

# Justa causa traditionis

## LAS PRIMERAS IMPUGNACIONES E HISTORIA DEL CONCEPTO DE LA «JUSTA CAUSA»

A la teoría de Savigny, como a todos los descubrimientos del pensamiento humano, también se pretende buscar antecedentes, que, a pesar de lo expresivos que son muchos de ellos, no restan importancia al mérito de aquél como descubridor de lo que hoy se llama contrato real.

Ya la corriente científica que rebaja el mérito de la causa traditionis se encuentra representada por Duarensus en sus *Pandectarum*, com. XLI, tít. I, cap. XIII, vol. II, pág. 548, de la edición de 1765 (según Hoffmann). Pero el verdadero predecesor de Savigny es el jurisconsulto Donello, el cual se expresa sobre ello con una gran claridad en sus *Comm. de jure civili*, Nürnberg, 1822, vol. II, pág. 386, donde, pensando en § 40, II, 1, *Inst.* (¿procede de Gayo?), se plantea la cuestión de si para la transmisión de propiedad o constitución de un derecho real sea necesario, además de la entrega y la voluntad de transmitir, un negocio jurídico válido, y dice: «Nihil tertium praeter illa duo requiritur», la causa sólo tiene la importancia de «ut voluntatem confirmet... ostendatque, unde illa intelligatur», y en párrafo 9 (pág. 388)... : «Nihil interest, utrum praecedat re vera an opinione tradentis. Nam si causa praecedens requiritur solum, ut hinc declaretur voluntas transferentis: dicendum est quocumque alio modo constare poterit, voluisse quem rem suam transferre etiamsi vere causa non subeset, si tradiderit, nihilominus transtulisse... causa ad probationem tantum exigi-

tur» (1); y para probar todo esto ha de remitirse, como después lo han de hacer todos los autores de la escuela de Savigny, a la *condictio indebiti*.

Schneff, *Disp. de ficta s. quasi traditione*, 1662, pág. 19 (IV, 17): «Ut constet, translationem possessionis rei hoc animo factam esse, ut res alienetur..., requiritur causa impulsiva (Titulus)..., quod trad., quae... extrinsecus quoad nudum in oculos aut aures in oculos aut aures incurrens factum indifferens est ad utrumque: dom... transferendum aut non transferendum» (2).

Y lo mismo sostuvo Branchu, en 1721, en *Obs.*, dec. II, capítulo XIX; pero sólo ocasionalmente al hacer una investigación acerca del error que perjudica a la usucapión.

En este estado de la doctrina empieza a profesar Savigny y a exponer sus puntos de vista, que, a decir verdad, fueron primero conocidos por obras de discípulos suyos, especialmente por las de Regenbrecht y de Warnkönig. El propio Savigny no publicó su *Derecho de obligaciones*, donde desarrolla puntos de vista originales suyos, sino hasta 1853.

Examinemos, pues, las tesis de estos tres autores sin alterar el orden cronológico en que aparecieron.

Regenbrecht, com. ad leg. 36, D. *De acq. rer. dom.* et l. 18, *De rebus creditis*, Berlín, 1820; de él son las afirmaciones siguientes: La tradición en sí no significa sino cambio de posesión. De la totalidad del negocio resultará si se ha querido o no transmitir la propiedad. El requisito de una causa *praecedens* se contradice con sólo remitirse a lo que pasa en el regalo manual y en el mutuo. Al propio contrato real, acuerdo de voluntades, lo llama causa. Se plantea luego la pregunta: «Cur justa causa in trad.

(1) No importa que preceda en la realidad o sólo en la opinión del tradente. Pues si sólo se requiere la causa precedente, para que por ella quede declarada la voluntad del transferente, hay que decir que podrá constar de cualquier otra manera que alguien quiso transferir su cosa, aunque realmente no hubiere causa, y si entregó, la transfirió; no obstante, la causa se exige sólo para la prueba.

(2) Para que conste que la traslación de la posesión de la cosa se hace con intención de enajenarla se requiere causa impulsiva (*titulus*), porque la tradición que se hace extrínsecamente, nudamente, y que hiere a los ojos y a los oídos, es un hecho indiferente para ambas cosas, a saber: para transmitir o para no transmitir el dominio.

commemorent non item in mancipatione?» Y la contesta de la siguiente manera: «Mancipatione nihil nisi dominium transferri potest; traditio vero ambigua est, ut cerebro discerni nequit, utrum nuda possessio, an simul cum possessione dominium transmissum sit; proinde donationis causa indicabit, dominium esse acquisitum, pignoris causa, possessionem efficiet» (1).

