

«Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español»

JOSE LUIS DE LOS MOZOS

Catedrático de Derecho civil en la
Universidad de Salamanca

SUMARIO: *Planteamiento*.—I. *Crisis del principio de abstracción*: 1. Reacción contra la doctrina de SAVIGNY.—2. Crítica del principio de abstracción en torno a la discusión del Proyecto del BGB.—3. Nuevo giro de la cuestión en el Pandectismo tardío.—4. Teoría del acuerdo real causal.—II. *Reconstrucción histórica del concepto de «Causa Traditionis»*: 1. Nuevo rumbo de la dogmática romanista en torno a la *causa traditionis*.—2. La reacción de la doctrina del principio de abstracción.—3. La interpretación de M. KASER. Planteamiento.—4. Examen de las diversas causas: *causa solvendi*.—5. Las otras causas. Cuestión del *titulo putativo*.—6. Concepto de *causa traditionis*.—III. *Presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español*: 1. Sobre la continuidad histórica del planteamiento clásico.—2. Consecuencias de la modelación dogmática del pensamiento clásico y elementos a ella ajenos.—3. La tradición como *modo de adquirir*.—4. La causa de la tradición.—5. Necesidad de la tradición.

PLANTEAMIENTO

SAVIGNY, con su pretensión actualizadora del Derecho romano, y en un momento en que se abandona la antigua exégesis de las fuentes (1), mantenida a lo largo del *usus modernus Pandectarum*, para orientarse la romanística hacia las construcciones dogmáticas, introduce, en materia de transmisión del dominio, el llamado *principio de abstracción* que tanta influencia había de alcanzar en algunas legislaciones positivas y en la propia dogmática moderna.

Seguramente, el mérito táctico de su construcción fue romper con

(1) Orientación que es debida, como es sabido, al propio SAVIGNY, situándose en esta tendencia ya desde su primer trabajo (*Das Recht des Besitzes*, 1803). Para esto, por todos: F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.^a ed., Göttingen, 1967, 386-387.

el pasado, al dar a un fundamento histórico, una interpretación moderna, adaptando a ella la exégesis de los textos, de esta manera, la «relación jurídica obligatoria» (*causa traditionis*), como fundamento concreto de la modificación real (*traditio*), queda sustituida por el simple *animus transferendi et acquirendi dominii*. De este modo, SAVIGNY recogiendo la herencia «consensualista» que, por otra parte había triunfado en el *Code civil* y en los ideales jurídicos de su época, transforma la tradición, yendo más allá del modelo francés, en un verdadero *contrato real*, es decir, en un *negocio jurídico* de Derechos reales, lo que le sirve, después, de fundamento para separar, haciendo uso de un juego *armonístico* («*more geometrico*»), en su clasificación sistemática del Derecho civil, radicalmente, el tratado de los *Derechos reales*, del correspondiente a los *Derechos de obligación*, con lo que conseguirá consolidar el modelo del principio de abstracción en la mentalidad sistemática posterior (2), al venir un argumento en apoyo de otro, recíprocamente, como nos lo muestra el Pandectismo del siglo XIX, de modo bien patente (3). Pero, sobre todo, se consagra a nivel legislativo, primero, en la Ley prusiana sobre adquisición de la propiedad de inmuebles de 1872, derogando el ALR. y aceptando el principio de abstracción (4) y, poco después, en los §§ 873 y 929 del BGB (5).

Sin embargo, la reacción contraria no iba a dejarse esperar durante mucho tiempo. Y así cuando se trata de adaptar la doctrina de SAVIGNY a la interpretación del Derecho constituido, inmediatamente surge una interpretación de la misma que implica su modificación,

(2) Actualmente esta mentalidad sistemática se halla en revisión y en crisis, incluso, en cierto sentido, una separación tajante entre derechos reales y derechos de obligación se halla igualmente superada, no sólo en la praxis, sino también a nivel dogmático, habiéndose destacado, desde muy diversos puntos de vista, la interrelación entre ambas categorías.

(3) Sobre la construcción de la teoría de SAVIGNY, implicación de precedentes y motivos metodológicos, así como respecto de su influencia, a través de sus discípulos, en la doctrina posterior: J. L. DE LOS MOZOS, *La doctrina de F. C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio*, en «RGLJ», 223 (1967), 72 y ss. y allí otras referencias.

(4) Bien que la cuestión venía facilitada, para bienes inmuebles, como consecuencia de la necesidad de la registración para que se completara el fenómeno adquisitivo: así, F. FÖSTER, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, Berlín, 1874, III, 160 y ss., pero este autor, al igual que otros muchos, recoge y acepta la antigua teoría del *título y el modo*, aplicable a aquellas cosas que son susceptibles de posesión manual, aludiendo a las ideas de posibilidad (*Möglichkeit*) y validez (*Wirklichkeit*), de acuerdo con el propio ALR (1,2,I,9). En cambio, otros, como H. DERNBURG, *Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preussens und des Reichs*, 5.^a ed., Halle, 1894, I, 574 y ss., habla de que la *causa* o título de la transmisión descansa en la voluntad de enajenar, aunque —notémoslo bien— inherente a una determinada intención, manifestada a través de una compraventa, donación, pago, etc. Esto nos muestra hasta qué punto, a pesar de las formulaciones deficientes de la teoría, no se había borrado todo su influjo.

(5) A pesar del triunfo del principio de abstracción en el plano legislativo, no han desaparecido, como más adelante veremos, en la doctrina alemana los aspectos críticos que su implantación suscita.

como sucedió en Austria con EXNER (6), ya que la aceptación del principio de abstracción, tropezaba con el sistema del ABGB (7), no llegando a alcanzar el éxito que encontró en Prusia. Por otra parte, la propia doctrina de SAVIGNY, pierde terreno y cede ante una tradición jurídica contraria, en el plano legislativo, a pesar de su difusión fuera de Alemania (lo mismo que tendrá luego que ceder ante las nuevas orientaciones romanistas, como veremos), no acabando tampoco de penetrar de lleno en los Derechos latinos, a pesar de la facilidad que en algunos de ellos ofrece la *eficacia real* del contrato obligacional (tal como en los Derechos francés, italiano, portugués y algunos americanos). Hallándose el testimonio más elocuente, en cuanto a la oposición a esa teoría, en el Código civil holandés (*Burgerlijk Wetboek*) de 1838 y en nuestro propio Código civil de 1889, así como en otros códigos americanos que siguieron la tradición del Derecho hispánico y no se dejaron influenciar por el *Code civil* (como los de Chile, Colombia, Argentina, Paraguay, Ecuador, etc.). Posteriormente, como es sabido, la tradición romanista de la *teoría del título y el modo* viene recogida por el ZGB (arts. 965 y 974, para inmuebles, aunque dejando abierto el interrogante para muebles, conforme al silencio del art. 714, si bien, a partir de una sentencia del Tribunal Federal suizo de 1929, la jurisprudencia y la doctrina, se han orientado hacia la concepción causal (8).

I. CRISIS DEL PRINCIPIO DE ABSTRACCION

1. REACCIÓN CONTRA LA DOCTRINA DE SAVIGNY

La reacción contra la doctrina de SAVIGNY, no tardó mucho en hacerse notar. En este sentido la aportación más representativa, aunque no la más importante, se debe a F. HOFMANN (9), que recoge, por un

(6) Con este autor se recoge fundamentalmente la influencia de SAVIGNY en Austria, según indica W. FELGENTRAEGER, *Friedrich Carl von Savigny Einfluss auf die Ubereignungslehre*, Leipzig, 1927, 43-44, pero, para ello, tuvo que invertir el planteamiento, hablando de un concepto negativo de *justa causa*, salvando de este modo el escollo que ofrecía el ABGB., de lo que volveremos a ocuparnos más adelante.

(7) Vid.: ABGB (ed. oficial), Wien, 1811, & 380 y && 423 y ss.: F. E. v. ZEILLER, *Commentar über das ABGB*, II, Wien und Triest, 1812, 155 y ss. y 214 y ss.: J. KRAINZ-L. PFAFF-A. EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrecht*, 13.^a ed., I, Wien, 1899, 577 y ss.; KLANG's, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 2.^a ed., Wien, 1950, 242-243 y 297 y ss.

(8) La postura causalista, en la doctrina suiza, viene especialmente defendida por H. J. MOECKE, *Kausale Zession und Gläubiger Forderungserwerb. Ein Beitrag zur Überwindung des Abstraktionsprinzips*, Freiburg (Schweiz), 1962, 5-6 y 8 y ss. En general, por todos: P. TUOR, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 8.^a ed., Zürich, 1969, 539 y R. GMÜR, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch, verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, Bern, 1965, 141 y ss. y allí otras referencias. En nuestra doctrina, sobre el particular: I. SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo*, Valladolid, 1934, 4 y ss.

(9) *Die Lehre vom titulus und modus*, Wien, 1873.

lado, la influencia de A. EXNER (10) y, por otro, la de su maestro L. ARNDTS (11), cuya doctrina habría de extenderse, sobre todo, en Italia, y que construye la *iusta causa* como un «punto de vista jurídicamente válido» (*rechtlliche gebilligter Ansicht*) (12). Todo hace pensar que tanto en éstos, como en otros autores (13), aquella *nuda voluntas* de SAVIGNY se halla fuertemente circundada de un hábito de juridicidad (14).

Por otra parte, el libro de F. HOFMANN nos ofrece un planteamiento histórico del tema, muy interesante, aunque haya sido superado y tenga notables defectos. Su construcción dogmática es un poco complicada, se podría decir que se encuentra a mitad de camino de la propia doctrina de SAVIGNY y de la construcción de la doctrina que en el Derecho común, procede de los Postglosadores (15) y que se manifiesta,

(10) En el trabajo de mi maestro, I. SERRANO Y SERRANO, *Iusta causa traditionis*, en «RCDI», 10 (1934), 722 y ss., se contiene una clara y sucinta exposición de la doctrina de A. EXNER (*Die Lehre vom Rechtswerb durch Tradition*, Wien, 1867). A este autor no le parece del todo satisfactoria la doctrina de SAVIGNY, ni tampoco la doctrina romanista anterior contra la que aquélla había reaccionado, estableciendo, como ya antes hemos apuntado, que la *causa traditionis* funciona como un requisito *negativo*. Es decir, si la tradición es un modo de adquirir *iuris gentium*, que produce su efecto porque así conviene a la *aequitas naturalis*, al transformarse en un modo *civilis* la *causa naturalis* se incorpora en cierto modo a la *voluntas* que actúa en la *traditio* (lo que EXNER apoya en cierto análisis de los textos, que aquí no nos interesa y expresándose con otras palabras). De este modo, al *accipiens* frente al tercer poseedor le basta con probar el hecho de la tradición y la propiedad del *tradens* y únicamente será el tercer poseedor, si quiere rechazar la reivindicación, el que deberá probar que la tradición se hizo a base de *non iusta causa*. Sobre el particular, también: J. G. FUCHS, *Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft*, Basel, 1952, 96 y ss.; y W. FELGENTRAEGER, *Op. y loc. cit.*

(11) Vid. *Diritto delle Pandette*, trad. it., I, Bologna, 1877, 286 y ss.

(12) Este punto de vista o intención jurídicamente válido, no es fundamento legal de la tradición, sino un simple motivo concorde solamente con la finalidad que se pretende, por eso es posible el *dissenso* y el *error en la causa*, con tal que no se perturbe aquél. (*Op. y vol. cit.*, 287). Punto de vista que viene a ser parecido a la opinión de LOTMAR, para quien la *causa traditionis* se configura como una intención propia o fin propio (*geeignetem Zweck*), según FELGENTRAEGER, *Op. cit.*, 44.

(13) Así como, DERNBURG, *Beitrag zur Lehre von der «iusta causa» bei der Tradition*, en «AcP», 40 (1857), 2 y ss.; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I (reimp. 9.ª ed. de T. KIPP, Aalen), Darmstadt, 1963, 882 y ss. y otros autores (Vid. SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 721; FELGENTRAEGER, *Op. cit.*, 44; FUCHS, *Op. cit.*, 101).

(14) Lo que solamente puede entenderse partiendo de la eficacia jurídica que el propio SAVIGNY, reconoce a la voluntad en relación con los efectos del negocio, cuestión en la que no podemos aquí entretenernos, baste únicamente tenerla presente y considerar cómo esta idea que sigue en sus discípulos, se va aureolando fuera de su escuela con la idea subyacente de la *aequitas naturalis* que se halla en el fundamento de la *traditio*, al no reconocer a éste modo de adquirir un carácter verdaderamente civil. Las diferencias entre una y otra postura son muy escasas, realmente, pero ya se inicia el despegue hacia una orientación diferente.

(15) Se trata de aquella construcción en que la *traditio* cobra un claro juego *solutorio*, respondiendo a una idea central de *causa precedente*. Muy representativo de esta tendencia es BALDUS *ad D.*, 12, 1, 18 (*Commentaria in Secundum Digesti Veteris Partem*, ed. Venetiis, 1599, 16). Para esto: J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en «RGLJ», 223 (1967), 108.

más que en G. HUGO (16), en algunos representantes, anteriores a éste último autor, del *usus modernus Pandectarum* (17), aunque el propio F. HOFMANN se refiere a toda la escuela, pues no matiza las diferencias, adecuadamente (18). Por otra parte, es claro que, en este autor, influye, al menos en forma dialéctica, la doctrina de la causa de los contratos, o más bien de las obligaciones del Derecho francés (19), cuando, por lo demás, su planteamiento sigue fiel, recogiendo la influencia de EXNER, al juego negativo de la *iusta causa traditionis* (20). Sin embargo su teoría sigue siendo importante, para la historia de la dogmática, por servir de base a una corriente doctrinal muy extendida en el *Pandectismo tardío*, habiendo influido, también, notablemente en España (21).

De todos modos, como fácilmente puede comprenderse, en este ambiente doctrinal, es difícil trazar de una manera coherente y ordenada la evolución que va tomando esta materia, al romperse, debido a la utilización del nuevo método, los límites que imponía la antigua exégesis, mezclándose arbitrariamente el plano histórico y la construcción dogmática, como consecuencia de la *Aktualisierung* que se impone a las propias fuentes romanas, y agravándose todo ello al encerrarse la especulación jurídica dentro del marco estricto que viene delimitado por los presupuestos ideales del Pandectismo (22), continuador, como

(16) Para esto, FELGENTRAEGER, *Op. cit.*, 21 y FUCHS, *Op. cit.*, 79-80.

(17) Vid. mi trabajo citado, en «RGLJ», 223 (1967), 127 y ss. y allí otras referencias.

(18) *Op. cit.*, 80 y ss., concluye su investigación histórica sobre la teoría del título y el modo, comenzando una larga y fatigosa exposición dogmática.

(19) Así distingue en el negocio de transmisión dos aspectos, el «para qué» que hace referencia al *fin* y el «porqué» que se relaciona con el *motivo*. Entonces, dice, la *causa*, a diferencia del *fin* no debe figurar junto al *término* o *condición*, porque éstos son elementos accidentales del negocio; por otra parte, se debe distinguir entre la *causa* y el *motivo*, la causa queda fuera del propio acto de transmisión, es *trascendente* al mismo, diríamos, no *inmanente*, con lo que se separa, también, de la construcción de SAVIGNY, sin embargo, toda esta larga y fatigosa exposición no es más que un rodeo para una explicación favorable a su punto de vista de la antinomia D,41,1,36 y D,12,1,18 (*Op. cit.*, 104 y ss., 115 y ss., 137 y ss.). Una exposición sucinta de la misma, en SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 728 y ss. y 812 y ss., también, J. G. FUCHS, *Op. cit.*, 97 y ss.

(20) *Op. cit.*, 102 y ss.

(21) Así por lo que se refiere, más a la valoración histórica que hace este autor de la *teoría del título y el modo*, que respecto de su propia opinión, influye notablemente en J. GONZÁLEZ, *La teoría del título y el modo*, publicado en «RCDI», 1925, recogido después, en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, I, Madrid, 1948, 297 y ss., 298, 305, etc. y lo mismo habría que decir de otros autores que siguen al anterior. Para la difusión de sus teorías, tanto en el plano histórico, como en el dogmático, han servido también otros trabajos, así el ya citado de SERRANO Y SERRANO, *Op. y loc. cit.*, n. 19, o los de U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945, 54 y ss.; R. NÚÑEZ LAGOS, *Causa de la «traditio» y causa de la «obligatio»*, en «RCDI», 34 (1961), 573 y ss., etc.

(22) Para tales presupuestos, por todos: F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, 430 y ss.

es sabido, del programa de la Escuela Histórica, construyéndose, de este modo, conforme a una nueva lógica de los conceptos jurídicos, una dogmática que cada vez se aleja más de sus verdaderos objetivos, al hacerla descansar, exclusivamente, sobre una idealización de la *nuda voluntas*. Por otra parte, como ha dicho certeramente U. ALVAREZ SUÁREZ, el planteamiento del problema no se agota diciendo —lo que puede aplicarse a cualquier autor— que la tradición sea causal o abstracta, sino que al explicar lo que la causa signifique puede llegarse a tal extremo de desvalorización de ese concepto, que aunque teóricamente se afirme que la tradición sea causal, de hecho se construya como abstracta» (23). Dificultad que únicamente queda paliada, en el juego de la controversia entre ambas teorías (pero en el fondo agravada), por aparecer bien pronto, también, nuevas formulaciones de la teoría de la abstracción, de algunas de las cuales nos ocuparemos más adelante.

