

Por lo tanto, las Partidas, haciendo caso omiso de algunas desviaciones secundarias, requieren para transmisión de propiedad un apoderamiento—tradición calificada por venta, constitución de dote o cambiándolas, o por alguna razón derecha—justa causa.

Y el comentarista más autorizado de las Partidas, Gregorio López, empleando la terminología de la escuela tradicional, ya dice: *Adquiritur dominium traditione ex titulo habili*.

Cuya terminología también es usada por el Código de las costumbres de Tortosa, donde, en tit. VIII, *Rub. De reivindicacioni*, L. 3, Cost., 5, se dice: «Senyoria nuly home dalguna cosa no pot aver; ja sia co posseesca: si jus titol no ha».

Durante el siglo pasado reinaron despóticamente en los estudios de Derecho romano los tratadistas Ortolán y Heinecio, de cuyas opiniones ya nos hicimos cargo.

Las impugnaciones a la doctrina proceden más bien del campo hipotecario y civilístico, y aunque con gran valor teórico no tienen tanto desde el punto de vista en que nos colocamos puramente romano.

No obstante, adopta una posición interesante D. Julián Pastor

y Alvira (*Manual de Derecho Romano*, 1888). Para él tradición, en sentido estricto..., es el traspaso de la posesión de una cosa, verificado por el dueño a otro sujeto, con intención, por parte de ambos, de que el último se haga propietario de aquélla. Y más adelante: «necesítase, pues, desde luego, como primer requisito, el concurso de ambas voluntades y podemos decir que hay unidad de voluntades, siempre que los interesados estén de acuerdo, respectivamente, en traspasar y adquirir la propiedad de una cosa determinada. Según esto, no será obstáculo para su validez que el cedente se proponga transmitir por un título y el cesionario acepte por otro distinto, con tal que ambos títulos sean traslativos de dominio».

En casi todo coincide con la doctrina de Savigny-Strempel; sólo se aparta, como en un tributo rendido a la antigua teoría, al final, cuando dice que es necesario que sean esos títulos diversos traslativos de dominio.

Gómez de la Serna, en su *Curso histórico-exegético*, después de hacer alusión a la doctrina justiniana, por la que al acto material de la tradición debe preceder la intención de transferir, continúa: de aquí proviene la doctrina de que tanto la tradición transfiere el dominio en cuanto está acompañada de un título hábil; de aquí también la de que no basta en los contratos la mera voluntad sin tradición para transferir el dominio. Luego tira contra la teoría del título y modo diciendo que hay casos en que se adquiere sin tradición y cita los de adjudicaciones en los juicios dobles y las adquisiciones por última voluntad.

No es mucho, pero ya se levanta contra la doctrina del título y modo y se habla de mera voluntad, siquiera calificada por el miembro de frase, en los contratos.

Mucha más importancia tiene la opinión de Gutiérrez («*Estudios de Derecho civil*», III, pág. 37), quien se une a la opinión de Juliano manteniendo que la tradición no es inválida y el desacuerdo recae sobre causa hábil, pero no si hay acuerdo en la transferencia. Para éste, pues, la L. 31, D. de arq. rer. dom. 41, 1, y la de Gayo, II, § 20, en relación con L. 20 C. de pactos, 2, 3, tienen el mismo valor que para Strempel.

El profesor Sánchez Román, en su obra *Estudios de Derecho civil*, tomo III, páginas 191 y siguientes, trata de la cuestión que

venimos estudiando, si bien desde un punto de vista distinto del nuestro.

Después de indicar que las modernas tendencias científicas, o no toleran lo absoluto del dogma de aquella legislación (la romana), *traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*, o lo explican de manera diferente.

Se plantea luego tres cuestiones, de las que sólo dos nos interesan : ¿ La distinción de título y modo es puramente formularia, de mero valor histórico en el Derecho romano? ¿Cuál es el sentido que debe darse a esos términos?

Enjuiciando luego la reacción contra la doctrina romana, en el Código de Napoleón dice que, declarar el contrato causa bastante para producir el dominio (de), parece una exageración hija de no haber distinguido la diversa naturaleza de los derechos reales y de obligaciones.

Si bien la voluntad humana es el primero y general factor de toda relación jurídica, ella, por sí sola, no es siempre bastante para crear ciertas relaciones. Enhorabuena que cuando se trate de los derechos de obligaciones, la voluntad reducida a las fórmulas jurídicas del contrato sea suficiente por sí para crear relaciones de esta índole...

Ahora bien : si la voluntad, cuando reviste las formas jurídicas del contrato, o del acto *mortis causa*, es bastante para producir derechos de obligación, pero por sí sola no lo es para originar derechos reales, ni, por tanto, el dominio..., es preciso, en fin, para que nazcan los reales, algún elemento, condición o causa que no demanda la adquisición de los de obligaciones. Y ese elemento, causa o condición que se necesita para que nazcan y se transmitan los derechos reales, es la presencia anterior de la relación, que da lugar al derecho real en el poder, goce y pertenencia de quien lo constituye o deriva a favor de otro ; o cierta capacidad jurídica, que da singular aptitud para la adquisición y nacimiento del derecho real unidas a determinadas y específicas condiciones en las cosas.

Podrá decirse que la voluntad es causa común a los derechos de ambas clases, personales y reales, como lo es a todos los actos jurídicos ; pero nunca desconocerse que en unos casos no es suficiente compraventa sin dominio de lo vendido en el vendedor...

Con extraordinaria claridad se explica sobre la cuestión el profesor Clemente de Diego: «No basta con la existencia separada independiente del *tradens* y del *accipiens*, ambos capaces; es menester que se pongan de acuerdo y formen intención: el primero, de transmitir, y el segundo, de adquirir la propiedad. A esta intención o consentimiento de la persona llaman los autores justa causa de la tradición. Generalmente, esa intención se incorpora o exterioriza en un acto jurídico, cuyo objeto es llevar a cabo una enajenación; pero también puede resultar de otras circunstancias, y no siendo de esencia a la tradición, sino esa mutua voluntad conforme de los interesados en transmitir y adquirir la propiedad. De ordinario, repetimos, esa intención se manifiesta en un acto jurídico traslativo de dominio (venta, donación, etc.); y por esto los autores suelen denominar a este acto justa causa de la tradición; mas a nosotros nos parece más concreto y exacto llamar justa causa de la tradición a la intención de las partes, ya que ella y no el acto en que se exterioriza es lo esencial a la tradición, como que, sin ella, ésta no causa efecto alguno.

Luego recoge el ejemplo de Juliano en la siguiente forma: «Importa poco para la validez de la tradición el que el *tradens* se proponga transmitir por un título (de venta, por ejemplo), y el *accipiens* crea adquirir por otro (por ejemplo, donación), con tal que ambos sean traslativos de dominio.» Aplíquese aquí lo que decimos del Sr. Pastor y Alvira.

IGNACIO SERRANO Y SERRANO,

Doctor en Derecho.

ANA E L E R S

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.