Pero el trabajo que obró como una maza demoledora de la vieja doctrina fué el también inspirado por Savigny, que publicó en *Arch. f. d. civil. Praxis*, t. VI, págs. 111 y siguientes, el profesor Warnkönig.

Ya en las primeras páginas sienta su tesis diciendo: Yo creo que ni un crédito ni un negocio jurídico válido son condiciones de la transmisión de propiedad por tradición; la justa causa consiste más bien en un hecho que demuestra al adquirente de una cosa, la voluntad del propietario anterior de transmitirle por tradición su derecho, y, en consecuencia, sirve para justificación de su (propiedad) posesión; pueden o no darse o un crédito o un negocio jurídico válido. Para probarlo cita textos en que, a pesar de faltar obligación y negocio jurídico válido, la propiedad, sin embargo, se traspaşa y los agrupa en los siguientes números:

1. El famoso texto de Juliano, ley 36, D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1, donde, a pesar del disenso acerca de las causas (in causis vero dissentiamus), decide el traspaso de propiedad. (Sobre interpretación crítica de este texto en sí, y con referencia a su contradicción por otro de Ulpiano, véase más adelante.)

2. Los casos de las condiciones indebiti y sine causa. La dote pasa al marido aun en caso de matrimonio nulo, a pesar del principio «sine matrimonio nulla dos intelligitur» (l. 5, D., *De condict. sine causa*, y l. 1, § 3, *De cond. s. c.*, 12, 7). En la condictio indebiti el error es el fundamento de la transmisión de propiedad y no la obligación ni el negocio jurídico (l. 50 y 53, D., *De cond. indeb.*, 12, 6, y l. 22, *Pr. eodem*).

(1) ¿Por qué mencionan la justa causa en la tradición y no igualmente en la mancipación? Por la mancipación no puede transferirse sino el dominio; pero la tradición es ambigua; de suerte que no se sabe discernir si sólo es transmitida la mera posesión o si al mismo tiempo que ésta lo es el dominio, por lo cual la causa donationis indicará que el dominio ha sido adquirido, la causa pignoris ejecutará la posesión.

3. En caso de dolo y violencia en los contratos de buena fe, que, según la doctrina son nulos, se transmite, no obstante la propiedad contra el principio «Nemo ex damno alterius lucrari potest» (l. 10, C., *De rescind. vend.*, 4, 44). El mismo argumento para los casos de cond. ob. turpem causam.

4. El caso, entre otros del Cód., lib. IV, tít. L, «Si quis alteri vel sibi», 1, 6, especialmente el párrafo que empieza con las palabras: «Si vero ab initio negotium uxoris gerens comparasti», donde diciéndose paladinamente que no hay compra, sin embargo, el marido adquiere la propiedad.

5. Finalmente, en casos en que se producen negocios jurídicos simultáneamente a la tradición, resulta que, al hacer ésta, no se piensa absolutamente en ellos. Así en el mutuo, en los contratos innominados, que comienzan con un dare, en los que la obligatio nace con la transmisión (1).

Para fundamentar su tesis en principios generales acude a Gayo (*Rer. Cottid.*, transcrito en *Inst.*, II, 1, § 40).

«Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi» (2).

Y agrega Warnkönig: «No se vea en esto una mera figura declamatoria, pues la misma idea está confirmada en la paráfrasis de Teófilo, quien requiere para transmisión de propiedad ut animo domini transferendi fiat traditio.»

Pero como la propiedad es un derecho el más importante de todos, interesa que se sepa en quién reside; por ello la mera voluntad de enajenar no basta en Derecho romano a transmitir la propiedad, sino que es necesario el hecho externo de la tradición.

(1) L. 1, § 2, D., 19, 4: «Item emptio ac venditio nuda consentietium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet, alioquin si res nondum tradita sit nudo consensu constituit obligationem dicemus .. (\*)».

(2) *Inst.*, II, 1, § 40: «Nada, pues, es tan conveniente a la equidad natural como el tener por válida la voluntad del dueño que quiere transferir a otro su cosa.»

(\*) L. 1, § 2, D., 19, 4: «Y así la compra y la venta se contraen por la mera voluntad de las partes; y la permuta tiene principio por la entrega de la cosa, y no siendo así, decimos que no se constituye obligación por sólo el consentimiento, si aun no se entregó la cosa...»