Por el momento, vamos a limitarnos aquí a indicar algunas aportaciones doctrinales, sin pretender ser exhaustivos, con objeto de completar el panorama sobre la situación doctrinal a la que se había llegado, cuando comienza a deteriorarse la teoría de SAVIGNY. En primer lugar, tenemos la aportación de O. MAYER (24), para quien, la *causa traditionis* es un hecho real que se corresponde con el fin, pero todo esto tiene lugar sólo en *abstracto*, ya que en concreto el juego de la *aequitas* puede oponerse al efecto del acto dispositivo, con un cierto alcance negativo, que se actúa por medio de la *condictio* (25). En esta remisión a la *aequitas* se halla presente, no sólo una reviviscencia *iusnaturalista*, sino también, el eco de la antinomia entre D,41,1,36 y D,12,1,18 (26). Pero más importante, aunque con base en los mismos criterios *iusnaturalistas* (dependientes, propiamente, de un *Krytonaturrecht*), será el trabajo de B. W. LEIST (27), donde a través de un análisis de la «naturaleza de las cosas», contrapone la *compraventa* a los demás contratos, encontrando, en aquélla, un fundamento de *naturalis ratio* para la transmisión de la propiedad, en cambio, en el *pago* o en las otras causas funda transmisión en la *aequitas* y, por ello, hay que acudir a fun-

(23) *Op. cit.*, 22.

(24) *Die «iusta causa» bei Tradition und Usucapion*, Erlangen, 1871.

(25) Una exposición sucinta de esta doctrina, en I. SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 726-727, n. 1; también, J. G. FUCHS, *Op. cit.*, 98-99.

(26) Seguramente la explicación de lo primero hay que encontrarla en la influencia de la doctrina en torno al ALR. prusiano, donde es muy frecuente esta remisión de la *iusta causa* a la equidad, como observa certeramente FELGENTRAEGER, *Op. cit.*, 44. Vid. en aquella doctrina, por todos: KOCH, *Allgemeines Landrecht für Preussischen Staaten*, 8.ª ed., I, Berlín u. Leipzig, 1884, 475 y ss. y ss. y 696 y ss. Pero, como hemos visto, *supra*, esta misma tendencia también aparece, más o menos explícita, en otros autores (EXNER, ARNDTS, LOTMAR, etc.), lo que no deja de ser sintomático, por mucho que cualquiera de estas teorías no sean muy afortunadas en su formulación. Todas ellas ponen de relieve dos casos, el que la *traditio* aparece en las fuentes como un modo de adquirir *iuris gentium* y también, la insatisfacción que produce a la conciencia jurídica el *principio de abstracción*.

(27) *Manzipation und Eigentumstradition*, Jena, 1865.

damentarla jurídicamente en la voluntad de las partes (28). Desde otro punto de vista y en términos estrictamente técnicos, es también muy interesante la aportación de FITTING, sobre un tema paralelo (29), teniendo en cuenta que si el anterior gozó de un gran prestigio como dogmático, éste le alcanzará, también, como historiador; el hecho es que, FITTING, tratará de buscar, con base en una interpretación de los textos, la construcción objetiva de la *causa usucapionis* (30). Por último, otro gran pandectista, M. VOIGT, en una monografía sobre las *conditiones ob causam* (31), hace funcionar a la *traditio* con un claro carácter *solutorio*, no sólo en la *emptio-venditio* y en la *stipulatio*, sino también en la *donatio* y en el *mutuum* (32), lo que es muy interesante, pues, aún más claramente que en F. HOFMANN, reaparece aquí un planteamiento que procede de la tradición del Derecho común y que, como ya hemos dicho, se había manifestado, especialmente entre los Postglosadores, y, si tenemos en cuenta, que en la construcción de B. W. LEIST, existe un intento de armonizar los dos grupos de causas, como hemos visto, lo que tiene su precedente, también, en la doctrina del Derecho común y, especialmente, en ACCURSIUS (33), podremos decir sin temor a equivocarnos que, en toda esta doctrina, se plantea un retorno a los viejos temas y a los antiguos planteamientos, los que sólo por algún tiempo habían quedado preteridos, debido al influjo de SAVIGNY (34).

(28) Esta separación entre el contrato *consensual*, dotado de una función traslativa y las demás causas, implica el reconocimiento, en el primer caso, de un concepto *objetivo* de causa, dejando relegadas las otras a la eficacia que se reconoce a la voluntad, lo que se halla de acuerdo con Inst., II, 1, 41, el texto que precisamente sirve de apoyo a SAVIGNY para formular su teoría y donde LEIST, rechaza su aplicación a la compraventa (Vid. J. G. FUCHS, *Op. cit.*, 108-109). Pero lo más importante de la obra de LEIST, consiste en considerar a la *traditio*, como acto formal (lo que tendrá, después, unas repercusiones extraordinarias), salvo en el caso de la compraventa, en que la adquisición se opera *ex re*, no *ex voluntate* (Vid. I. SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 722). La remisión no puede ser más luminosa, pone de relieve la relación entre *abstracción* y *forma* (Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *La forma del negocio jurídico*, en «ADC», 21 (1968), 745 y ss.).

(29) *Wesen des titulus bei der Erztzung*, en «AcP», 51 (1868), 1 y ss. y 52 (1869), 1 y ss.

(30) Lo más interesante de su teoría es la contraposición que hace entre *causa* y *forma*, pero con más acierto que LEIST, contraponen la *traditio*, acto no formal donde por ello es necesaria la causa, a la *mancipatio* o la *in iure cessio*, donde el efecto no deriva de la causa, sino de la forma (52, 2 y ss.).

(31) *Ueber die «conditiones ob causam»*, Leipzig, 1822, 122 y ss.

(32) Distinguiendo, con base en D,12,1,18, la *causa traditionis* de la *causa* de la *condictio indebiti* y haciendo funcionar a la primera con un prestigioso juego solutorio. (Vid. I. SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 722).

(33) Para esto: J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en «RGLJ», 223 (1967), 105 y ss., n. 65.

(34) Este paréntesis alcanza, propiamente, a poco más de una generación, el círculo de los verdaderos discípulos de SAVIGNY, es decir, REGENBRECHT, BÖCKING, BURCHARDI, WARKÖNING, etc., pues en otros seguidores, más remotos, ya no se da con tanta pureza, así ARNDTS, DERNBURG, WINSCHIED, etc., como hemos procurado indicar. Por eso la apreciación de J. GONZÁLEZ, de que la teoría del título y el modo se hallaba pulverizada cuando se procedía a la redacción del Código civil alemán, es absolutamente infundada (*Op. cit.*, en *Estudios*, I, 318 y ss.).

Pero esto responde a una constante permanente en la historia de la dogmática, donde si no se puede hablar, lisa y llanamente, de repetición (*Wiederholung*), sigue siendo valedera la idea de renacimiento (*rinascimento*) de los argumentos pretéritos. Incluso, para hacer más verídica esta observación, no nos queda más que invocar el testimonio de K. A. VANGEROW, donde el retorno a la doctrina antigua, se muestra precisamente en la explicación que da a la famosa antinomia D,41,1,36 y D,12,1,18 (35), salvando la concepción causalista y en los mismos términos que lo habían hecho, anteriormente, ilustres autores (36). Sin tener en cuenta que a los testimonios invocados podríamos añadir otros (37).

2. CRÍTICA DEL PRINCIPIO DE ABSTRACCIÓN EN TORNO A LA DISCUSIÓN DEL PROYECTO DEL BGB.

El verdadero cambio, respecto del principio de abstracción, tiene lugar, en la segunda mitad del siglo XIX, cuando un importante sector de la doctrina alemana, pandectista o civilista, se dedica abiertamente a criticarle, con ocasión de la discusión del Proyecto del BGB. El más importante de todos ellos, dado el prestigio que había de cobrar su doctrina y, también, por la importancia posterior que adquiere su obra, será F. STROHAL, entonces profesor en Graz (1889), que como dice mi maestro I. SERRANO Y SERRANO, se atreve a romper una lanza en favor de la vieja doctrina del título y el modo (38). Pero, junto a él, se alinean otros muchos, como KRÜCHMANN, BECHMANN, LENEL, BERNHÖFT, EISELE y KINDEL, por no citar más que a los más representativos (39).

Primero, empezaremos por P. KRÜCHMANN (40), quien dedica un

(35) Decidiéndose por la solución de ULPIANUS, en D,12,1,18, según la cual no se hace depender el efecto de la intención (pues no hay donación, ni tampoco mutuo), únicamente si el dinero se hubiera consumido..., etc. y, afirmando, por otra parte que la opinión de JULIANUS, en D,41,1,36, es una mera opinión y que, además, no se refiere a la transmisión de la propiedad, sino a distinguir cuándo hay donación y cuándo mutuo, aparte de la posible interpolación del texto (*Lehrbuch der Pandekten*, I, Marburg u. Leipzig, 1863, 573-574).

(36) Citando el propio VANGEROW, *Ibid.*, a CUIACIUS, VINNIUS, AVERARIUS, etc. Nosotros citaremos, por todos, al antiguo maestro de Salamanca, A. FERNÁNDEZ DE RETES, *Opusculorum Libri Quator*, Salmanticae, 1650, I, *Totius varius miscellaneus*, cap. XXIII, «*De erroribus contrabentium*», nn. 6 y ss., 142 y ss. y concretamente n. 15, 145.

(37) Una exposición exhaustiva puede encontrarse en el libro de J. G. FUCHS, *Op. cit.*, 96 y ss.

(38) *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 728.

(39) Para esto, aparte de los dos autores citados en las notas anteriores, por todos, en nuestra doctrina: U. ALVAREZ SUÁREZ, *Op. cit.*, 58, n. 26; R. NÚÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, en «RCDI», 34 (1961), 601 y ss. En la doctrina alemana citaremos, también, a FELGENTRAEGER, *Op. cit.*, 45, porque la referencia que hace a la doctrina aludida en el texto tiene en su trabajo cierto aire conclusivo.

(40) *Ueber abstrakte und kausale Tradition und § 929 BGB*, en «AbR», 13 (1897), 7 y ss.

trabajo a la crítica del que iba a ser § 929 BGB (41), afirmando que al sancionar, en ese precepto, el principio de abstracción, no se ha comprendido la verdadera tradición romanista, en relación con la transmisión de la propiedad, ya que conforme a ella, aunque la *traditio* no descansa en un fundamento objetivo, se basa, en cambio, en un fundamento subjetivo-causal, es decir, las partes deben encontrar en el consentimiento mismo la referencia a la causa (42). Por eso, es diferente la solución en el D,12,1,18, donde no existe este acuerdo y la propiedad no se transmite, porque es contraria esta transmisión a los intereses de las partes, que la solución en el D,41,1,31, donde solamente interviene la voluntad de las partes (43). Por otra parte, A. BUCHMANN (44), en un conocido trabajo sobre la compraventa, publicado unos años antes que el anteriormente citado de KRÜCHMANN, llega a unas conclusiones muy parecidas, a las que había llegado B. W. LEIST y que ya han quedado referidas, al contraponer la compraventa a las demás causas, aunque esta tendencia tiene pocos seguidores, pues, como dice FUCHS, de una manera o de otra, sólo hay espacio para que se desarrolle la teoría del *animus dominii transferendi et accipiendi*, que construyera SAVIGNY (45), lo que viene confirmado por el concepto mismo de *causa* que establece el propio KRÜCHMANN. No obstante, en el mismo sentido que algunos de los autores que hemos estudiado anteriormente (sobre todo, VOIGT), St. KAISER, escribe un trabajo (46), situándose claramente, en contra de la teoría savigniana, al rechazar que la causa haya de descansar sobre ese *animus dominii*, y no tenga que ser algo ajeno al mismo, una *obligatio*, por ejemplo, con lo que la *traditio* tiene algo de solutorio (47). En cambio, un planteamiento parecido al de KRÜCHMANN, hallaremos en F. BERNHÖFT (48), para quien, la voluntad interviene en la transmisión de la propiedad haciendo el efecto del principio *utile per inutile non vitiatur* (49). Un sentido parecido da

(41) Cfr. «Para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo en la circunstancia de que la propiedad debe transmitirse. Si el adquirente está en posesión de la cosa, basta el acuerdo sobre el traspaso de la propiedad.»

(42) Como vemos, esta construcción parece causal y, sin embargo, es abstracta.

(43) La comprobación de lo dicho en la nota anterior, se halla con ver simplemente a qué se refiere el texto citado: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur* (1).

(44) *Der Kauf im Gemeinen Recht*, I, Erlangen, 1876, 314.

(45) *Op. cit.*, 110.

(46) *De iusta causa traditionis*, Berolini, 1870.

(47) Vuelve aquí la idea que utiliza, también, M. VOIGT y que ha sido una constante en la historia de esta temática, donde indudablemente juega el prestigio de la causa, como *causa precedente*. En sentido parecido, las observaciones de FUCHS, *Op. cit.*, 110, también I. SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 726, n. 1.

(48) *Der Besitztitel im römischen Recht*, Halle, 1875.

(49) Pero esta voluntad no forma parte, como fundamento, de la transmisión de la propiedad, en todo caso, habrá que referirla a la causa del contrato real.

EISELE, a la explicación de la antinomia JULIANUS-ULPIANUS, refiriéndose al efecto que alcanza la intención del *tradens* ya que lo más (la donación) comprende a lo menos (el mutuo), citando en su apoyo un texto de POMPONIUS (D,19,2,52) (50).

Pero, como ya hemos dicho, la aportación más importante de todas, dentro de esta doctrina, es la debida a E. STROHAL (51), quien parte de la afirmación tajante de que en el *Corpus iuris* no se encuentra ningún antecedente para el llamado *acuerdo real* (*dinglicher Einigung*) de la transmisión de la propiedad, incluso, por el contrario, se pueden hallar abundantes testimonios que contradicen aquel principio, en diversas materias (52), por ello, para STROHAL, la voluntad de las partes debe coincidir con la *causa*, toda construcción autónoma que hace descansar el fundamento del negocio sobre la voluntad es una mera ficción, al menos en los supuestos normales, en los que la voluntad de las partes es indiferente (53). La crítica de STROHAL (54), se beneficia de la interpretación que desarrolló O. LENEL, de los textos controvertidos en relación con el tema, en un trabajo sobre las fuentes de los comentaristas del *Edictum* (55), llegando a la conclusión de que en el D,41,1,36, los compiladores sustituyeron *mancipatio* por *traditio*, lo que explica la famosa antinomia, ya que la *mancipatio* era un negocio formal que no precisa de causa. De este modo, STROHAL, siguiendo a EISELE, va mucho más allá que éste, no atribuyendo a simples diferencias de opinión entre JULIANUS y ULPIANUS, a propósito del D,12,1,18, sino a la interpretación de LENEL, que a su vez se dedica a fundamentar con diversos argumentos (56). Y ya, por último, en un sentido muy

concepto que utiliza en un sentido distinto al de SAVIGNY, de ahí la indicación de la regla *utile per inutile*, etc., como lo explica la posición de las fuentes romanas sobre el tema, relacionándolo con la procedencia de la *condictio indebiti* o *sine causa*, según los casos. Para una exposición más amplia: FUCHS, *Op. cit.*, 111-112.

(50) *Civilistische Kleinigkeiten*, en «Jher. Jb.», 23 (1885), 1 y ss. Partiendo de que las diferencias entre ambos juristas no sirven para explicar que la tradición sea abstracta y más parece lo contrario, cuando por otra parte el D,41,1,36, se refiere a la entrega indebida, *solvendi causa*, resolviendo la cuestión por el criterio que también muestra el texto de POMPONIUS (D,19,2,52), referido a que el arrendamiento de lo más comprende lo menos.

(51) *Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches*, en «Jher. Jb.», 27 (1889), 335 y ss.

(52) Así en D,13,1,18 y D,21,3,1,3.

(53) Sin embargo, el mantenerla para ciertos casos singulares supone un germen de destrucción de su propia teoría.

(54) Para darnos una idea de la repercusión del trabajo de E. STROHAL, aparte de I. SERRANO y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 728 y 809 y ss. y de J. G. FUCHS, *Op. cit.*, 114 y ss. 117, debemos aludir aquí a los diversos trabajos de H. LANGE, que más adelante citaremos, al muy conocido de F. HECK, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tübingen 1937 (trad. esp. en «RCDI», 38 (1965), 1143 y ss.), notablemente influidos por el anterior. Recientemente, también, W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlín, 1965, 152 y ss. y 174 y ss.

(55) *Quellenforschung in den Ediktskommentaren*, en «ZSS», *rom. Abt.*, 3 (1889), 178 y ss.

(56) *Op. cit.*, en «Jher. Jb.», 27 (1889), 364 y ss.

semejante al de STROHAL, en cuanto que insiste en la falta de fundamento romanista del moderno *contrato real*, hemos de citar a W. KINDEL, que pone de relieve cómo en el último inciso del D,12,1,18, salvo el juego de la *consumptio*, hay que atenerse a las reglas de la pérdida de una cosa contra la voluntad de su dueño (57).

3. NUEVO GIRO DE LA CUESTIÓN EN EL PANDECTISMO TARDÍO

Aunque el principio de abstracción llegara a triunfar en el BGB, la cuestión quedaba abierta para el Derecho romano (58) y la discusión, en torno al tema, se va a desenvolver con diversa fortuna hasta que tome un nuevo giro en lo que podemos llamar el *Pandectismo tardío*, que se desarrolla brillantemente en Italia y aunque sigue abierto, todavía, a la orientación metodológica que arranca de la Escuela Histórica, aparece, también, muy sensible a las nuevas corrientes que han hecho cambiar, en los últimos decenios del siglo XIX, el panorama de la romanística (59).

La influencia de la doctrina de SAVIGNY, penetra en Italia, a través de F. SERAFINI, que, por otra parte, ha dirigido la traducción y el comentario de la obra monumental de GLÜCK (60). Pero también penetra la influencia de O. LENEL (61) y la de A. PERNICE (62), no precisamente fieles a la doctrina de SAVIGNY. De todos modos, uno de los primeros autores italianos que tercia en la discusión, según J. G. FUCHS (63), será S. PEROZZI (64), quien se decide por una solución consensualista, apartándose del punto de vista de su maestro PERNICE, quien había observado que la *traditio* tiene un cierto juego *solutorio*, en relación con un precedente contrato obligatorio, bien que se refiere

(57) *Konsensprinzip oder § 1,I,10 ALR*, en «Jher. Jb.», 29 (1890), 397 y ss.