La tradición, sin embargo, por sí sola no acredita la transmisión de la propiedad; hay que buscar un hecho que distinga unas transmisiones de posesión de otras: éste es la justa causa. La intención del tradente, manifestada por un hecho que acompaña a la tradición, es la justa causa (l. 6, C., 4, 50, ya citada, y l. 55, D., 44, 7), de Javoleno, que, a decir verdad, es reivindicado por las dos doctrinas opuestas en su favor.

Las indicaciones de muchos títulos en la usucapio y en la actio publiciana hay que tomarlas en otro sentido distinto; por ejemplo, pro emtore, pro donato, etc., más bien son pro traditio ex justa causa, como lo evidencian las ls. 3, 4 y 5, D., 6, 2.

Se hace cargo de la contradicción de su doctrina, que supone la l. 31, pr., D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1, indicando que el texto contradice el Derecho romano. Pero quizá Paulo, al expresarse «Aliqua justa causa praecesserit», haya querido decir si no ha precedido la voluntad del tradens de enajenar manifestada de alguna manera. Claro que el hecho de citar el contrato de compra hace a esta solución algo forzada.

Termina con la definición de justa causa dada en su *Manual de Instituciones*: «Nihil aliud est justa causa, quam animus domini rem suam tradere volentis, negotio quodam vel facto expresso, quo accipiens rem sibi tanquam propriam traditam probare possit» (1).

El verdadero inspirador de estos conceptos es Savigny, quien sólo en 1853 dió a luz su pensamiento al publicar su obra *Derecho de obligaciones*.

Dice que se ha entendido la tradición como una solutio de una obligatio praecedens, y que el apoyo más firme de la doctrina está en la palabra «praecesserit», que emplea un texto. Cita luego los dos ejemplos, que se han hecho clásicos, de la limosna a un pobre y de la entrega inmediata de una cantidad que alguien nos pide en préstamo; en ellos, dice, no hay contrato precedente, y, sin embargo, la propiedad se traspasa.

«La verdadera significación de la justa causa es más bien la siguiente: Cuando se realiza una entrega, se pueden perseguir

(1) Justa causa no es otra cosa que la voluntad del dueño que quiere entregar su cosa—por cualquier negocio o hecho expreso—, por lo que el accipiens pueda probar para sí la cosa como propia y tradida.

finés muy distintos. Se puede dar una cosa en alquiler, en custodia o en prenda, y en este caso no hay transferencia de propiedad. En la mayor parte de los textos, y sin ninguna inexactitud de lenguaje, la expresión «traditio» se aplica a la transferencia de posesión jurídica o de la que da los interdictos, en la que entra la prenda. Pero varios textos la emplean también al hablar de la transferencia de la mera detentación, como en el caso de alquiler, depósito...

Pero también se puede entregar como consecuencia de una venta, de una permuta o en los ya citados casos de donación o préstamo, y en todos ellos hay transmisión de propiedad. ¿En qué consiste la verdadera diferencia entre estas dos especies de casos? Únicamente en que en los últimos el propietario anterior quiere transferir su propiedad, y en los primeros, no. De aquí se deduce que la tradición transfiere la propiedad por la voluntad concordante de ambas partes contratantes, pero no cuando esa voluntad falta. La tradición misma es, pues, una verdadera convención; sólo que no es una convención obligatoria, sino real; es preciso distinguirla bien de la convención obligatoria (venta, cambio, etc.), que puede servirle de base, en efecto, y la precede.»

Cita en su apoyo a Gayo, l. 9, § 3, *De acq. rer. dom.*, 41, 1; pero como resulta que el mismo Gayo, en *Inst.*, II, § 20, requiere la justa causa, caben dos suposiciones: o que hubo una divergencia entre los autores antiguos, cosa imposible, porque vemos a Gayo en ambos lados, o que el concepto de justa causa tiene un contenido distinto del que se le atribuye.

Construye el concepto de justa causa, dándole un valor indiciario, que resuelve las dudas que el acto equívoco de la tradición provoca, y así dice: «Ahí yace la verdadera significación de las palabras «justa causa», porque siempre se podrá reconocer con certeza si la intención de las partes iba dirigida hacia una traslación de propiedad (como en la venta o en la permuta) o no (como en el alquiler y el depósito). Desde este punto de vista, puede también justificarse la expresión «praecesserit», sin recurrir necesariamente a la idea de una obligación, aunque la obligación preexistente sea el caso más frecuente y el más importante.»

Luego dice que los textos consideran la operación desde distintos puntos de vista. Varios exigen la intención de transferir la propiedad. Otros exigen una justa causa y designan de esta manera

el signo externo de la intención. «El verdadero sentido de las dos series de textos es, pues, absolutamente el mismo» (1).

Varios años más tarde, la doctrina que hemos expuesto como de Savigny es tratada con el mismo enfoque, pero no con el mismo éxito ni ecuanimidad, aunque sí con mucha más extensión, por Stempel, *Über den Begriff der justa causa bei der Traditio*, 1856.

Recoge la idea de Savigny de que el mero acto de tradición es algo equívoco, porque puede servir a transmitir la detentación (§ 3, *Inst.*, *Quibus modis re contrah.*, 3, 14; fr. 5, § 10, D., *De instit. act.*, 14, 3, y fr. 8, *De peculio*, 15, 1); la posesión jurídica (fr. 12, *De vi et de vi arm.*, 43, 16; fr. 19, *De peric. et comm.*, 18, 6; fr. 21, *De usufr.*, 7, 1; l. 2, C., *De acq. poss.*, 7, 32; fr. 1, pr., *De rerum permut.*, 19, 4, y fr. 1, pr., *De pignor act.*, 13, 7); el derecho publiciano (todo el título de *Publiciana in rem actio*, D., 6, 2, así como el *De except. rei ven. et tr.*, D., 21, 3, en su significación actual); la propiedad bonitaria (el mismo título, en su significación primitiva), y, finalmente, la propiedad (toda después de desaparecida la quiritaria) (fr. 11, § 2, D., *De act. emti venditi*, 19, 1; § 40, *Inst.*, *De rer. div.*, 2, 1; fr. 15, *De rebus dubiis*, 34, 5, y l. 2, C., *De crimine stellion*, 9, 34).

Habla luego de que habiéndonos acostumbrado a ver en la tradición el contrato de propiedad, se ha producido la consecuencia de desfigurar la fisonomía del contrato de transmisión de propiedad entre vivos. De esta idea preconcebida se tenía que producir la conclusión de la existencia de un contrato y de un contrato en que intervienen dos voluntades.

Regularmente, siempre a falta de declaración de voluntad expresa o tácita, sólo transmite la tradición, la posesión jurídica y no la propiedad ni la mera detentación; y esto se prueba directamente por Paulus Rec., *Sent.*, lib. V, tit. II, § 2, *De don.*, y en el 77 *De r. v.*, 6, 1, donde se exige la voluntad de tener la cosa por la posesión jurídica (2) y por el hecho de que sólo se transmite la po-

(1) *Le droit des obligations*, par F. de Savigny, trad. par Gerardin Jozan, 2<sup>a</sup> éd. París. Thorn, 1873; tomo II, págs. 422 y siguientes.

(2) «*Probatio traditae, vel non traditae possessionis non tam in jure, quam in facto consistit*» (\*).

L. 77, *De r. v.*: «*Quaedam mulier fundum non marito donavit per episto-*

(\*) «La prueba de la posesión tradida o no tradida no tanto consiste en derecho cuanto en hecho.»

sesión jurídica en los casos de compra pretio non soluto necque crédito y en la constitución de dote ante nuptias. A la misma consecuencia conduce la consideración de la heterogeneidad de la voluntad en la detentación y en la posesión jurídica; el detentador tiene la cosa nomine alieno, al paso que el poseedor la tiene suo nomine.

El propio Strepel sienta luego las siguientes atrevidas afirmaciones, alguna francamente en contradicción con los textos: «Basta sólo para la transmisión de propiedad por contrato la voluntad declarada de darla y recibirla y su incorporación en el acto de la tradición; no se requiere una justa causa... El contrato de propiedad es formal, porque exige una corporización de la voluntad en el acto de la entrega; pero, además, de esta forma es necesario la voluntad de dar y recibir, y su declaración y ésta puede ser expresa o tácita. Para los primeros no puede hablarse de la necesidad de una justa causa, y en los segundos vale como un indicio concluyente a favor de la existencia de la voluntad de dar y recibir (indicio que no es el único), y en este sentido lo mencionan las fuentes.»