(58) Así, FELGENTRAEGER, *Op. cit.*, 45.

(59) Sobre la nueva orientación de las disciplinas históricas del Derecho y su emancipación respecto del Pandactismo, con ocasión de la codificación, que se manifiesta en el último tercio del siglo XIX y se deja sentir cuando los trabajos preparatorios de la codificación: F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, 416 y 420 y ss.

(60) Para la influencia de SAVIGNY en Italia, P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, en ZSS., *germ. Abt.* 86 (1969), 97 y ss.

(61) Así, FUCHS, *Op. cit.*, 119. LENEL, aparte de su interpretación de la antinomia que ya conocemos, en otro interesante trabajo, sobre, *Parteabsicht und Rechtsersfolg*, en «Jher. Jb.», 19 (1881) y aludiendo al planteamiento de SAVIGNY, había sustituido el *animus domini transferendi et accipiendi* por el *animus rei transferendae*, en el enajenante y el *animus rem sibi habendi*, en el adquirente, con lo que se llama la atención sobre el *Inst.*,2,1,40, donde se contienen las siguientes palabras: *voluntas domini volentis rem suam in alium transferre*, volviendo a hablar del D,41,1,31 y de otras pretendidas fuentes del principio de abstracción, razonando que la *intención* al dirigirse a representar la función de la transmisión se reviste de una *iusta causa*. Vid. también, FUCHS, *Op. cit.*, 119 y ss. No es que esta doctrina sea contraria a la de SAVIGNY, pero al pretender explicarla, la desprestigia indirectamente.

(62) *Marcus Antistius Labeo*, II-2, Halle, 1895 (2.ª ed.), 405.

(63) *Op. cit.*, 120.

(64) *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, 672 y ss.

a la posesión, no a la propiedad, al menos por lo que concierne a la época de LABEO (65). Sin embargo, S. PEROZZI, entiende que la tradición descansa en la voluntad del *tradens*, no sólo cuando se trata de la transmisión de la posesión, sino también, cuando se refiere a la transmisión de la propiedad y en este sentido interpreta el *Inst.*, 2,1. 40 (66), aunque reconoce que sólo tiene valor una intención en Derecho como *causa*, por lo que ésta quedará determinada como un *motivo apropiado* (67), donde aparece claramente una implicación con el concepto de causa de la obligación o del negocio, en el sentido de los Derechos francés o italiano, en aquella tendencia que partiendo de una concepción *subjetiva* de la causa, trata de alcanzar una meta *objetiva*, como he estudiado en otro lugar (68).

Esta implicación con la doctrina de la *causa negotii*, se hace cada vez más fuerte, a partir de este momento, en la doctrina italiana, lo que no ha sido observado por los autores alemanes, ya que en el Derecho alemán, no existe propiamente el concepto de causa del negocio jurídico, concepto que se halla, por otra parte, oscurecido por el planteamiento de la doctrina del negocio jurídico («declaración de voluntad») en el Pandectismo y en el BGB, así como por las repercusiones sistemáticas que se derivan del establecimiento como abstracto del negocio de transmisión de los derechos reales, cuestión que algunos autores recientemente, han visto con toda claridad (69). Bien es verdad, que con ello no se puede decir que, en el Derecho alemán, el negocio jurídico no sea causal, mas es causal conforme a una idea que puede calificarse con la expresión *causa naturalis*, pues, el requisito de la causa no forma parte del *factum* del negocio (70). En el fondo, la cuestión es la misma, pero difiere su construcción dogmática, por la diversa manera de estar instrumentada en el ordenamiento el reconocimiento de la autonomía privada, pero de ahí, también, la diversa índole de las consecuencias que, en muy diversos sentidos, pueden derivarse.

Esto se manifestará, claramente, con aspectos muy positivos para

(65) Como es sabido, la obra de PERNICE, *Marcus Antistius Labeo*, cit., que se refiere en su conjunto una aclaración del Derecho clásico del siglo I, diciendo en *Ibid.*, II-2, 405, que la *traditio* es, en general, como un añadido, o como una consecuencia de un precedente contrato obligatorio. Con lo que se evocan, de nuevo, opiniones más remotas que ya conocemos, anteriores a la construcción que hiciera SAVIGNY.

(66) Cfr. *Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi, et ideo cuiuscunque generis sit corporalis, tradi potest et a domino tradita alienatur, itaque stipendiaria, etc.*

(67) En el fondo, tampoco se sigue fielmente este planteamiento al decidirse por la opinión de JULIANUS, en definitiva.

(68) *La causa del negocio jurídico*, en «RDN», 34 (1961), 282 y ss.

(69) Así, W. FLUME, *Op. cit.*, 152 y ss.

(70) Sobre este argumento: J. L. DE LOS MOZOS, *Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico*, en «RDP», 1970, 739 y ss., con un planteamiento de Derecho comparado entre el Derecho alemán y los sistemas latinos.

la crítica del principio de abstracción, en P. BONFANTE (71), en V. SCIALOJA (72) y, después, en E. BETTI (73), aunque el camino elegido sólo pueda llevarnos a un planteamiento paralelo, pero nunca coincidente, en su propio y verdadero sentido, para precisar el concepto de *iusta causa traditionis*, aunque por ese mismo paralelismo (74) pueda servir de comprobación de la postura adoptada ulteriormente.

En este sentido es clara la postura de P. BONFANTE, quien siguiendo la misma orientación que hemos visto en aquel grupo de autores alemanes que critican a la doctrina de SAVIGNY, se manifiesta en contra de PEROZZI, pues, para BONFANTE, la causa alcanza un significado absolutamente *objetivo*, tanto que viene a coincidir con el «esquema negocial». De este modo, la tradición, aparece como un modo de adquirir unitario, no como un acto incoloro y amorfo. Bien es verdad que, por otra parte, influye en él la propia concepción de SAVIGNY (lo que no tiene nada de extraño, pues en otros campos es un verdadero continuador de la obra del maestro), pero no tanto respecto del *acto real*, como en relación con el *animus* posesorio, cuando, por otra, hace cambiar de sentido esta última idea al aplicarla a la tradición, influido, sin duda, por O. LENEL, al decir que «la intención de transmitir y de adquirir debe ser referida a la señoría de hecho, esto es, según el lenguaje romano, a la *possessio*, no al dominio» (75), consecuentemente con esto, entiende por *traditio*, «la entrega, o en general, la puesta a disposición de la cosa con intención de renunciar a favor de otro y, respectivamente, de recibir la señoría de la cosa, sobre la base de una relación que la ley reconoce apta para justificar la transmisión del dominio» (76). En esta relación jurídica es donde se encuentra la *iusta causa* expresada, por tanto, en sentido objetivo, pero esta *iusta causa*, no es precedente, en el sentido cronológico, sino propiamente en el sentido lógico, idea que ya se había manifestado en el *usus modernus Pandectarum* (77), con lo que al separar la *traditio* de la *solutio*, cobra aquella mayor autonomía como modo de adquirir. En cuanto a la antinomia, D,41,1,36 y D,12,1,18, se vuelve contra la explicación interpolacionista, entendiendo

(71) Vid.: *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1934, 271 y ss.; *Corso di diritto romano*, II-2, Roma, 1925, 175 y ss.; *Scritti Giuridici varii*, II, Torino, 1926, 468 y ss.; y *Scritti*, III, 126 y ss.

(72) *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma, 1929, 179 y ss.; y *Negocios jurídicos*, trad. esp., Sevilla, 1942, 74 y ss.

(73) *Sul carattere causale della «traditio» classica*, en *Studi Riccobono*, IV, 113 y ss.; también en *Studi Bonfante*, I, Milano, 1930, 304 y ss.; y *Teoria general del negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1943, 132, y ss., etc.

(74) Por esto en las tres notas precedentes, nos referimos a las obras de los autores citados, relativas a la *iusta causa traditionis*, pero añadiendo alguna de las más representativas en relación con el tema de la *causa* del contrato o del negocio.

(75) *Istituzioni*, 273.

(76) *Corso*, II-2, 186.

(77) Así, p. ej., y, aparte de otros más conocidos: DARIUS, *Institutionis Iurisprudentiae Universalis*, Jenae, 1757, 239 y ss.; STRUVI, *Iurisprudentia Romano-Germanica*, Jenae, 1726, 99 y ss.; LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, Lipsiae, 1774, VII, 64 y ss., etc.

que no se plantea el jurista JULIANUS, el problema de la existencia de la causa, sino otro problema distinto el del *dissensus in causa* (78). En un sentido parecido se había manifestado, también, V. SCIALOJA (79), para quien, por otra parte, el fundamento de la tradición es un *negocio jurídico causal* y teniendo en cuenta que, para él, la causa cuando se refiere al negocio jurídico, viene constituida por su *función social o práctica* en la que *confluye* la voluntad de las partes (*acuerdo sobre la causa*). Concepción que se refleja, igualmente, en la *iusta causa traditionis* (80). Sobre esta base, E. BETTI (81), construirá su teoría de que la *traditio* es un negocio causal, fortaleciendo su construcción con un argumento histórico, al decir que el tratamiento abstracto de la transmisión de la propiedad procede del Derecho justinianeo (82). Pero aunque todo esto no deje de tener cierta base, el considerar a la *traditio* como un negocio es algo que, aparte de ser extraño al pensamiento jurídico romano, no deja de mostrar, en cierto modo, la huella de SAVIGNY, por eso, la romanística, hasta llegar a dar otra explicación más coherente y que, sobre todo, conviene a la interpretación de nuestro Derecho vigente, ha dado, todavía, un largo rodeo que pasamos, seguidamente, a exponer.

(78) Vid. BONFANTE, referencias anteriores y, sobre su doctrina: FUCHS, *Op. cit.*, 122 y ss.; SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 731 y ss.

(79) Este ilustre romanista (*Ibid.*) explica la opinión de JULIANUS (D,31,1,36), en un sentido que ya hemos visto anteriormente, diciendo que el disenso entre las dos causas propuesto, no excluye exista cierta concordancia, puesto que en la voluntad de donar se puede incluir, como más amplia, la voluntad concurrente de recibir a título de préstamo (*Teoría della proprietà*, 181 y ss.)

(80) Una exposición resumida en FUCHS, *Op. cit.*, 125 y ss., también, su *Negocios jurídicos*, cit., 74 y ss. La diferencia con BONFANTE, es la misma que separa a ambos autores, en materia de *causa* del negocio, para el primero, la causa se identifica con el *esquema negocial*, para el segundo con la *función*, pero se ejerce a través del *acuerdo* (de ahí la interpretación que da a la antinomia citada) de las partes, es decir, el acuerdo debe coincidir con la función del negocio, pero la *iusta causa* no resulta de la voluntad concorde, sino a la inversa, de la utilización de un negocio con finalidad traslativa, o de una causa autónoma (*datio, solutio, adiudicatio*, etc.) que es donde toma más relevancia, porque cuando se trata de un negocio perfecto allí no hace falta la causa (*Teoría della proprietà*, 203 y ss.). Para mi gusto la doctrina de la causa, en V. SCIALOJA, tanto para este tema, como respecto del negocio, se halla a medio perfilar, esto no le resta ningún mérito, al haber abierto una vía nueva a la investigación posterior, pero no resulta del todo clara, seguramente el propio autor comentado al señalar esa diferencia está aludiendo a las diferencias entre los negocios típicos y los atípicos (aparte los problemas que entraña la determinación del concepto de tipicidad), o, también, en relación con la *causa traditionis*, a la existencia de un núcleo central (el relativo a las causas típicas) y a un campo periférico (*datio, solutio*, etc.) con lo que intuye algo que más adelante será esclarecido, en relación con un planteamiento romanista y con referencia al Derecho clásico.

(81) *Op. cit.*, en *Studi Riccobono*, IV, 113 y ss.

(82) Así, en *Studi Bonfante*, I, 304 y ss. Sobre esta base, ulteriormente, H. LANGE, volverá a tomar el argumento contra el principio de abstracción, diciendo que aunque las bases de esta orientación fueron echadas en la época justiniana, la construcción abstracta se consolida en las Basílicas (*Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition*, Leipzig, 1930).

4. TEORÍA DEL ACUERDO REAL CAUSAL.

Como hemos visto, aunque someramente, en la crítica de la teoría de la abstracción, formulada por SAVIGNY, no todos los autores pueden liberarse de una manera radical de su influencia, tal es la sugestión, sin duda, que ejerce en ellos la tendencia *consensualista* y, con ello, el papel de la voluntad o de la *intención* de las partes, como necesario, junto a la *iusta causa* para hacer posible la transmisión de la propiedad (83). Pues bien, la doctrina a la que ahora vamos a referirnos viene a ser una continuación del planteamiento señalado, aunque se caracterice por pretender una síntesis de posturas antagónicas, resultando, por ello, un concepto de *causa traditionis* un tanto ambiguo, fruto de la armonización de la interpretación de los textos, con el principio consensualista y con la expresión de ese principio en la doctrina de la *causa* del negocio, en el pandectismo tardío y antes de que se abra paso la nueva concepción objetiva de la causa, a lo que ya hemos aludido algo, anteriormente (84). Por lo demás, esta tendencia, en su conjunto, entra dentro de la romanística moderna, aunque propiamente haya que sincronizarla con la doctrina perteneciente a la romanística anterior a la actual generación de maestros, sin duda su origen, como señala M. KASER (85), puede remontarse a FITTING (86), aunque de todos modos también pueda decirse que es representativa de la escisión entre Ciencia y Dogmática, que se plantea en torno a la promulgación del BGB (87), si bien se deja notar antes, cuando su preparación y, probablemente, con ocasión de la reforma de los estudios en las Facultades universitarias (88).

En general, puede llamarse a esta tendencia doctrinal, teoría del *kausale dingliche Einigung* (acuerdo real causal), agrupándose, en ella, lo mismo a los que consideran que la *causa* es abstracta que a aquellos que la estiman como una verdadera *iusta causa*, pues con distintos términos, en la mayoría de los casos, se vienen a establecer idénticas conclusiones. Sin embargo, no sigue esta doctrina a SAVIGNY, a pesar de que en ella se deje sentir su influencia, como hemos dicho, por cuanto se aparta de ella al renunciar a construir como un todo, la transmisión

(83) Nada tiene de extraño, por otra parte, que entre los romanistas italianos, influya la concepción del contrato traslativo, como contrato real (es decir, con eficacia real) que acoge el *Código civile* de 1865, pues esto mismo, respecto del *Code civil*, había influido, también, en el propio SAVIGNY.

(84) En España, un representante merítísimo de esta tendencia, será mi maestro I. SERRANO Y SERRANO, que deriva su construcción de HOFMANN y de EXNER, como ya hemos apuntado (*Op. cit.*, en «RCDI», 10 y 11, 1934 y 1935).

(85) *Zur «iusta causa traditionis»*, en «BIDR», 64 (1961), 68 y ss.

(86) *Op. cit.*, en «AcP», 51 (1868), 1 y ss.

(87) A esto ya hemos aludido anteriormente, con referencias a F. WIEACKER; aquí citaremos, por todos, en nuestra doctrina, los preciosos trabajos de P. FUENTESECA, *Crisis y perspectivas en el estudio del Derecho romano*, en «RDN», 7 (1955), 183 y ss. e *Historia y Dogmática en la Jurisprudencia europea*, en «RDN», 11 (1956), 183 y ss.

(88) FUCHS, *Op. cit.*, 119 y ss.

del dominio, manteniendo ese *dualismo* que se apoya, de una parte, en las dificultades de interpretación que siguen ofreciendo los textos romanos y que ha aumentado, todavía más, la crítica interpolacionista y, de otra, por un arrastre histórico que procede de la tradición del Derecho común.

Conforme a esta teoría, en términos generales, según M. KASER, la transmisión de la propiedad se hallaba justificada fuera de la tradición misma, por el acuerdo causal (*donatio, solutio, creditum*), pero la tradición dependía del acuerdo traslativo, sin que éste revelara la causa (89). Se plantea esto de tal modo, porque en esta doctrina se lleva hasta el último término la descomposición del fenómeno traslativo y, como consecuencia, se aplica invariablemente la tradición, no a la transmisión del dominio, sino al paso de la posesión, equívoco que, generalizando el planteamiento, lleva a consecuencias absurdas. Lo que hemos visto representado, también, en parte de la doctrina anteriormente reseñada. De esta forma, la *traditio* se mantiene «en cierta manera» abstracta, o para ser más exactos formal, evitándose así el escollo de las fuentes, en relación con los textos que ya conocemos. Incluso, en algunos casos, cobra aspecto de *datio vel factum*, lo que encuentra un cierto paralelismo en tema de *causa de la obligación*, funcionando como la llamada causa de los innominados, que tanta influencia tuvo en DOMAT y en las propias codificaciones latinas (90), volviendo a implicarse aquí la *causa traditionis* con la *causa* de la obligación o del negocio.

Una prueba de esta implicación la encontramos en C. FERRINI (91), cuando al ocuparse de la *causa solvendi* en la compraventa, hace depender la *iusta causa* de que el comprador haya pagado el precio, lo que sabemos era extraño al Derecho clásico (92) y, más bien, propio del Derecho vulgar (93).

Por otra parte, en esta doctrina sigue presente la función de cumplimiento que asume la *traditio*, generalmente, respecto de un negocio o causa precedente, lo que goza del propio prestigio emanado de las fuentes (*si iusta causa praecesserit*, dice textualmente PAULUS, en D,41, 1,31) (94).

(89) *Ibid.*

(90) De esto ya me he ocupado en otro lugar: J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en «RDN», 33-34 (196), 292 y ss. y *Op. cit.*, en «RDP», 1970, 739 y ss.

(91) Así, en *Manuale di Pandette*, 4.ª ed. (a. c. de G. GROSSO), Milano, 1953, 306, n. 2. Sin embargo, el propio FERRINI, critica la construcción de SAVIGNY, precisamente por elevar la tradición a acto formal (*Ibid.*, 307).

(92) Esta cuestión ha sido muy debatida en la doctrina romanista, vid. por todos: R. FEENSTRA, *Reclame en Revindicate*, Haarlem, 1949.

(93) Ha empezado a aclararse cuando se ha comenzado a conocer con alguna exactitud el Derecho vulgar. En relación con el tema, por todos: E. LEVY, *West Roman Vulgar Law (The Law of Property)*, Philadelphia, 1951, 128 y ss.; M. KASER, *Das romische Privatrecht*, II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1959, 199 y ss.; y KASER-SCHWARZ, *Die interpretatio zu den Paulussentenzen*, Köln-Graz, 1956, 23.

(94) Así, FERRINI, *Op. cit.*, 305, texto y n. 3. Sin embargo, para el valor de este texto vid. MIQUEL, *Mechanische Fehler in der Überlieferung der Digesten*, en «ZSS», rom. Abt., 80 (1963), 237 y ss.

En un sentido muy parecido al de C. FERRINI, se orientará, años después, otro gran romanista italiano, P. DE FRANCISCI (95). Este autor comienza diciendo que la Pandectística ha referido, equivocadamente, a la *traditio* toda la teoría de los modos derivativos de adquirir, examinando a propósito de esta cuestión todo el problema de la voluntad de transmitir y de adquirir, cuando resulta que, esta intención, debe referirse a la transmisión de la posesión, es decir, del señorío de hecho, lo que se ha confundido respecto del dominio, en relación con algunos negocios solemnes, como según este autor puede verse, en los mismos textos romanos (96). Respecto de la famosa antinomia (D,41,1,36 y D,12,1,18), DE FRANCISCI, se inclina a una explicación parecida a la de O. LENEL, ya que a causa de las interpolaciones bizantinas, JULIANUS, no se expresó en los términos del pasaje aludido, cuando, por otra parte, para el jurista clásico, según este autor, el *acuerdo* sobre la causa es necesario para la eficacia de la tradición (97). Esta interpretación cobra importancia (98) debido a la influencia de BESELER, que entiende, lo mismo que LENEL, que los compiladores habían sustituido *mancipatio* por *traditio*, en el D,41,1,36 (99), lo que da un nuevo juego a la teoría del *kausale dingliche Vertrag*, que viene aceptada, con este refuerzo, por autores de la talla de SCHULZ (100), HÄZEWINKEL-SURRINGA (101), SIBER (102) y MONNIER (103).

En este último autor, el juego ambivalente de la teoría cobra toda su fuerza, así de un lado, afirma que la entrega de una cosa es impotente por sí misma para hacer adquirir la propiedad a aquel que la recibe, ya que puede tener por finalidad otorgarle la posesión o hacerle propietario, para conocer esta finalidad hace falta saber con qué título se hace la entrega, es decir, es precisa una *iusta causa*, pues la transmisión no puede ser abstracta, aunque tampoco es una operación jurídica anterior a la entrega de la cosa, mostrando en ocasiones las fuentes, en casos particulares, las consecuencias de la falta de una auténtica *iusta causa*, porque en el caso de que la causa es *iniusta*, es decir *ilícita* (104),

(95) *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924, 139 y ss. Vid. SERRANO y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 883 y ss., también, FUCHS, *Op. cit.*, 123 y ss.

(96) Algo de esta construcción, pero no en general, sino en relación con la función solutoria de la *traditio* se revela en el propio FERRINI, *Op. cit.*, 305.

(97) *Op. cit.*, 145 y ss.

(98) En la doctrina de DE FRANCISCI, también influye notablemente PEROZZI, pero se destaca, sobre todo, la influencia de BESELER.

(99) *Beiträgen zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 126.

(100) En *recensión* a H. LANGE, *Op. cit.*, en «ZSS», 52 (1930), 544 y ss. Vid., también: *Derecho romano clásico*, trad. esp., Barcelona, 1960, 330 y ss.

(101) *Mancipatio en traditio*, Amsterdam, 1931 (Diss.).

(102) *Römisches Privatrecht*, Berlín, 1928, 74.

(103) *Le malentendu sur la causa traditionis*, en *Studi Bonfante*, III, 217 y ss.

(104) Aquí aparece nuevamente una clara implicación de la doctrina de la causa del contrato, en relación con la de la *causa ilícita*, propia del Derecho francés, donde cumple una clara función impeditiva de ciertos efectos, lo que tiene el inconveniente de dejar la cuestión relegada al decionismo jurisprudencial.

el adquirente no adquiere la propiedad, a pesar de la *intención* de las partes. Pero, de otra parte, al examinar estas consecuencias dice que la nulidad del acto jurídico, en virtud del que se procede a la tradición (o su ilicitud) no impide que la tradición opere su alcance traslativo de la propiedad, concediéndose al perjudicado una *condictio* (105).

Pero, también, por el camino de la teoría del *acuerdo real causal*, se llega a concepciones contrarias a la anterior, en las que prevalece una tendencia prevalentemente subjetiva. Así resulta, en un famoso trabajo de A. EHRHARDT (106), donde a pesar de patrocinar la concepción causalista, partiendo, por un lado, de la *solutio* y, de su análisis, e implicando el concepto de *iusta causa* con la teoría de la *condictio* y de la *usucapio*, dado el paralelismo entre las *causae usucapionis* y las *causae traditionis* (107), llega a un concepto de la *causa traditionis*, según el cual, la entrega y la recepción de la cosa, acompañada de la intención de las partes, en transmitir y adquirir, produce la transmisión de la propiedad. Con ello, la *traditio* se presenta como un *acto real* (108). Y ya donde se llega, dentro de esta tendencia, al extremo subjetivista, será, sobre todo, con H. PFLÜGER, para quien la *causa* sólo representa un dato en la historia de la transmisión, respondiendo a «algo justo», sea cual fuere su fundamento (109).

Por último, citaremos aquí a P. VOCI (110), quien rechazando la doctrina del *animus transferendi et acquirendi dominii*, por entender que éste debe referirse a la posesión, llega y, precisamente por ello, a una concepción *abstracta* para la *traditio*. Según este autor, la *traditio* es el negocio por medio del cual se actúa la *datio*, siendo indiferente como sea la causa porque la *traslatio* se opera igualmente. En cuanto a la *causa traditionis*, a pesar de que se hable de ello, no se puede decir con base en las fuentes que la *traditio* sea un negocio causal y, para ello, no puede utilizarse tampoco la analogía con la *iusta causa usucapionis*.

(105) En el pensamiento del autor citado, esto se explica porque a pesar de la intención inmoral o ilícita hay una *iusta causa*, lo que puede defenderse para el caso del D,41,1,36, sin embargo, según el mismo MONNIER, no es igual en el caso del D,12,1,18, ya que la *condictio* sólo se da cuando haya habido *consumptio*, procediendo en los demás casos la *reivindicatio* (*Op. cit.*, en *Studi Bonfante*, III, 220 y 227 y ss.). Como se ve la construcción, en su conjunto, es insostenible, vuelve a aparecer en ella el juego negativo de la *iusta causa* que había iniciado EXNER. Vid. SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 890 y ss.

(106) *Iusta causa traditionis*, Berlín-Leipzig, 1930, 151 y ss.

(107) En un sentido parecido se expresa en España, J. GONZÁLEZ, cuando después de hablar del fundamento del C,2,3,20 y del D,41,1,31, dice que en este último texto de PAULUS, como en otros de ULPIANUS y GAIUS, se habla de causa como de una legitimación del consentimiento, un fundamento psicológico de índole subjetiva, aceptando las consecuencias que extrae KINDEL de la comparación de este elemento con la *causa usucapionis* (*Estudios*, I, 298-299).

(108) Por eso, el autor citado en el texto, dirá que *iusta causa* era para los clásicos, no el negocio jurídico precedente, sino el negocio inmanente a la *traditio* (*Op. cit.*, 152).

(109) *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht*, München u. Leipzig, 1937, 3.

(110) P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, 95 y ss.

porque la *usucapio* sí que es causal. Por otra parte, el hecho de que no sea un elemento relevante de la *traditio*, explica el *dissensus in causa* (111).

Como vemos, dentro de esta teoría del *acuerdo real causal*, se con-
jugan los más diversos puntos de vista, en cuanto a criterios interpre-
tativos y en cuanto a conexiones que podemos llamar sistemáticas (re-
lación de la *iusta causa traditionis*, con la causa del negocio o la *causa
usucapionis*, por un lado y relación entre la *traditio* y la *solutio*, o la
teoría de las *condictiones*), aunque de éstas no saca esta doctrina todas
las consecuencias que era posible esperar, por quedar excesivamente
vinculada a los ideales consensualistas, que influyen decisivamente, tanto
para abordar los criterios interpretativos, como las conexiones sistemá-
ticas. Por ello, de aquí no pueden derivar más que construcciones con-
fusas, por la incertidumbre de su doctrina y, complicadas, por su exce-
siva carga de dogmatismo. Así que no tiene nada de extraño que, re-
cientemente, M. KASER, haya afirmado que esta idea del «acuerdo real
causal» era extraña a los romanos, pues no cabe pensar que, en la com-
praventa, o en la donación, hubiera necesidad de acuerdo real para que
se transmitiera la propiedad (112).

Sin embargo, para concluir con esta cuestión, diremos que esta
doctrina, especialmente por razones de técnica, ha influido notable-
mente en los autores españoles que seriamente se han ocupado de este
tema. Tanto en J. GONZÁLEZ, que se inclina, claramente, por una solu-
ción abstracta (113), como en R. NÚÑEZ LAGOS (114) que relaciona el
tema con el juego de la causa de la obligación, entendida como causa
de los innominados (115). Influyendo de alguna manera, también, en

(111) *Op. cit.*, 138 y ss. A una solución parecida, llega prácticamente, desde
otro enfoque distinto: F. GALLO, *Studi sul trasferimento de la proprietà in diritto
romano*, Torino, 1955, 136 y ss. 170 y ss. *Il principio emptioe dominium trans-
fertur nel diritto pregiustiniano*, Milano, 1960, 112 y ss., relacionando la
traditio con la *stipulatio*. También, OURLIAC-MALAFOSSE, *Droit romain et ancien
Droit*, II, *Les Biens*, París, 1961, 267 y ss., que ven en la *traditio*, la descom-
posición en un acto material, que cada vez se va descomponiendo más, acusán-
dose por otra parte, la tendencia hacia una transferencia consensual y por otro lado, un
elemento psicológico basado en la intención, aunque el *disenso* muestra el juego
negativo de la causa.

(112) *Op. cit.*, en «BIDR», 64 (1961), 68-69.

(113) *Estudios*, I, 298-299, y téngase en cuenta lo dicho en nota 107 *supra*.
El hablar de causa en relación con la legitimación y el acercar excesivamente el
planteamiento del tema al de la *causa usucapionis*, se halla íntimamente vinculado
con el propósito práctico del autor orientado hacia el fortalecimiento de nuestro
sistema inmobiliario registral, donde se ha llegado a hablar, por el mismo autor
citado, de principio de consentimiento y donde el paralelismo entre el juego del
artículo 34 LH. y la usucapión parece evidente, cuando por uno y otro lado, se
llega a la posibilidad de la adquisición *a non domino*.

(114) *Op. cit.*, en «RCDI», 1961, 573 y ss., 604 y ss., etc.

(115) En los numerosos y muy documentados trabajos de R. NÚÑEZ LAGOS,
relacionados con este tema, se fundamenta su construcción en otras muchas im-
plicaciones, como es la relación entre *traditio* y *consensus* (especialmente a pro-
pósito de la *traditio ficta*), o la implicación entre *causa* y *forma*, o ya en fin entre
causa y *consensus*, lo que hace posible en ocasiones un cierto juego abstracto.

I. SERRANO Y SERRANO (116). En cambio, U. ALVAREZ SUÁREZ, se separa de esta doctrina. Seguramente que influyó, en el ilustre romanista, la crítica del principio de abstracción que se desata en Alemania en torno al frustrado proyecto del *Volksgesetzbuch*, iniciada por H. LANGE (117) y en la que participan juristas de la talla de F. HECK (118), pero sin duda su mérito más importante, es el haber partido de la puntualización del concepto de causa, distinguiendo entre causa de la transmisión y causa del acto traslativo (119), entendiendo que la *causa traditionis*, es la causa del acto traslativo en concreto, representada por un negocio jurídico precedente (120).

II. RECONSTRUCCION HISTORICA DEL CONCEPTO DE «CAUSA TRADITIONIS»

1. NUEVO RUMBO DE LA DOGMÁTICA ROMANISTA EN TORNO A LA «CAUSA TRADITIONIS»

Ya bajo el imperio de la teoría del «acuerdo real causal», se advierte un nuevo camino para la reconstrucción del concepto de la *iusta causa traditionis* que viene marcado por las conexiones sistemáticas del tema. Pues bien, si a esto se añaden nuevos factores, los cuales es imposible sistematizar aquí, pero que afectan a los más diversos campos, como es un nuevo sentido en la interpretación de los textos (121), o como lo

aunque se califique la situación de causal. De las opiniones de este autor me he ocupado en otras ocasiones, pero especialmente en: *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, en «ADC», 19 (1966), 369 y ss.

(116) *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 801 y ss. y 11 (1935), 81 y ss., 320 y ss. y 332-334.

(117) A pesar de que la obra fundamental de este autor sobre el tema, *Das kausale Element im Tabbestand der klassischen Eigentumstradition*, Leipzig, 1930, se inspira todavía en la doctrina del *kausale dingliche Einigung*. Así, el propio U. ALVAREZ, (*Op. cit.*, 21), véase, sin embargo, la interesante exposición de este autor sobre la alusión del texto (*Op. cit.*, 90-104), con referencia de la bibliografía más importante sobre el particular. No tiene nada de extraño que, después, por razón de las circunstancias esta temática haya quedado oscurecida.

(118) *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1937.

(119) Toma para ello, como punto de apoyo, aunque con una visión crítica el trabajo de BAUS, *Kausale Verfügung und gutgläubiger Erwerb (Schranken des abstrakten Erwerbs)*, Berlín, 1939, 5 y ss. (*Op. cit.*, 22 y ss.).

(120) *Op. cit.*, 20, 31 y ss. y 37 y ss.

(121) La técnica interpolacionista ha ido tan lejos, que a veces se hace preciso recobrar la fiducia en los textos, la confianza en la tradición que éstos han generado. Pero con independencia de esta generalización que puede ser, también, peligrosa tengamos aquí presente, cómo en la doctrina que anteriormente hemos venido reseñando, la dificultad de las fuentes para una interpretación causal, se solucionaba diciendo que los compiladores han sustituido *mancipatio* por *traditio* (así en D,41,1,36 y en Inst.,2,1,40). En este sentido, todavía, aparte de las referencias anteriores: J. HUPKA, *Der dissensus in causa und die moderne Textkritik*, en «ZSS», rom. Abt., 52 (1932), 1 y ss. Siendo curioso hacer constar, cómo M. KASER, en su *Das römische Privatrecht*, III, München, 1955, al ocuparse del Derecho

es el esclarecimiento, en los últimos decenios, del alcance y del significado de la transformación que opera el *Derecho vulgar* (122), o el abandono de un brillante conceptualismo, que ha sido paralelo a la crisis del consensualismo, tendremos, en fin, que ha podido llegarse a una nueva versión del tema de la *iusta causa traditionis*, lo que ha sido debido, sin embargo, a la obra de M. KASER, uno de los primeros romanistas contemporáneos (123).

Pero antes de ocuparnos de la obra de este ilustre maestro, vamos a tratar de hacer un ligero esbozo de algunas posiciones doctrinales que, en el terreno de las conexiones sistemáticas del tema, han preparado el camino al nuevo rumbo que ha tomado la cuestión.

Entre las conexiones sistemáticas del tema, la primera y más importante, es la que relaciona la *causa traditionis* con la *causa usucapionis*, implicación que hemos visto aparecer, ya desde FITTING, en la doctrina y que, según parece, tiene su fundamento en una cierta y plausible analogía que influyó en el ánimo de los compiladores (124). Sin embargo, esto se ha exagerado, a veces, excesivamente, olvidando que *usucapio* y *traditio* no reciben el mismo tratamiento y aunque en ocasiones puedan amparar idénticos intereses, en lo que difieren es, precisamente, en que, en una y otra, la posición de los intereses en general es distinta (125). Lo que sí es cierto es que, al avanzar el estudio de

justiniano y al atribuir al emperador la vuelta al Derecho primitivo, en materia de precio entregado o prometido (Inst., 2, 1, 41), dice que esto seguramente obedece a que se ha confundido en sede de *traditio*, con la *mancipatio* (p. 353). En cambio, en la nueva refacción de su obra: *Das römische Privatrecht*, II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1959, abandona este criterio (pp. 199 y ss. concretamente 202). También es muy interesante la interpretación que da U. v. LÜB-TOW, del D, 12, 1, 18, en *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischen und geltendem Recht*, Berlín, 1951, 41, a lo que más adelante nos referiremos.

(122) Como es sabido el punto de partida para el concepto moderno de Derecho vulgar hay que hallarle en E. LEVY, *Western und Osten in der nachklassischer Entwicklung des römischen Rechts*, en «ZSS», 49 (1929), 230 y ss. para una referencia bibliográfica fundamental de los distintos aspectos del tema: J. L. DE LOS MOZOS, *La formación del concepto «ius civile» en el Derecho romano*, en «RGLJ», 1969, 2, 551 y ss.