Rechaza los pasajes que apoyan a la doctrina de la justa causa diciendo que no la exigen con certeza porque suponen todos que la declaración expresa de transmitir no se ha dado (así aparta el fr. 31, pr., *De acq. rer. nom.*, 41, 1, y el fr. 55, *De contr. emt.*, 18, 1). De la l. 24, C., *De reivind.*, 3, 32, dice que debe entenderse sólo aplicable a prescripción y usucapión. En Gayo, II, § 20, es donde ve una seria dificultad. Aparta la teoría de la usucapión por el requisito de la buena fe, que en algo tiene que basarse, y por adlam, et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem, veluti per colonam; proponeretur quod etiam in eo agro, qui donabatur fuisset, quum epistola emitteretur, quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset» (\*).

(\*) IL. 77, *De r. v.*: «Cierta mujer donó, por medio de carta, un fundo a uno que no era su marido y de él tomó el mismo fundo en arriendo. Contestó que no se podía sostener que al donatario le correspondía acción real, como habiendo tomado posesión por medio de la misma donante como colona. Se manifestó igualmente que cuando ella remitió la carta se hallaba en el predio que donaba, cuya circunstancia era suficiente para transferir la posesión, aunque no hubiese mediado el arriendo.»



mitir un título putativo pro suo, distinto de los admitidos para la transmisión de propiedad.

Considera luego someramente la teoría de las condictions, que desde que Warnkönig publicó su célebre artículo (quizá pudiera decirse que desde Donello) han sido el caballo de batalla de ambas doctrinas contrapuestas.

Trata después de algunas causas, llamadas justas, y con este motivo cita en primer término, referente al préstamo, el fr. 4, pr., y 10, *De r. c.*, 12, 1 (1), según los cuales el dinero a prestar es primero depositado en el adquirente, pero con motivo del préstamo futuro. Se ordena especialmente allí mismo que el accipiens soporte el periculum aun durante el tiempo que sólo sea depositario. Y argumentando precisamente con esta carga del periculum, deduce no haber lugar a aplicar las reglas del depósito. No se dice claramente, pero parece insinuarse que, a pesar de sólo existir un precontrato de préstamo, la propiedad se transmite.

De los contratos innominados examina como el más importante el aestimatum y aparta el caso en que la voluntad de dar y recibir la cosa se declara expresamente, pues en él no hay duda de

(1) Fr. IV: «Si quis nec causa nec propositum foenerandi habuerit, et tu empturus praedia desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est ejus qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, ut precio uteretur periculo suo rem habebit.»

Fr. 10: «Quodsi ab initio cum deponeren, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit, quoniam debitum iri non est certum» (\*).

(\*) L. 4, pr., D., 12, 1: «Si alguno no tuvo ni motivo ni intención de prestar a interés y habiendo tú de comprar mi predio quisieres recibir en mutuo una cantidad y no quisieres tomarla en tal concepto de préstamo antes de efectuar la compra e igualmente el acreedor, en razón a tener necesidad de marchar, depositare en tu poder la indicada suma, al objeto de que si efectuares la compra le quedases obligado en virtud de préstamo; semejante depósito corre a riesgo del que lo tomó, porque también el que recibió una cosa para venderla a fin de usar del precio, tiene la cosa a riesgo suyo.»

L. 10, eodem: «Pero si desde el mismo momento en que deposite la cantidad, te hubiere permitido hacer uso de ella si quisieres, no habrá mutuo antes de haberla separado de donde se había colocado, porque entonces aun no se sabe si tendrá lugar el mutuo.»

la transmisión de propiedad; en cambio, donde falte aquélla será de los hechos que acompañan a la tradición, de los que se deducirá la existencia de aquélla. Y opina Strempel que debe verse implícita aquélla en el pacto de recibir la cosa el aestimatario y prometer o devolverla o devolver el precio fijado por ella, porque el aestimatario podrá, igual que el institor, vender a crédito, fr. 5, § 15, *De inst. act.*, 14, 3 (1), y el propietario no podrá perseguir al comprador a crédito, y solamente tiene una acción personal contra el aestimatario.