(123) Esto viene reconocido y aceptado por seguidores y antagonistas, pues tampoco siguen faltando todavía defensores del principio de abstracción, o quienes sigan formulando un concepto de causa de acuerdo con los esquemas del consensualismo. Pero lo importante es reconocer que el aspecto del tema ha cambiado con M. KASER, así, recientemente, U. WESEL, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs*, en «ZSS», rom. Abt., 85 (1968), 100 y ss.

(124) Así, E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, 2.^a ed., Darmstadt, 1955, 440 y ss.; también, HAZEWINKEL, *Op. cit.*, 167; EHRHARDT, *Op. cit.*, 9 y ss., etc.

(125) La diferencia se halla en que la *traditio* funciona *a domino* y la *usucapio a non domino*, la analogía se presenta en materia de título putativo, pero ésta como dice M. KASER, si bien puede ser constructiva —dialéctica (*ars nescendi*)— no puede ser regulativa, es decir, ajena a la ordenación. Vid. *Op. cit.*, en «BIDR», 64, (1961), 91 y ss., también, F. WUBE, *Interessenlage bei traditio und usucapio*, en «TR», 32 (1964), 558 y ss. y allí otras referencias.

la *causa usucapionis*, se ha enriquecido el planteamiento respecto de la *causa traditionis* (126).

Mucho más compleja es la relación entre *solutio* y *traditio*, sobre todo, si se la implica con la *mancipatio* y con la propia *usucapio*. El tema tiene un abolengo muy antiguo, pues, ya en los autores del Derecho común, vemos la relación entre *solutio* y *traditio*, lo que se complica aún más cuando esta última aparece como medio de lograr la efectividad, en los más diversos actos jurídicos, sean o no formales (*emptio*, *mancipatio*, etc.). De este modo, la cuestión se ha desarrollado intensamente, en la doctrina, en torno a los efectos de la *compraventa clásica*, en relación, de una parte, con la obligación del pago del precio, como requisito de la *causa vera* o de la *iusta causa* y, también, respecto del principio, *bona fidei emptore sequi* y sobre lo que los autores han disputado apasionadamente (127), antes de que quedara fijado el carácter consensual de la compraventa en el Derecho clásico (128) y de que se pudiera separar, en el tono de los compiladores, lo que en ello había de vulgarización, al advertir que con la transformación postclásica se vuelve al primitivo *negocio al contado* o instantáneo (*Bargeschäft*) (129). Siendo, posiblemente, en este clima de la vulgarización, donde surge el C,2,3,20 (130), que tanto había sugerido a J. GONZÁLEZ, al relacionar *usucapio* y *traditio* (131). Sea como fuere, es aquí donde tiene interés aludir a los trabajos de Ph. MEYLAN, en los que va desarrollando progresivamente una evolución muy interesante (132). En uno de ellos, nos dice que, en Roma, la ejecución de la prestación del comprador es una *solutio* y el vendedor usucapó,

(126) Implícitamente el propio KASER, *Ibid.*, también, U. WESEL, *Op. cit.*, en «ZSS», rom. Abt., 85 (1968), 102; (JÖRS)-KUNKEL, *Römisches Privatrechts*, 3.^a ed, Berlín, 1949, 127 y ss.

(127) Una información bastante completa, para la época, puede encontrarse en I. SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 11 (1935), 161 y ss., también, vid. *infra*, Ph. MEYLAN, en *Scritti in. on. C. Ferrini*, IV, Milano, 1949, 176 y ss.; R. FEENSTRA, *Op. cit.*, 11 y ss.

(128) Por todos: (JÖRS)-KUNKEL, *Derecho privado romano*, trad. esp., de la 2.^a ed., Barcelona, 1937 (reimp. 1965), 324 y ss.

(129) Vid. las referencias a E. LEVY y M. KASER, en nota 93, *supra.*; también, P. MEREÁ, *Sobre a compra e venda na legislação visigótica*, en «AHDE», 16 (1945) y en *Estudos de Direito visigótico*, Coimbra, 1948, 83 y ss.

(130) *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.*

(131) Este texto que no viene citado por M. KASER, *Das röm. Priv.*, II, München, 1959, 199 y ss. es interesante. Probablemente su explicación hay que hallarla en una reacción del poder central, recordando a los provinciales en contra de la práctica documental que desnaturaliza los concretos negocios jurídicos utilizados (*mancipatio*, *traditio*) o a falta de ellos, la *usucapio* e indicando que ninguna forma escrita puede añadir nada a la *stipulatio* que es un contrato verbal, de ahí el tono de la expresión utilizada por esta constitución del año 293 (Vid. ARANGIO-RUIZ, *Storia del Diritto romano*, Nápoli, 1950, 340).

(132) A esta evolución alude el propio autor, en *Varron et les conditions du transfert de la propriété dans la vente romaine*, en *Scritti Ferrini*, IV, 176, n. 1. Para una mayor precisión puede verse la lista de sus trabajos, en *Mélanges Philippe Meylan* (2 vols.), Lausanne, 1963, I, XI y ss.

en consecuencia, *pro soluto*, en cambio, el comprador usucapere *pro emptore* (133). Por otra parte, anteriormente había dicho que, de la *mancipatio* no deriva más que una *vacua possessio de la cosa*, de forma que, en la práctica, la necesidad de aquellas prestaciones se desenvolvía mediante dos obligaciones complementarias y lo mismo sucedía en la compraventa, en el caso de *res nec mancipi*, cuando no funcionaba como un negocio al contado (134). Y ya, en fin, en otro trabajo, dirá que la venta al contado fue regulada por las XII Tablas, pero que bien pronto quedó desfigurada al mediar la *expromissio* para el pago del precio y que, en la época clásica, la *exceptio rei venditae et traditae* y la *actio publiciana* se conceden aunque el precio no se haya pagado (135). Pero aquí lo realmente importante, para nuestro tema, es la conclusión a la que se llega por este camino, al afirmarse que cuando no se trata de una obligación dineraria, el tránsito de la propiedad descansa en una *causa vera*, lo que en un sentido parecido viene aceptado por FUCHS (136), por RABEL, quien para esclarecer esta cuestión acude a la historia de la *solutio* (137) y, por otros autores (138), aunque esta formulación se queda a mitad del camino, o deriva hacia unas conexiones inadecuadas, que la alejan de su verdadero planteamiento, como hace FUCHS (139) y según KASER ha esclarecido, recientemente (140), como veremos. No obstante, podemos anticipar aquí que cuando se trata de obligaciones de dinero, los romanos no hablaban de *causa traditionis*, sino simplemente de *solutio*, procediera ésta de una *stipulatio*, o del cumplimiento de una obligación derivada de un contrato, o de cualquiera otra causa, porque si no hay obligación no puede haber *solutio*, como lo demuestra la existencia de la *condictio de indebitum solutum* (G,3,91; D,44,7,5; Inst.,3,14,1; 3,27,6) (141). Pero lo que no puede haber es una contraposición entre la *solutio* y otras prestaciones,

(133) *La conception classique de la vente et le fragment D,12,4,12*, en «RIDA», 1 (1948), 1 y ss.

(134) *Histoire d'une institution juridique romaine*, «ADSP», 6 (Bruxelles, 1938), 452 y ss.

(135) *Op. cit.*, en *Scritti Ferrini*, IV, 176 y ss. Sobre el particular, también. GONVERS, *La exceptio rei venditae et traditae*, Lausanne, 1938.

(136) *Op. cit.*, 242 y ss.

(137) *Grundzüge*, 441 y ss. En el plano del Derecho comparado, la obra de este autor completa sus anteriores puntos de vista sobre nuestro tema: *Das Recht des Warenkaufs* (2 vols.), I, Berlín, 1964 (reimp. de la ed. de 1936), II, Berlín-Tübingen, 1958.

(138) LANGE, *Op. cit.*, 73; EHRHARDT, *Op. cit.*, 54. Una adecuada valoración de esta doctrina en U. WESEL, *Op. cit.*, en «ZSS», rom. Abt., 85 (1968), 102-103.

(139) *Op. cit.*, 163 y ss., 169 y ss., 236 y ss., al descomponer excesivamente el planteamiento relacionando *causa* y *condictio* y al descomponer las prestaciones que derivan de la compraventa y relacionarlas con las que derivan de la *stipulatio*, implicando constantemente *usucapio* y *traditio* y, sobre todo, ensanchando excesivamente el dominio de la *solutio*, desorbitando también la relación entre ésta y el problema del título putativo, de forma que a pesar de su magnífica exposición histórica de la doctrina de la *iusta causa traditionis*, sus conclusiones no sean aceptables.

(140) *Op. cit.*, en «BIDR», 64 (1961), 70 y ss. y *Das Geld in römischen Sachenrecht*, en «TJ», 29 (1961), 169 y ss.

como aparece en algunos textos, seguramente influidos por el pensamiento postclásico (PAULUS, D,41,3,48 y D,41,4,2,pr.) (142).

2. LA REACCIÓN DE LA DOCTRINA DEL PRINCIPIO DE ABSTRACCIÓN

Antes de exponer la doctrina sobre la *iusta causa traditionis*, formulada por M. KASER, vamos a aludir a la resistencia que desde un baluarte inaccesible, ciertamente, muestra la doctrina del principio de abstracción y que no puede ser otro, en Alemania, que el prestigio del Pandectismo y la sólida posición que ofrece el BGB (143). Esta reacción que sólo puede contemplarse, desde este punto de vista, se muestra especialmente en un trabajo de G. JAHR (144), aunque en éste, como en otros autores (145), se sigue hablando de causa y de causalidad, bien que, en unos términos, que no hacen más que favorecer al principio de abstracción.

JAHR, considera que, a pesar de la interpretación de M. KASER, la cuestión queda todavía como un tanto difícil, dividiendo el trabajo, en dos partes, un estudio de las fuentes y un análisis del tratamiento histórico del mismo, pero comienza por este segundo aspecto, para entrar, como dice, en diálogo con KASER (146), siendo su primera conclusión que la *causa traditionis* no puede ser una relación obligatoria y cuya imagen se ha perdido en el Derecho postclásico, como entiende este último autor, porque esto se halla en contra de la opinión de los pandectistas y de los civilistas modernos (147). Entonces, trata de buscar el concepto de causa, en la doctrina de la *condictio indebiti*, siguiendo a SCHWARZ (148) y más de acuerdo con el sistema del BGB, que con las propias fuentes romanas (149). Por otra parte, en este planteamiento

(141) Que indica ha pasado la propiedad, pero también las dificultades de una *reivindicatio*, además hay que tener en cuenta la disciplina de la *consumptio*, cuando se trata de dinero o cosas consumibles.

(142) M. KASER, *Op. cit.*, en «BIDR», 64 (1961), 77-80.

(143) Sólo desde una visión rigurosamente crítica, puede uno sobreponerse a la conciencia social y jurídica de una época, sobre todo cuando existen barreras tan fuertes, como la que puede representar en Alemania el BGB, otro tanto cabe decir de Francia o de Italia, en relación con el tema y un punto de vista crítico será siempre excepcional, así BETTI, *Teoría de las obligaciones*, trad., esp., II, Madrid, 1970, 61 y ss., 164 y ss. Aunque, como ya hemos visto, no han faltado en Alemania críticas al principio de abstracción.

(144) *Zur iusta causa traditionis*, en «ZSS», rom. Abt., 80 (1963), 141 y ss.

(145) Destacaremos, especialmente, a J. G. WOLF, *Error im römischen Vertragsrecht*, Köln-Graz, 1961 y *Causa stipulationis*, Köln-Wien, 1970 también, los autores citados por U. WESEL, *Op. cit.*, en «ZSS», rom. Abt., 85 (1968), 103, n. 38.

(146) *Op. cit.*, *Ibid.*, 141-144. Partiendo de que la precisión de KASER en torno a la *causa solvendi*, encuentra su explicación en la relación entre *causa usucapionis* y *causa traditionis*.

(147) *Op. cit.*, en «ZSS», rom. Abt., 80 (1963), 145.

(148) *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Köln-München, 1952, y en contra, KASER, *Op. cit.*, en «BIDR», 64 (1961), 75, por identificar *causa traditionis* y causa en la *condictio*.

(149) Es posible que considerando la *causa traditionis*, como derivada del juego de la *condictio indebiti* se llegue a extraer con esta generalización un

to, la idea de *iusta causa* de no reconducirla a la abstracta voluntad de las partes, lo que no parece, desde un punto de vista práctico, verosímil, se esfuma. Esto es debido, según cree JAHR, a que los pandectistas no han concedido importancia al problema de los negocios manuales, ocupándose, en cambio, de la causalidad de los negocios de obligación (150), por eso, actualmente, dice, las otras causas (*donandi, credendi*), se fundamentan en la atribución, como la *datio ob rem*, con positiva certeza y garantía (151), añadiendo que el planteamiento respecto de los negocios manuales, representa una prolongación de la obligación de cumplimiento (152).

Por eso cree JAHR, equivocadamente, que el problema está en centrar la cuestión en torno a la doctrina de la *causa obligationis*, dependiendo todo del concepto que de ella se tenga, es por lo que, según dice, los clásicos concibieron el contrato causal, lo que significa solamente que del mismo derivan obligaciones que en él tienen fundamento, ahora bien, de la disparidad de opiniones sobre lo que era la causa, deriva también la disparidad de pareceres de JULIANUS (D,41,1,36) y ULPIANUS (D,12,1,18) (153). Y, después, de esta implicación inadecuada derivará a considerar respecto de la *causa traditionis* que, la causalidad, en relación con las partes está en la adecuación de su voluntad al fin, lo que, según dice, sucedía, también, en el Derecho romano, con la *stipulatio* (154).

concepto de causa de obligación que recuerda al juego de los innominados y otro de *causa traditionis*, de significado parecido, configurando la transmisión del dominio como un negocio de buena fe, como ha visto, agudamente, respecto del Derecho alemán, con toda exactitud, W. FLUME, *Op. cit.*, 152 y ss.

(150) Citando de acuerdo a WINDSCHEID, *Ibid.*, 145 (*Pandekten*, 318 y 365).

(151) Citando aquí a WESTERMANN, *Sachenrecht*, ed. 1960, 43, III, 4, II, 1 y 93, II, 4 b (*Ibid.*, 145).

(152) Siguiendo a ESSER, *Schuldrecht*, ed. 1960, 192 y a SIBER, *Schuldrecht*, ed. 1931, 173 (*Ibid.*). Pero esto ya ha sido rebatido y criticado anteriormente, además que implica dos cosas, el *alcance real del contrato*, lo que es contrario al Derecho romano y más bien propio del Derecho francés y el quedar relegada la *traditio* a un segundo término de forma que puede confundirse en un mismo plano con la *solutio*.

(153) *Op. cit.*, en «ZSS», rom. Abt., 80 (1963), 147 y ss. Esto supone un manifiesto error, como si los romanos tuvieran un único concepto de causa, o como si el concepto único de causa (tópico, dialéctico, es decir, prejurídico), se utilizara con el mismo sentido en sus diversas aplicaciones, en el caso de que existiera, lo que no parece cierto, por tratarse de un concepto recibido y modulado de manera diferente por la propia especulación jurídica. Por otro lado, supone, también, desconocer el sistema contractual romano, tan diferente del moderno y donde no se puede hablar de causa del contrato en un único sentido. Y por último, este autor confunde causa del contrato y causa de la obligación.

(154) *Ibid.* La confusión de formas y de conceptos jurídicos, queda aquí muy lejos de ser romana, al implicarse la *traditio* (modo), con los contratos y actos traslativos (generalmente, título) y al confundirse el fundamento del contrato *formal* con el fundamento de actos jurídicos exentos de forma. Prueba de ello, es que para encontrar apoyo a su doctrina, utiliza a los civilistas alemanes modernos. Sin embargo, en una línea parecida se ha situado, modernamente, un romanista, aunque se puede dar, parcialmente, otro significado a sus opiniones, así:

Con estos precedentes, no tiene nada de extraño que construya la *causa traditionis*, como el consentimiento de las partes respecto de la consecuencia jurídica pretendida, ya que ésta y el efecto de la atribución son la misma cosa y no puede estar, por otra parte, más que en el contrato mismo, aunque no se trate, por ello, del *acuerdo real* (155). Así formulada esta teoría, no se halla de acuerdo, ni con el Derecho romano, ni con el Derecho alemán, a pesar de que pretende quedarse en un término medio, entre la interpretación causal y la interpretación abstracta, haciendo depender, una y otra, de las diversas clases de negocios y de las diversas opiniones, como si la cuestión dependiera de las preferencias de la doctrina. No sirve para el Derecho romano, porque hace una interpretación caprichosa del mismo, según le conviene a su argumentación, ni tampoco para el Derecho alemán, porque este ordenamiento positivo configura la transmisión de la propiedad, sobre la base del *acuerdo real*, de naturaleza abstracta, contemplándole como un negocio de buena fe (156) y apartándose, claramente, de la tradición romanista (157). Por otra parte, el concepto de causa que utiliza, es inadecuado, puede hallarse de acuerdo con el concepto del Derecho alemán, que como no aparece recibido por el ordenamiento, más que en el campo de la *condictio* (en torno al enriquecimiento injusto), no viene a resultar más que un concepto natural fuera de ese campo, prejurídico, como *causa naturalis*, inadecuado para explicar el verdadero juego de la *causa civilis*, sea *causa obligationis* o *causa traditionis* (158), con ello, pretende una interpretación causal que, a veces, resulta abstracta, o lo que es peor, cayendo en un relativismo que puede ser admisible como criterio de oportunidad (159), pero que no es

J. G. WOLF, *Error im römischen Vertragsrecht*, cit., 45 y ss. 100 y ss. y *Causa stipulationis*, cit., 3 y ss.

(155) Rechaza aquí, también, por lo que se ve la interpretación de SAVIGNY, pareciéndole muy interesante la idea de la yustaposición de la causa a la naturaleza del negocio, por eso será causal éste o abstracto, según su especie (*Ibid.*, 152 y ss.).

(156) Para esto, W. FLUME, *Op. cit.*, 152 y ss. Pero esto es así por su carácter abstracto, lo que es sólo posible por disposición del ordenamiento. Por eso, dice LARENZ, que la *lex contractus* del contrato real es una norma preordenada (*Zuweisungsnorm*), *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München, 1967, 90.

(157) M. KASER, *Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht*, en «Juristische Schulung», 7 (1967), 341. Aparte de las innumerables referencias citadas a lo largo de este trabajo.

(158) Prueba de esto es que hablando de la *causa traditionis*, utiliza el concepto de BONFANTE, sobre la *causa obligationis*, que a su vez aplica mal, porque este autor (Vid. *Ibid.*), se refiere a la *causa negotii*, identificándola con el tipo negocial, lo que no sirve.

(159) Utilizable por la política legislativa, para determinar que tales o cuales negocios sean abstractos, por ejemplo. También cabe una cierta relatividad, desde el punto de vista del Derecho comparado, aunque las conclusiones puedan ser discutibles, como en el caso de E. von CAEMMERER, para quien las diferencias que en la práctica presentan ambos sistemas (el causal y el abstracto) son muy escasas (*Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung* en «RabelsZ», 12 (1938/39), 675 y ss., ahora en *Gesammelte Schriften*, I, Tübingen, 1968, 146 y ss.).

lícito utilizar para la interpretación de un sistema jurídico y menos aún el romano, donde no cabe pensar en semejante confusión, por aquello de la plasticidad del Derecho que enseñara R. IHERING (160).

3. LA INTERPRETACIÓN DE M. KASER. PLANTEAMIENTO.

La valiosa aportación de M. KASER, se contiene en diversos trabajos de su extensa e importante obra (161), pero acaso es en un artículo publicado en el *Bulletino*, de SCIALOJA (162) donde se encuentra un desarrollo más completo de su opinión sobre este tema. Un antecedente próximo de KASER, puede encontrarse en W. KUNKEL (163), para quien la *traditio* es normalmente aplicable a las *res nec mancipi*, pero también a la adquisición de la propiedad bonitaria, en cuanto a las *res mancipi*, requiriendo, en ambos casos, una *iusta causa*, lo que, en su tiempo, llamó la atención del hipotecarista español J. GONZÁLEZ (164).

Volviendo a M. KASER, diremos, que para él, de acuerdo con BONFANTE y con otros autores, la relación entre *causa* y *traditio*, en los tiempos antiguos, se cree era de la siguiente manera: el hecho de la transmisión de la propiedad, entrega y adquisición, es la causa y la *traditio* es solamente la ejecución real de la transmisión que, de esta manera, muestra la causa: por otra parte, la tradición cobra fuerza por sí misma, como *acto real*, con validez para la transmisión corporal, aunque jurídicamente sea neutral, aplicándose a supuestos en que no se trata de la transmisión de la propiedad, utilizándose en otras relaciones jurídicas (arrendamiento, p. ej.), en tales supuestos la transferencia se hace mediante la entrega (165). Ahora bien, en el Derecho clásico y,

(160) En este sentido U. WESEL, *Op. cit.*, en «ZSS», rom. Abt., 85 (1968), 104 cit. *Geist des römischen Rechts*, II, 1, 5.^a ed., 1894, 15 y ss.).

(161) Aparte de las obras citadas a lo largo del presente trabajo, una referencia completa, en *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971, 416 y *Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la historia de la dogmática moderna*, en AAMN», 13 (1962), 571 y ss. (=Universidad de Valladolid, 1962).

(162) *Op. cit.*, en «BIDR», 64 (1961) y ss.

(163) (JÖRS)-KUNKEL, *Römisches Privatrechts*, cit., 127 y ss.

(164) La segunda edición es la que fue traducida al castellano por PRIETO CASTRO (cit. *supra*) y publicada en 1937, habiendo aparecido el original en 1935, pudiendo conocer cualquiera de ambas versiones el autor citado en el texto, en cualquier caso, la 3.^a edición no varía sobre la 2.^a. Lo importante aquí es que, después de declarar J. GONZÁLEZ, la muerte del dogma del título y el modo, en *Op. cit.*, en «Estudios», I, 318, en un trabajo posterior (1943), *La tradición de fincas en los instrumentos públicos*, en «Estudios», I, 339-340, aparte de hacer constar la opinión de KUNKEL en relación con el tema, no olvida recoger antes la de este mismo autor sobre la necesidad de la *iusta causa* (p. 339).

(165) Así la *causa* es el tráfico, el movimiento de bienes que se exterioriza por la *traditio corporal*, con independencia de la relación jurídica precedente y en esto KASER, comparte su opinión con otros autores que ya conocemos (HAZEWINKEL, PEROZZI, VOCI, FUCHS, BETTI, etc.). Vid. *Op. cit.*, en «BIDR», 64 (1961), 61-62, de la que la exposición del texto es un resumen, lo que sucede es que aquellos autores se quedan en este planteamiento. Algo parecido sucede, en nuestra doctrina con P. BELTRÁN DE HEREDIA, *La tradición como modo de adquirir*,

aún en el preclásico, el término *traditio* adquirió dos significados distintos: para el tráfico posesorio, siguió siendo un *acto real*, pero para el tráfico de la propiedad, viene a ser el nombre técnico con el que se expresa el negocio de transmisión libre de forma, siendo respecto de esta segunda finalidad donde se utiliza la idea de *causa*, con ello, el mero acto de ejecución se abrirá a una valoración jurídica y, paralelamente a ello, aparecen varios tipos de tradición (*traditio longa, brevi manu, constitutum possessorium*, etc.). Ambas acepciones vienen acogidas en GAIUS, 2, 19 y 20 (166). De este modo, el negocio de transmisión que técnicamente se llama *traditio* descansa sobre la *causa*, como claramente aparece en el segundo de los textos citados y en otros de GAIUS y de otros juristas (167).

De estos dos elementos de la transmisión no formal, la *causa*, representa más bien a los diferentes tipos de causa en su conjunto, concepto que, por otra parte, se ha ido formando a propósito de la *iusta causa usucapionis*, aunque, como ya sabemos, no cabe confundir una con otra, en el Derecho clásico (168). Además, en los primitivos tiempos precientíficos, los fundamentos de la *traditio*, no aparecen por sí mismos llamados como tales, sino que se individualizan, como compraventa, donación, etc., los que atribuían la propiedad mediante la entrega, como *negocios al contado*, pero cuando tales fundamentos cobran fuerza por sí mismos, entonces, aparecen como causas para la transmisión del dominio. Es el caso de la compraventa, cuando deja de ser negocio al contado y se convierte en contrato consensual. Después, el planteamiento del Derecho primitivo vuelve a reaparecer, con la vulgarización, en el Derecho postclásico (169), hasta que JUSTINIANO, tratando de restaurar el Derecho clásico, toma a la *traditio* como causal, aunque haciéndolo de forma contradictoria (170). Sin embargo, para los clásicos, la exigencia de la *iusta causa traditionis* era un principio (171).

en «RDP», 1967, 103 y ss., siguiendo a BONFANTE para delimitar el concepto de *causa traditionis*, en relación con el planteamiento del tema en el Derecho actual, fundamentalmente.

(166) Así, GAIUS, 2, 19: *Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem*, y GAIUS, 2, 20: *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim*.

(167) Gai, 2, 28; D, 41, 1, 43; ULPIANUS, *Epitome*, 19, 7: *Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. harum rerum dominium ipsa traditione apprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis* (Ibid., 63).

(168) Sin embargo, como apunta el propio KASER, *Ibid.*, 67, por influencia de la primitiva escuela oriental postclásica, el tema de la *causa traditionis* se halla influenciado, en las compilaciones, por el de la *causa usucapionis*.

(169) *Ibid.*, 64-65 y 97.

(170) Por un lado tenemos dos textos en la *Instituta*, 2, 1, 40 y 41 y que, como sabemos, sirvieron para que SAVIGNY lanzara la teoría del principio de abstracción; el primero de ellos, en parte interpolado, coincide con otro de GAIUS (D, 41, 1, 9, 3: *Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi*), donde la causa no

4. EXAMEN DE LAS DIVERSAS CAUSAS: «CAUSA SOLVENDI».

Ya conocemos, en parte, el pensamiento de M. KASER, sobre la *causa solvendi*, a lo que nos hemos referido, anteriormente, al hablar de la relación entre *iusta causa traditionis* y *solutio*. No obstante, parece interesante volver a insistir sobre esto porque el tema es de capital importancia.

Es indudable, dice el Prof. KASER, que «la *causa* cumple una función en los negocios de atribución patrimonial, función que se muestra claramente en la *causa solvendi*: si se entrega una cosa como cumplimiento (o ejecución) de una obligación, se transmitirá la propiedad, también, si la obligación no es inválida. Con esto se demuestra que la transmisión de la propiedad descansa sobre la causa, porque si no hay *obligatio* no puede haber *solutio*» (172). Es decir, sin obligación, no hay pago (173). Lo que sucede, como ya hemos anticipado, también, es que en este caso los romanos no hablaban de *causa traditionis*, sino de *solutio*, lo mismo que tampoco hablaban de *causa stipulationis*, si la obligación tenía su origen en una *stipulatio*, sino de causa o *ex causa solvendi* (174). De este modo, la *traditio ex causa solvendi*, transmitía la propiedad en el momento, aunque no hubiera una obligación válida precedente». En lo que se diferencia ésta de las otras causas. Prueba de ello, es la existencia de la *condictio* de *indebitum solutum*, que se aplica en diversos supuestos (175), en los que se concede la *condictio* porque el que ha recibido el pago ha devenido propietario, lo mismo que

aparece por ninguna parte, pero todavía puede pensarse se trata de la *traditio*, en el sentido del primer texto de GAIUS antes citado (*rer. cott.*, 2, 19), dirigido en el mismo sentido, también, que el G,2,65, pues la *traditio* no había sido recibida por los ciudadanos romanos. En cambio, sobre la causa, habla el 41 (Inst.,2,1,41), pero aquí se trata, de la exigibilidad de la causa dejada en suspenso, mostrando, por otra parte, una implicación postclásica, respecto del pago del precio a propósito de la *causa emptionis* (Cfr.: «...*venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditor pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit...*») e incluso parece de su contexto que entre éstos dos textos falta precisamente el de la exigencia de la causa. Pero, para alcanzar el pensamiento de JUSTINIANO, debemos tener en cuenta otros textos que son contrarios a los anteriores, así el de PAULUS, D,41,1,31,pr. y el de ULPIANUS, D,41,1,36, de los cuales surge una contraposición, pues el primero es *causal* y el segundo *abstracto* aunque ambos traen todo el énfasis retórico de la escuela oriental postclásica, extraño por otra parte a la jurisprudencia clásica (*Ibid.*, 65-67).

(171) KASER, *Ibid.*, 97.

(172) *Ibid.*, 70.

(173) Aquí se muestra, para el Derecho romano, lo mismo que sucede en el Derecho moderno, la conexión sistemática entre transmisión del dominio y negocio abstracto (funcionando en sentido negativo).

(174) En lo que existe un acuerdo unánime, en las fuentes; sin embargo, hay un texto de POMPONIUS (D,41,10,3), en el que remitiéndose a NERATIUS, piensa que la causa no es la *solutio*, sino la *stipulatio* (KASER, *Ibid.*, 70), pero se trata de *causa usucapionis*.

(175) A esto ya nos hemos referido antes, texto y notas 139 y ss. Los supuestos a los que alude KASER, son: *qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit* (D,44,1,5; G,3,91; Inst.,3,14,1 y 3,27,6) y en igual modo, *re obligatur*, como en G,3,90, a propósito de la *mutui datio* (*Ibid.*, 71).

cuando se reclame dinero o cosa análoga, de las que *nummi extantes*, aunque entonces depende de si han sido consumidas, precisión que va a arrojar una luz extraordinaria para la comprensión del famoso *dissen-sus in causa* (JULIANUS, D,41,1,36 (176), lo que el propio M. KASER, completa con un amplio estudio, al que antes, también, hemos aludido, sobre la configuración de los negocios de dinero en el Derecho de cosas (177), diciendo que, lo mismo que en el Derecho moderno, se advierten numerosas especialidades en relación con el estatuto jurídico del dinero (178), otro tanto ocurría en el Derecho romano, lo que se manifiesta en el Derecho de cosas, en la *vindicatio*, en la *commixtio*, en la *consumptio nummorum* y en la *traditio* (179).

Aquí sólo nos interesan los supuestos de la *traditio nummorum*. Como sabemos, en el Derecho clásico, se exige para su validez la *iusta causa traditionis*. Sin embargo, si se trata de la *solvendi causa*, nos encontramos con el supuesto de la transmisión efectuada por el *pupillus* sin la *auctoritas tutoris*, en el que no se produce la transmisión de la propiedad, salvo cuando se trate de dinero (180). Tampoco es posible que transmita la propiedad, la *traditio*, y con ello se refuerza el fundamento de la *iusta causa*, cuando se trata de negocios prohibidos, p. ej., *donationem inter virum et uxorem*, pero en D,24,1,3,10 y 11 (181), se establece una clara frontera, pues resulta un tratamiento diferente para la *vindicatio* que para la *consumptio* (182). Lo mismo sucede, en la famosa antinomia entre el D,12,1,18,pr. y el D,41,1,36, texto este último que, como hemos visto, numerosos autores interpretaban como abstracto, o que otros llegaban a considerar la necesidad, aparte de la existencia de la causa, de una voluntad concorde de enajenar y adquirir, pero ambas posturas son inadmisibles, por otra parte, la solución de ULPIANUS (D,12,1,18), responde a algo más que a una intuición, ya que, para este jurista, no tiene lugar la transmisión de la propiedad, sin que se haya verificado la *consumptio*, lo que sitúa esta cuestión, claramente, en el campo de la *condictio* (183).

(176) Ahora bien, la doctrina expuesta únicamente puede ser aplicable a los negocios realizados por personas capaces, no así cuando el menor paga sin la intervención de la *auctoritas tutoris* (JULIANUS, D,12,1,19), salvo que se trate de una suma de dinero (G,2,84). KASER, *Ibid.*, 71.

(177) *Das Geld in römischen Sachenrecht*, en «TR», 29 (1961), 169 y ss.

(178) Ya sobre este tema el propio M. KASER, *Das Geld im Sachenrecht*, en «AcP», 143 (1937), 1 y ss.

(179) M. KASER, *Op. cit.*, en «TR», 29 (1961), 169 y ss.

(180) *Ibid.*, 216-219.

(181) *Ibid.*, 221-223.

(182) Cfr. 10: *Sciendum autem est ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure, nihil valeat quod actum est: proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet...*; 11: *Si quis igitur nummos uxori dederit, non fieri eius apparet, quia nihil corporis eius fieri palam est.*

(183) M. KASER, *Op. cit.*, en «TR», 29 (1961), 225-229, y *Op. cit.*, en «BIDR», 64 (1961), 71. Aclarando el propio KASER, que la referencia del texto (D,12,1,18) a la *exceptio doli*, no es correcta. Por otra parte, se encuentra, en la opinión de ULPIANUS, una clara aplicación del concepto o idea de *natura rei*, al aplicar una disciplina diferente a las cosas consumibles, claro que todo esto, aunque sea cier-

Pero volviendo, de nuevo, a la *causa solvendi*, dice M. KASER que «la regla general viene a ser que para que sirva como medio de fundar la transmisión del dominio, o mejor dicho de su adquisición, procederá de algún tipo de contrato, de un delito, o de *alia causarum figura*. Pero la obligatoriedad de la *stipulatio*, o de los legados obligatorios, son ejemplos imaginarios. Más propiamente hay que pensar, en la devolución del préstamo, o en el pago del precio de la compraventa, sin embargo, carecemos de fundamento para excluir otras obligaciones, sobre todo, de las que proporcionan la propiedad a través de un *solvere* de dinero o de otra cosa» (184). Ahora bien, no hay que pensar, como veíamos entendía cierta doctrina, que «haya prestaciones contrapuestas a la *solutio* que pertenecieran al vendedor. La situación de estas prestaciones, respecto de la *solutio* denotarán, sin lugar a duda que carecen de fundamento, encontrándose en el lenguaje postclásico, frecuentemente, prueba, en fin, de todo esto son también, dos textos de PAULUS (D,41,3,48 y D,41,4,2,pr.) que muestran en campo vecino una diferencia de tratamiento para la *usucapio pro soluto* y para la *usucapio pro emptore* (185).

5. LAS OTRAS CAUSAS. CUESTIÓN DEL «TÍTULO PUTATIVO».

Pasamos ahora a ocuparnos, con KASER, de las otras causas, que podemos deducir de las *causae usucapionis*, que es lo que hacían los juristas romanos (quitando el *pro* que ya no tiene sentido en materia de

to, no aparece más que enunciando, conforme al método propio de los juristas romanos, que el propio KASER también ha contribuido a esclarecer. Como conclusión diremos que la diferencia, no está entre la *traditio* de dinero y la *traditio*, en general, sino entre *traditio* y *consumptio*. Algo paralelo se refleja en el Código civil español, comparando los arts. 1095 y 1160.

(184) *Op. cit.*, en «BIDR», 64 (1961), 77.