Por lo que hace a la constitución de dote ante nuptias, resulta que la promesa es, según las fuentes, condicional (fr. 4, § 2, *De pactis*, 2, 14; frs. 21, 80 y 83, *De jure dot.*, 23, 3) (2). Pero la

(1) Fr. 5, § 15, 14, 3: «Item si institor, cum oleum vendidisset, annulum arrhae nomine acceperit, neque eum reddat, dominum institoria teneri; nam ejus rei causa, in quam praepositus est, contractum est, nisi forte mandatum ei fuit, praesenti pecunia vendere; quare si forte pignus institor ob pretium acceperit, institoriae locus erit» (\*).

(2) Fr. 4, § 2, 2, 14: «Hujus rei argumentum etiam stipulatio dotis causa facta est—nam ante nuptias male petitur—quasi si hoc expressum fuisset; et nuptiis non secutis ipso jure evanescit stipulatio.»

Fr. 21, D., 23, 3: «Stipulationem quae propter causam dotis fiat constat habere in se conditionem hanc «si nuptiae fuerit secutae» et ita demum ex ea agi posse quamvis non sit expressa conditio: «si nuptiae» constat; quare si nuntius remittatur, defecisse conditio stipulationis videtur.»

Fr. 80, eodem: «Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere, neque eo nomine postea debitorem viro obligatum futurum, ait Labeo; falsum est quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est. Fr. 83, eodem: Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, non posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est» (\*\*).

(\*) Fr. 5, § 15, D., 14, 3: «Si habiendo vendido el institor aceite, recibiese en señal un anillo y no le devolviese, el dueño se obliga por la acción institoria, porque contrató en aquello para lo que fué propuesto, a no ser que se haya mandado no vender fiado, por lo cual si el administrador recibió prenda en lugar de precio, se dará la acción institoria.»

(\*\*) Fr. 4, § 2, D., 2, 14: «También es prueba de esto la estipulación que se hace por causa de dote; porque la dote no se pide legítimamente antes de las nupcias, como si esto se hubiera expresado; y no teniendo efecto las nupcias, por el mismo derecho fenece la estipulación.»

Fr. 21, D., 23, 3: «La estipulación que se interpone por causa de dote, cons-

solutio de una obligatio condicional, como la de que nos ocupamos, no lo es, y lo prueba fr. 10, *De cond. cau. data c. n. s.*, 12, 4, donde se otorga una *condictio datorum* para recuperarla. Dice que a falta de declaración expresa, ha de estarse por transmisión de posesión jurídica. Se aplica lo dicho al fr. 9, 1, *De jure dot.*, 23, 3, de Ulpiano (1), donde se presupone que en la dotis *datio* ante nuptias, en que no se ha dado la voluntad expresa, ni aun de modo condicionado, y que el *accipiens* sólo recibe la posesión jurídica, y se pregunta Ulpiano qué ocurrirá después si el dador muere antes de la celebración del matrimonio, y contesta diciendo que, consecuentemente con los principios, debería negarse la transmisión de propiedad; pero que, por motivos especiales, derivados de

(1) Fr. 9, § 1, D., 23, 3: «Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipiant? et vereor, ne non possint in dominio ejus effici, cui datae sunt quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo, qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum et quum sequitur conditio nuptiarum jam heredis, dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo, fatendum est. Sed benignius est, favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei, quod defunctus fecit, aut si distulerit, vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso jure transferre, ne mulier maneat indotata» (\*).

(\*) Fr. 9, § 1, D., 23, 3: «Si diese a alguno algunas cosas para que se hagan de la dote efectuado el matrimonio y yo muriese antes, ¿acaso se harán suyas luego que tenga efecto el matrimonio? Parece que no se harán de aquel a quien se entregaron; porque después de muerto dejaron de ser del que las dió; porque la donación está pendiente hasta el día que se contrae el matrimonio, y cuando se verifica la condición están en el dominio del heredero y no pueden dejar de ser suyas contra su voluntad; pero es más conforme a equidad que en favor de la dote se imponga al heredero que consienta en lo que hizo el difunto, y si no quisiese o se ausentase, que el dominio se transfiera, «ipso jure», al marido aun contra la voluntad del heredero que se ausenta o no quiere consentir, para que la mujer no quede sin dote.»

ta que contiene en sí esta condición; si tuviese efecto el matrimonio. También se puede pedir en virtud de ella, aunque no se haya puesto la condición expresada; por lo cual, si se revocó el poder al procurador parece que faltó la condición de la estipulación.»

Fr. 80, eodem: «Si el deudor de la mujer prometiese dote al esposo de ella, le puede pedir a su deudor lo que le debía antes del matrimonio; y dice Labeon que por esto el deudor no quedará obligado al marido, lo cual es falso, porque aquella promesa está suspendida ínterin permanezca la obligación en aquella causa.»

la dote en cuestión, se abandona aquella solución y se adopta la contraria. Y esto antes que la ley 6, C., *De promiss. dot.*, 5, 11, hiciera obligatoria la promesa de dote.

Si es exacta la interpretación del fr. 9, § 1, *De jure dot.*, 23, 3, resulta que poniéndole en relación con fr. 8, eod., y fr. 1, § 2, *Pro-dote*, 41, 9 (1), tendríamos la prueba de que la justa causa no es requisito del contrato de propiedad.

Un razonamiento análogo emplea Strempel hablando de las donaciones mortis causa.

Considera largamente el caso de compra pretio non soluto (sobre esto más adelante), para terminar diciendo que es exacto el juicio de Puchta, *Vorlesungen*, § 281, «la tradición puede concebirse desde dos puntos de vista: o el de transmitir la propiedad o en el de la mera transmisión de posesión; en la compra no hay que admitir el primero cuando el vendedor no ha sido satisfecho o no se le ha proporcionado un sustitutivo del pago».

Sigue Strempel la defensa de su punto de vista, sosteniendo

(1) Fr. 8: «Sed nisi hoc evidenter actum fuerit credendum est, hoc agi ut statim res sponsi fiant et nisi nuptiae secutae fuerit reddantur.»

Fr. 1, § 2: «Et primum de tempore videamus, quando pro dote quis usucapere possit utrum post tempora nuptiarum an vero et ante nuptias. Est quaestio vulgata an sponsus possit hoc est, qui nondum maritus est, rem pro dote usucapere. Et Julianus inquit, si sponsa sponso ea mente tradiderit res ut non ante ejus fieri velle quam nuptiae secutae sint, usu quoque capio cessavit; si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum esse id agi Julianus ait, ut statim res ejus fiant et si alienae sint usucapi possint; quae sententia mihi probabilis videtur; ante nuptias autem non pro dote usucapit sed pro suo» (\*).

(\*) Fr. 8: «Pero a no haberse pactado esto expresamente, se debe creer que se entregan con el ánimo de que las cosas se hagan al punto del esposo y que se restituyan en caso de no efectuarse el matrimonio.»

Fr. 1, § 2: «Veamos primero cuándo empieza el tiempo para la usucapición, con el título pro dote; acaso antes de las bodas o después de ellas; y regularmente se disputa si el esposo, esto es, el que aun no es marido, puede usucapir con el título pro dote. Juliano dice que si la esposa entregó la dote al esposo con intención de que no se hiciese suya antes que tuviese efecto el matrimonio, cesará también la usucapición; pero si esto no se expresó claramente, dice Juliano que se ha de creer que se hace suya inmediatamente la dote, y si la cosa que se dió en dote fuese ajena, se puede usucapir, cuya sentencia me parece probable, pero antes que tenga efecto el matrimonio no se puede usucapir con el título pro dote, sino con el de pro suo.»

que la existencia en un negocio de una de las llamadas causas inhábiles ad dominium transferendum, no es, en todo caso, obstáculo a la transmisión de propiedad.

La *societas*, aunque fr. 13, § 1, *Praescr. verb.*, 19, 5, parece negar la posibilidad de transmisión de propiedad, resulta que fr. 1, § 1, y fr. 2 y 58, pr., D., *Pro socio*, 17, 2, dicen lo contrario que en la *societas quaestus*, es indiscutible la transmisión de propiedad de los fungibles a ella llevados, y que en éste, respecto a no fungibles y en la *societas unius rei* hay que acudir a una declaración expresa.

Por lo que se refiere a *locatio conductio*, existe el fr. 39, loc. 19, 2, «non solet locatio dominium mutare», y fr. 55 de O. et A., 44, 7, cita entre las causas que traspasan la propiedad la *conductio* (1).

Hablando del *pignus* para mantener su tesis, recurre a la *fiducia*, donde la transmisión de propiedad ocurre en virtud de aquella causa.

El mismo razonamiento respecto a depósito.

Termina con la consideración de las leyes prohibitivas que, en virtud de la causa, sancionan de nulidad el contrato de propiedad.

IGNACIO SERRANO Y SERRANO,

Doctor en Derecho.

(1) Fr. 55: «In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio...» (\*).

(\*) Fr. 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...»

## 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.