(185) *Ibid.*, 78-81. En cuanto a los dos textos citados, colocados bajo el nombre de PAULUS, vemos que revelan dentro de sí puntos de vista diferentes, mostrando los dos de una manera indudable la forma de los trabajos postclásicos, etc. De lo que PAULUS ha podido decir, seguramente sólo ha sido transcrito *Pro emptore possidet qui re vera emit*, quedando la *usucapio pro emptore*, en lugar de una compraventa válida, pero para eso el comprador debe tener buena fe. Pero del cumplimiento del contrato tal y como aparece en el texto se deduce el mismo efecto *ex causa venditionis*, lo que parece extraño. Otro tanto se plantea en relación con los demás contratos: Si yo te entrego (una cosa libre o una *res Mancipi*) y los dos creemos se trata de una prestación surgida de un contrato, puedes prescribirla, pues se trata de un cambio patrimonial operado de *bona fides*, etc. En cambio, en la compraventa de creer a los textos citados, debo atenerme a la vez a la conclusión del contrato y a los efectos derivados de la buena fe. En suma, según estos textos, se establece una diferencia para la *usucapio pro emptore* y para la *usucapio pro soluto*, ya que para ésta sólo era precisa en el momento de efectuarse, mientras que, en el título *pro emptore*, se discutía si la *bona fides* había de exigirse, también, en el momento de la *traditio* (D,41,3,10, D,6,2,7,17, D,41,4,7,4). Ahora bien, concluye KASER, ese pensamiento lo mismo que es válido para la *usucapio* es válido para la *traditio*, en cuanto a la distinción entre la *causa venditionis* y la *solutio*, porque como la primera es consensual, sólo tiene sentido y validez, si a su vez es válida la compraventa y, sólo, entonces, transmite la propiedad la *traditio*.

causa traditionis). Así, dice, podemos determinar las siguientes: *causa venditionis* (G,2,20; Inst.,2,1,41); *causa donationis* (G.2,20; Inst.,2,1,4; 2,6,11), que cuando se trata de dinero, presentan un aspecto especial (186) y, lo mismo puede decirse de la *dotis datio*, o de la *causa credendi*, en virtud de un *mutuum* válido (187), tomando todas ellas la forma de la *causa solvendi* (188). Otro grupo de supuestos viene constituido por aquellas obligaciones nacidas *ob rem*, *ob causam datum*, a propósito de las cuales se concede la *condictio ob causam datorum*; es el caso de la *permutatio*, según un texto de ULPIANUS (D,6,2,7,5) (189). Situación especial presentan la *donatio mortis causa* y la *dos* (190) y, todavía quedan un par de supuestos que, seguramente, tienen su fundamento en un *pactum*, o en una *transactio* (191).

Con esto vemos que *causa traditionis*, dice KASER, es en la concepción romana, todo tipo capaz, por medio de la entrega, de transmitir la propiedad. «Entonces se puede pensar que esto supone, en relación con la *traditio*, una base para fortalecer su concepción abstracta, pero esto no es así al tratarse de un fundamento particular, individual, que como tal, regula la tradición como el *supuesto de hecho* de la adquisición de la propiedad. Ese fundamento jurídico es inseparable, en su conjunto, para la validez de la relación de atribución. Representa cier-

(186) Bien porque el dinero se hubiera entregado al *contado*, o porque se añadiera a la donación una *stipulatio*, tomaban la *causa solvendi* (Ibid., 83-84).

(187) No así el realizado por el *impuber* sin la *auctoritas tutoris* (D,12,1,19,1) o si se trataba de un *furiosus* (D,12,1,12) lo que viene a confirmar lo dicho en el texto, en sentido contrario, porque tratándose de dinero se concede la *condictio*.

(188) *Ibid.*, 84 y allí otros supuestos.

(189) *Ibid.*, 85.

(190) La *donatio mortis causa*, es una forma categórica de causa que por el hecho de la muerte implica la transmisión de la propiedad. Para la *dos* cabe pensar lo mismo cuando tiene lugar la celebración del matrimonio (D,12,4,8 y 10; D,12,4,7,pr.). Es el fin el que justifica la atribución, no el medio utilizado, por eso, *contra* estos supuestos actúa la *condictio ob turpem causam* (Ibid.).

(191) *Ibid.*, 85-86. En el *pactum* no hay que ver el precedente de una fundamentación abstracta, ni tampoco podría utilizarse una situación excepcional para hacer un planteamiento de tipo general. En otro sentido, sucede lo mismo con la fundamentación del concepto de causa, derivando de la *idea de equivalencia*, propia de la *causa de los innominados*, como tantas veces he puesto de relieve, en diversos trabajos y a lo que, en el presente, también me he referido y que si existió, en las fuentes romanas, fue debido a un vulgarismo de influencia oriental, derivado de la tópica aristotélica (*aequitas* o *aequalitas*) y que cobró nueva fuerza en algunas tendencias desarrolladas en la época del Derecho común, en la Edad Media, llegando a contraponer *prestación* a cambio de *promesa*, juego que es ajeno a la *iusta causa traditionis* y que si parece cobrar algún sentido con aplicación a la *causa solvendi* utilizada en relación con las prestaciones nacidas de la *emptio*, es porque con el Derecho vulgar, la compraventa vuelve a ser un *negocio al contado*, como aparece en las *Pauli Sententiae* (2,17,13), donde se ha transformado de contrato consensual en un negocio de *bona fides*. Por otra parte, otro tanto hay que decir de la posible transformación de la *traditio* como consecuencia de la introducción de la práctica documental, cuyo alcance probatorio, pese a la conocida tesis de RICCOBONO, recuerda ya tempranamente el C,2,3,20.

tamente la regla de su validez, pero esa regla puede tomar diversa profundidad, según el ámbito de las diferentes causas» (192).

Parece que los juristas romanos, en algunos casos, se contentan con esto, pero, en otros, se plantea el problema de la fuerza que pueda tener la buena fe del adquirente. ¿Se da alguna validez a estos supuestos?, se pregunta M. KASER. Vamos a verlo. En primer lugar, aparece la famosa antinomia D,41,1,36 y D,12,1,18, otro grupo de casos se da también en materia de *causa solvendi*, ¿es que se ha dado validez a una posible admisión del *título putativo*? Realmente no, lo que sucede, dice KASER, es que se adoptan dos tipos de soluciones, cuando se trata de supuestos que podemos llamar relaciones de atribución *típicas*, debidas a una compraventa, p. ej., etc., no se admite el título putativo para la *traditio*, a diferencia de lo que sucede para la *usucapio*. En cambio, en los supuestos excepcionales o simplemente anormales, a los que antes nos hemos referido, sucede lo que ya conocemos. Pero esto no supone que haya pasado de la *usucapio* a la *traditio*, en esta materia, ningún elemento decisivo, como creía cierta doctrina que anteriormente hemos criticado, lo que no quita para que existan, entre ambas instituciones, cierta relación, aunque una y otra reciban distinto tratamiento, porque, en ocasiones, pueden amparar idénticos intereses, si bien, la situación de los intereses es distinta en la *traditio* que en la *usucapio* (193). No obstante, añade KASER, se pueden notar algunas coincidencias en materia de *título putativo*, entre *usucapio* y *traditio*, planteándose en los casos en que la relación de atribución no era válida (así, en el caso del *pupillus*, que actúa sin la *auctoritas tutoris*, p. ej.), o que su invalidez era ignorada por el adquirente (caso del *dissensus in causa*, entre otros), si bien, esto aparezca en la *causa traditionis* de una manera excepcional (194).

(192) *Ibid.*, 87.

(193) *Ibid.*, 87-93. Entre los supuestos excepcionales contempla algunos ejemplos a los que se aplica la *causa solvendi*, como vimos anteriormente, como la dote y la donación (pp. 90-91), en materia de dote alude a un interesante supuesto de *usucapio pro suo* (D,23,3,67 y D,41,9,1,3-4), diciendo que el título putativo aun en la *usucapio* se acataba con toda prudencia, así PROCULUS, en el primer texto citado, en cambio CELSUS, en el segundo, ha tomado la excepción como si no fuera tal. Sin embargo, en tiempo de DIOCLECIANUS, siempre se exigía un *verus titulus* (C,7,29,4; 7,33,5). *Ibid.*, 91. En cuanto a la diferente posición de los intereses entre *traditio* y *usucapio*, conviene tener en cuenta, de nuevo, también: F. WUBE, *Die Interessenlage bei traditio und usucapio*, en «TR», 32 (1964), 588 y ss. La exigencia del título para los clásicos, no era tan radical, en el caso de la *usucapio*, se admite el título defectuoso, o aquel que el adquirente cree que es válido y así otros supuestos, lo mismo sucede en materia de *dissensus in causa*, cuando yo recibo una cosa y creo que se me ha entregado a título de donación, aunque así no sea, mediando esta entrega, puedo llegar a adquirirla por *usucapio* (D,41,6,1,pr.), aunque el *título putativo* por sí solo nunca produce la transmisión, es preciso la buena fe y el tiempo, de ese modo aquélla puede contemplar el título putativo (*Ibid.*, 563 y ss.). También sobre el tema: MAYER-MALY, *Das putativproblem bei des usucapio*, Graz-Koln, 1962.

(194) *Ibid.*, 93.

6. CONCEPTO DE «CAUSA TRADITIONIS».

El Prof. KASER, concluye su trabajo diciendo que los romanos, no nos legaron una definición de la causa, aunque, en cambio, nos han suministrado los elementos para construir su concepto a través de las diversas causas (195). *Causa* o *titulus*, representa un fundamento, o una motivación de la entrega de una cosa. Pero no toda motivación de la entrega de la cosa sirve en los negocios de transmisión, pues también esto tiene lugar para fundamentar situaciones *posesorias* o meras *detentaciones* (como en el caso del comodato, del depósito, o del arrendamiento, etc.) (196).

De este modo, prosigue KASER, la causa acompaña a las entregas corporales, para poder facilitar, mediante la entrega (197), la adquisición de la propiedad, lo que hace de la tradición un negocio de la transmisión (198). Esta finalidad que representa la causa, no se refiere a relaciones sociales o económicas, por lo que no sirve el concepto de BETTI (199), sino, exclusivamente, una relación jurídica: *emptio, venditio, solutio*, etc. Esta relación jurídica debe ser válida, lo que también es aplicable para la *solutio*, como ya ha quedado explicado, pues su validez no sólo depende de su fundamento obligatorio (200). Lo mismo sucede en las excepcionales formas de aplicación a la *traditio* de la *usucapio pro emptore, pro dote*, etc., supuestos en los que debe mediar, además, la buena fe del adquirente (201).

Por otra parte, la causa debe ser *iusta* (ULPIANUS, Ep., 19, 17; GAIUS, 2, 20; PAULUS, D, 41, 1, 31, pr.), significado que hay que encontrar en el Derecho positivo y que se aplica con referencia a las *iniustae causae* (como las donaciones entre cónyuges, u otro negocio prohibido) (202).

(195) *Ibid.*, 93.

(196) *Ibid.*, 94. Por eso, tiene sentido hablar, también, de *animus posesorio*, aludiendo al *título* de la posesión, es decir, al concepto por el que se posee. Vid., J. L. DE LOS MOZOS, *Notas para una reconstrucción del concepto de «animus» posesorio en el Derecho moderno*, en «RGLJ», 1965, 2, y ed. separada, Madrid, 1965.

(197) Lo mismo hay que pensar cuando se trate de entregas espiritualizadas, o de formas sustitutivas de la *traditio*, como el *constitutum possessorium*.

(198) Esta calificación no debe tomarse fuera de su propia sede, haciéndonos recordar el negocio de transmisión del Derecho alemán, al que podemos llamar formal, porque la entrega cumple función de forma, como en nuestro Derecho ha entendido el propio F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*. Madrid, 1967, 286-287, aunque el pensamiento del autor seguramente va dirigido a la tradición aplicada a la posesión. Siendo de hacer notar que en este sentido nuestra doctrina se ha obstinado en referir exclusivamente la tradición a esta función.

(199) Es lógico que así sea porque la construcción del autor citado sirve, como ya hemos indicado, para construir el concepto de causa del negocio, que confunde con el de *causa traditionis* y lo mismo habría que decir de otros autores a los que anteriormente nos hemos referido.

(200) Sino de la función que ciertas cosas, el dinero, p. ej., cumplen, como se pone de manifiesto en relación entre *traditio* y *consumptio*.

(201) *Ibid.*, 94-95.

(202) *Ibid.*, 95.

Es en la relación causal válida, en la que se halla implícita la intención de transmitir y de adquirir la propiedad, pero, como es natural, la consecuencia que es la transmisión, responde a una *relación jurídica*, no a esa *intención*, que los clásicos expresaban de este modo: *voluntas domino volentis rem suam in alium transferre* (GAIUS, rer. cott., D,41, 1,9,3 = Inst.,2,1,40), pero esta afirmación no tiene un valor autónomo, como para pensar en la afirmación válida de un acuerdo real (203). En suma, concluye, «la exigencia de la *iusta causa* es para los clásicos un principio. La postura de JUSTINIANUS, en cambio, responde a una contradicción. Junto a la exigencia de la causa que reconoce, luego dice lo contrario, como si renunciara a ello y se inclinara por esto, según parece, preferentemente» (204).

III. PRESUPUESTOS ROMANISTAS DE LA ADQUISICION DEL DOMINIO EN EL DERECHO ESPAÑOL

La aclaración de la verdad histórica, según la interpretación de M. KASER, nos va a facilitar, indudablemente, el planteamiento de la cuestión en nuestro Derecho, cuando, por otra parte, se acepta, plenamente, la idea de una esencial continuidad histórica, en lo que es unánime la doctrina. Únicamente, las discrepancias han surgido a la hora de valorar y de utilizar la tradición romanista, o como consecuencia de las implicaciones del tema con el sistema de publicidad inmobiliaria, o ya, en fin, por una cierta simpatía al principio de abstracción, consecuencia de la utilización inadecuada del método de Derecho comparado.

No voy a ocuparme aquí, de todos estos problemas, algunos de los cuales ya he tratado, separadamente, en otras ocasiones (205), limitándome, simplemente, a extraer las conclusiones que se derivan de la aceptación de estos presupuestos romanistas, sin embargo, antes, sobre el tema de la continuidad histórica de este planteamiento, me parece oportuno hacer alguna observación.

(203) Tampoco cabe pensar en dos voluntades yuxtapuestas, como resultaría de admitir la *iusta causa* por un lado y, además, una voluntad específica o un acuerdo de voluntades, en la que la más típica es la voluntad de dar, como se deduce del D,41,1,36.

(204) *Ibid.*, 97. Una posible explicación de los términos de Inst.,2,1,40 y 41, puede hallarse en la falta de un texto intermedio, a lo que antes nos hemos referido. De todos modos, también puede encontrarse un resumen del pensamiento de KASER, en *Römischen Privatrecht*, München und Berlín, 1964, 96 y ss. y en la trad. esp. de SANTA CRUZ TEIJEIRO (de la 5.ª ed., 1966, inalterada en esta materia), *Derecho privado romano*, Madrid, 1968, 113 y ss.

(205) J. L. DE LOS MOZOS, *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, en «ADC», 19 (1966), 369 y ss.

1. SOBRE LA CONTINUIDAD HISTÓRICA DEL PLANTEAMIENTO CLÁSICO.

Cuando la codificación española, y me refiero tanto al Código civil (206), como a la Ley Hipotecaria (207), la doctrina científica, o para ser más exactos la que podríamos llamar *costumbre culta*, que responde más a la idea de la conciencia jurídica, tal y como la sienten los juristas de la época, que son los que van a llevar a cabo la codificación, se mantiene fiel al *usus modernus Pandectarum* (208), no habiendo penetrado las nuevas corrientes más que, marginalmente (209), por eso, es unánime en nuestra doctrina que, el Código civil, acoge la *teoría del título y el modo* (arts. 609 y 1095).

Ahora bien, la *teoría del título y el modo*, no responde, tan siquiera, en rigor, ni a una versión *tradicional* del sistema de adquisición del dominio en el Derecho romano clásico, porque no existe, propiamente, una tradición romanista, en el sentido de continuidad. Como sabemos, surge de la implicación retórica de las ideas de *posibilidad y efectividad* que aparece tempranamente en la especulación teórica del Derecho común (210) y que se consagra, definitivamente, por influencia del Derecho natural (211). Lo que es propio de la evolución y del desatro-

(206) Así la Base 20.^a, expresa que: «Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante...». Rechazando el criterio que, siguiendo al *Code civil*, se manifiesta, en sentido contrario, en el *Proyecto de 1851*, art. 548, según el cual «la propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción». Cfr., además, arts. 609 y 1095 C. c.

(207) La *Exposición de Motivos* de la Ley de 1861, fija claramente la posición de nuestro Derecho, al hablar del alcance de la publicidad registral a través de la inscripción, manteniendo el respeto a nuestra tradición jurídica. Así cuando dice: «Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición... «Sistema que mantiene el Código civil, al deslindar perfectamente los dos campos, como confirman los arts. 605 al 608.

(208) La continuidad del *usus modernus*, a través de VINNIUS o de HEINECIUS, en nuestra doctrina antigua es manifiesta, y así lo destacan los autores que se han ocupado del tema: J. GONZALEZ, *Op. cit.*, en «Estudios», I, 322-323; I. SERRANO y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 734 y ss.; U. ALVAREZ, *Op. cit.*, 110-111. También sobre esto, M. BATLLE, *Espíritu y direcciones del Derecho civil moderno*, en «AUM», 13-2 (1954/55), 459-460.

(209) Así, por todos: GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, I, Madrid, 1871, 740; B. GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, III, Madrid, 1868, 29 y ss., donde, sin embargo, se observan las vacilaciones doctrinales sobre el concepto de *causa traditionis*.

(210) Todo ello, vinculado, por otra parte, a la teoría de las causas aparece, en torno a la idea de *causa precedente*, ya en PLACENTINUS, *In Summan Institutionis*, Moguntiae, 1537, ad. 2,1,45,21 y en AZO, *Summa Codicis*, II, Lugduni, 1576, ad C,7,26,8,f 160 v.

(211) Doctrina que, como sabemos, actúa sobre la construcción de la teoría del *ius ad rem*, que tiene su origen en el Derecho feudal y en el Derecho canónico, lo que se hace doctrina común en nuestros clásicos, por todos: ANTONIO

llo del Derecho europeo, como he precisado en otro lugar (212). Esto supone, ciertamente, una manera de salvar la tradición romanista, pero a costa de transformarla.

Esta transformación, sin embargo, no es sustancial y se manifiesta en la diversa manera de formular el Derecho, en un cambio de método, que es lo que realmente separa a los juristas romanos de los juristas posteriores, sobre todo, desde que tiene lugar la especulación jurídica dependiendo de las exigencias de su *cientificación*, lo que ocurre, primero, con el renacimiento del Derecho romano y, después, con la influencia del Derecho natural (213), pues es evidente que la doctrina de SAVIGNY, no penetra más que marginalmente antes de la codificación (214). Las vacilaciones, en la interpretación de las fuentes romanas, ya eran anteriores al propio SAVIGNY (215), arrancando de la glosa

GÓMEZ, *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Lugduni, 1741, *ad legem* 40, núm. 16, 182-183; J. GUTIÉRREZ, *Opera Omnia*, I, *Practicarum quaestionum civilium*, Lugduni, 1730, Lib. II, *quaest.* CLII, 354; D. COVARRUBIAS, *Opera omnia*, ed. Coloniae Allobrogum, 1723, *Variarum resolutionum*, Lib. I, cap. XIV, nn. 2,3 y 14,88 ss.; II, Lib. II, cap. XIX, 249 y ss., etc.; PICHARDO DE VINUESA, *In Institutiones Justiniani Imperatoris Commentaria tomi duo*, Lugduni, 1671, I, *ad Inst.*, 3,24, nn. 4,24,40,230 y ss.: A. FERNÁNDEZ DE RETES, *Opusculorum libri quator*, Salmanticae, 1650, I, *Totus varius miscelaneusq.*, cap. XXII, nn. 6 y ss., 142 y ss.; MATIENZO, *Commentaria in librum quintum Recollectionis legum Hispaniae*, Mantuae Carpetanae, 1613, tít. 11, ley 7, glosas 6 y ss., 362 y ss. Y así, en otros autores, como los citados por J. GONZÁLEZ, *Op. cit.*, en «Estudios», I, 304 y ss. Y otro tanto podríamos decir de la doctrina del *usus modernus Pandectarum*, en sentido amplio, por todos: MEVIO, *Commentarii in Jus Lubicense libri qui ique*, Francofurti et Lipsia, 1700, Lib. I, tít. II, art. V, 111 y ss.; DARIES, *Institutionis Jurisprudéntiae universalis*, Jenae, 1757, cap. II de la *Pars spec.* Secc. II, tít. IV, § 461, 239 y ss., tít. V, § 475, 250 y ss., etc.; STRUVI, *Jurisprudéntia Romano-Germánica*, ed. 14.^a cuidada por RICHTER, Ienae, 1726, Lib. II, tít. I, 74 y ss., 99 y ss.; BRUNNEMANNI, *Commentarius in quiquaginta libros Pandectarum*, ed. «S. Strykius», Francofurti ad Moenum, 1692, ad D,41,1, 31,pr., 445; y *Exercitationes Justinianiae XXII. Jus Institutionum controversum, ad usum modernum applicatum*, etc., Francofurti, 1667, 56; LAUTERBACH'S, *Collegii theoretico-practici à libro trigesimo nono Pandectarum usq. ad finem*, § *sic ad Digestum novum, Pars Tertia*, Tubingae, 1725, Lib. XLI, tít. I, §§ 50-55, 173 y ss.; U. HUBER, *Praelectionum iuris civilis, tomi III, secundum Institutiones et Digesta Iustiniani*, Lipsia, 1735, 94 y ss.; S. STRYKII, *Usus Moderni Pandectarum (lib. XXXIX ad finem)*, IV, Halae Magdeburgicae, 1723, in tit. 41, 1, 109 y ss.; A. LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, Lipsiae, 1744, VII, ad D,41, 1, 64 y ss., etc. Siendo de hacer constar que esta doctrina no sigue con tanta pureza el Derecho romano.

(212) Vid., J. L. DE LOS MOZOS, *El Derecho natural en la formación del Derecho civil*, en «Estudios Castán», VI, Pamplona, 1969, 585 y ss.

(213) Para esto por todos, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, 14 y ss.: 43-45, etc.

(214) I. SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), alude a J. PASTOR Y ALVIRA, diciendo que su teoría coincide en parte con la de SAVIGNY, pero no parece que este aspecto de la obra de SAVIGNY, fuera muy conocido antes de la codificación.

(215) Vid., J. L. DE LOS MOZOS, *La doctrina de F. C. von Savigny*, cit., ed. sep., 16 y ss.

de ACCURSIUS (216) y de la implicación *consensualista* en el tema de las causas, pero esto no supone, ni impide, la formación y el desarrollo de los conceptos: causa próxima, generalmente como *modus* y causa remota, como *titulus adquirendi*, salvo muy significadas excepciones (217). A lo sumo, puede decirse, que aquellas vacilaciones doctrinales son un poco fruto de la *dogmatización* que se ha producido al formular los conceptos jurídicos, incapaces de representar la rica variedad que ofrece la realidad del Derecho, contenida o no en las fuentes romanas, o también excitados por ella, sobre todo, en relación con las dificultades de interpretación del *Corpus* que ya conocemos. Pero de todos modos, al tratar de aplicar estas nuevas categorías conceptuales (*titulus* y *modus*) a la interpretación del Derecho romano, con mayores o menores pretensiones actualizadoras, a lo largo del Derecho intermedio, podemos advertir, aparte de que sean extrañas a la mentalidad jurídica romana, la existencia de un *núcleo central* en la formulación de la teoría que se adapta fácilmente a las *causas típicas* (compraventa, p. ej., sobre todo en los casos normales), donde existe cierta uniformidad (y lo mismo puede decirse de la *traditio* corporal) y una *periferia* donde se manifiesta la disparidad de criterios (pacto nudo, promesa, *traditio ficta*, etc.). Lo que no deja de tener cierto paralelismo, aunque muy lejano, con la situación que hemos contemplado en el Derecho romano clásico

Pero, además, hay que tener en cuenta que, aunque no podamos pretender —ya que no podemos probarlo— que existe una mayor fidelidad al legado romanista, en el Derecho de Castilla (que había de servir de base fundamental para la elaboración del Código civil), si nos es posible invocar una cierta continuidad en la aceptación de los dogmas que ha establecido la *recepción del Derecho romano*, favorecida por la enseñanza de las Universidades y por el cesarismo de los reyes, lo que, después, vendrá a consolidar un espléndido humanismo, en los siglos XVI y XVII (218).

Esto se manifiesta en el claro precedente legislativo de las *Partidas*, especialmente en la *Ley 46, tít. XXVIII, P 3.*, donde se recogen los dos elementos que, para la transmisión del dominio, exige la

(216) *gl. Dissentiamus*, especialmente, en relación con la antinomia D,41,1,36 y D,12,1,18, en *Digestum novum seu Pandectarum iuris civilis, Tomus Tertius*. Lugduni, 1569, col. 382.

(217) Aparte de ACCURSIUS y BALDUS, en el Derecho común, esta línea se fortalece, sobre todo, en DONELLUS, tanto que la doctrina de la abstracción se ha llamado teoría de DONELLUS-SAVIGNY.

(218) Este humanismo jurídico influye notablemente en Europa y constituye uno de los elementos decisivos del *usus modernus Pandectarum*, especialmente en Alemania, por todos: H. THIEME, *El significado de los grandes juristas y teólogos españoles del siglo XVI para el desenvolvimiento del Derecho natural*, en «RDP», 1954, 596 y ss.; J. F. HEINE, *Zur Methode in Benedikt Carpzovs zivil rechtlichen Werken*, Diss. Freiburg, 1964 (también en «ZSS», rom. Abt., 1965), 27 y ss. Sobre esto, una referencia muy interesante en SALVIOLI, *Storia del Diritto italiano*, Torino, 1930, 120, indicando las diversas tendencias del humanismo jurídico español.

teoría del título y el modo (219): «apoderamiento» o *traditio* y «derecha razón» o *causa* (220) y, también, en la exposición de las opiniones de nuestros clásicos, así ANTONIO GÓMEZ, dirá que la propiedad de los bienes inmuebles, por modo derivativo, se adquiere *per contractum onerosum vel lucrativum secuta traditione vera vel ficta* (221), o FERNÁNDEZ DE RETES, quien señala dos tipos de causas: temporales (depósito, comodato, arrendamiento) y perpetuas (venta, donación, dación en pago, permuta, legado, *adiudicatio et similes*), añadiendo que, para transmitir el dominio, *requiritur, ut praecedat titulus, seu causa perpetua et sequatur traditio; nec traditio sine precedente causa* (222). Otro tanto encontramos, en fin, en LUIS DE MOLINA, donde la formulación de esta doctrina resulta más completa, por tratar del tema directamente, conectando con la teoría del *ius ad rem* y hablando de que los títulos hábiles para la tradición, pueden ser, *legitima emptio, vel donatio aut alius similis*, distinguiendo el *verus* del *praesumptus*, que no sirve para la tradición, pero que puede valer para la *usucapio* (223). Siendo de hacer constar la concordancia de nuestra doctrina, en esta materia, con las opiniones de los máximos romanistas de su época, J. CUIACIUS (224) y A. FABER (225). Lo que justifica la

(219) Cfr. «Apoderan unos omes a otros en sus cosas, vendiendogelas o dandogelas en dote o en otra manera o cambiándolas o por alguna otro derecha razón.» No es exagerado hablar aquí de la citada teoría, por que tal se formula en el siglo xv o a principios del xvi (J. APPEL), y ya se halla prefigurada en la doctrina del Derecho común, en torno al concepto de *ius ad rem* (formulado por J. DE REVIGNY, en el siglo XIII, que influye claramente en la investidura feudal (P,4,26,4; 3,18,68, etc.), cuando, por otra parte, las relaciones entre Salamanca y Orleans debieron ser muy estrechas, o bien que, Nápoles, Salamanca y Orleans, respondan al mismo fenómeno paralelo de la «provincialización de la Glosa».

(220) La glosa de GREGORIO LÓPEZ, no dice qué se entiende por causa, en relación con P,3,28,46 (*Las siete Partidas del sabio rey Don Alonso el nono*, II, 1794, 248-249), ocupándose más de otras implicaciones que tienen un claro precedente postclásico, como el pago del precio en la compraventa, pero sin embargo, el propio texto, como vemos (transcrito en la nota anterior en su primera parte) enumera las causas calificándolas en general de *derecha razón*, terminología que usa el Código alfonsoino (P,3,13,7; 4,4,2, etc.) en otras materias más o menos relacionadas con la presente.

(221) *Ad leges Tauri*, cit., ley 45, n. 4, 236.

(222) *Opusculorum*, I, 142. Cuando por otra parte, como ya hemos aludido anteriormente, resuelve la antinomia D,41,1,36 y D,12,1,18, en favor de ULPIANUS, partiendo de la crítica de M. VALENCIA a H. DONELLUS y mostrándose de acuerdo con CUIACIUS, FABER, COVARRUBIAS, MOLINA, AZEVEDO, PARLADORIO, etc., decide que el adquirente adquiere el dinero que consume de buena fe, por el hecho de su consumo que sirve como de confirmación, *Op. y vol. cits.*, 144-145.

(223) *De iustitia et iure*, I, Antuerpiae, 1615, trat. II, disp. 2.^a, 12 y ss., 18 y ss., 116 y ss.

(224) *Opera Omnia*, I, Lugduni, 1614 col. 1956, y VI, Mutinae, 1578, col. 82 y ss. quien critica primero a ACCURSIUS, por su concepto de causa próxima referida a la *nuda traditio*, a propósito de la famosa antinomia y a la que califica de ineficaz, pues JULIANUS no dice que ésta transmita el dominio, si no va precedida de una justa causa, lo que pasa es que la discrepancia no se halla respecto de la transmisión de la propiedad —dice CUIACIUS— sino en relación con el pago y, entonces, la antinomia se plantea del siguiente modo: JULIANUS, considera un pago válido, ULPIANUS, únicamente por razón de tratarse de bienes consumibles.

(225) *Rationalia in tertiam partem Pandectarum*, III, Aurelianae, 1626, 46

fidelidad al *usus modernus Pandectarum* de nuestros juristas, no sólo por el aislamiento y la decadencia de nuestra cultura a partir del último tercio del siglo XVII, sino por un movimiento de reflujo, que sigue el camino inverso (226), representado en esta materia por la inmensa influencia de G. HEINECIUS (227).

Pero existe, también, otra circunstancia que favorece la continuidad de este planteamiento y es que, en nuestra tradición jurídica, excepto en Aragón (228), la *práctica documental* no adquiere el significado que cobra en otros Derechos europeos (229), sirviendo, en éstos, a favorecer el alcance real de la *nuda voluntas*, mediante el *auxilium instrumentum* o carta, con lo que, por una parte, se está labrando la posibilidad de la abstracción y, por otra, se está contribuyendo, al menos, a configurar el *contrato real* del *Code civil* que, sin duda, tanto influyó en el ánimo del propio SAVIGNY (230) y al que es ajeno nuestro antiguo Derecho, como con toda exactitud expresa la *Exposición de Motivos* de la Ley Hipotecaria de 1861 (231).

2. CONSECUENCIA DE LA MODELACIÓN DOGMÁTICA DEL PENSAMIENTO CLÁSICO Y ELEMENTOS AJENOS A AQUELLA TRADICIÓN.

De todos modos, hay que tener en cuenta, como ya hemos dicho, que la continuidad de la *teoría del título y el modo* no representa, más que de forma lejana, el planteamiento de esta cuestión de acuerdo con el Derecho romano clásico, aunque dentro del marco del Derecho actual. nuestro Derecho, sea de lo más parecido a aquel. Las diferencias son con-

y ss., quien también critica a ACCURSIUS y a BARTOLUS, insistiendo en la ineficacia de la *traditio*, explicando de una manera original la opinión de JULIANUS y la de ULPIANUS, por una aptitud especial de las cosas.

(226) Es decir, vuelve de Alemania a España. Seguramente esto explica el que, el Derecho español haya podido sustraerse en este punto a la influencia francesa, pero algo parecido sucede, también, en Prusia, Austria, Holanda y Suiza.

(227) Nos remitimos a J. GONZÁLEZ, detractor de la teoría, en este punto, quien afirma siguiendo a GÓMEZ DE LA SERNA (*Prólogo al Curso histórico-exegético del Derecho romano*, 3.^a ed., Madrid, 1863, VII), que las obras de HEINECIUS, son el texto seguido generalmente en las Universidades (*Estudios*, I, 305-306).

(228) Por todos: J. L. LACRUZ, *Notas para el estudio de la «promissio sine causa» en los Fueros de Aragón*, en «Segunda Semana de Derecho aragonés» (Jaca, 1943), ed. sep., Zaragoza, 1944.

(229) Para esto: J. L. DE LOS MOZOS, *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, en «ADC», 19 (1966), 411-419 y *La doctrina de F. C. von Savigny*, etc., ed. sep., 28 y ss., texto y notas.

(230) Vid. mi último trabajo citado, 27-28, nota 51.

(231) «Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos que mereció ser adoptado en el Código civil francés. Separándose éste del Derecho antiguo y de las reformas saludables introducidas por la ley de Brumario del año VII, buscó un principio más espiritualista, más filosófico, sin duda, pero más expuesto también a graves inconvenientes: el de que la propiedad se transmitiera, tanto respecto a los contrayentes como a un tercero por mero consentimiento.»

secuencia de la diversidad de métodos y, también, de la pervivencia, en nuestra tradición jurídica de otros elementos ajenos a la jurisprudencia clásica.

En el primero de los sentidos indicados, podemos señalar como aspecto más importante, la consideración trivializadora que, a veces, hace la doctrina de la *tradición* al referirla exclusivamente al paso de la posesión, llegando a materializar este elemento (232), olvidando su doble función. Esto arranca, sin duda, de la doctrina del Derecho común, por una implicación inadecuada, o más bien excesiva, entre *traditio* y *solutio*, al querer hacer funcionar a la *traditio* como si fuera siempre una *solutio* (233), en lo que incide, después la formulación de la *teoría del título y el modo*, con su idea de considerar al título como *causa precedente* (234), con lo que la tradición aparece en el lugar del *cumplimiento* de las prestaciones nacidas de una relación obligatoria y si se la refiere, exclusivamente, a la posesión, tendremos como consecuencia la descomposición de la *unidad* del acto traslativo, unidad que puede contemplarse, a pesar de la existencia de dos elementos, bien que esta unidad no haya sido objeto de *tipificación* por el ordenamiento en un sentido unívoco (235). Menos importancia tiene otro aspecto, aunque haya causado bastante confusión en la doctrina en torno al concepto de *causa traditionis*, sobre todo, al considerar la *voluntas domini* que quiere transmitir la cosa coaligada a una *iusta causa*, pues esto que tiene su origen en las vacilaciones doctrinales, en relación con la interpretación de los textos (236), puede llevar como germen a ciertas desviaciones doctrinales (237).

(232) Pero no se trata solamente de entrega de la posesión, en sentido corporal o ficticio, sino de entrega real o ficticia de la cosa transmitida que valdrá para el paso de la posesión en concepto de dueño, pero que puede dejar inalteradas otras formas de posesión, en un concepto distinto.

(233) La idea arranca de los Postglosadores, apareciendo claramente formulada en BALDUS, *Commentaria in Secundam Digesti Veteris Partem*, ed Venetiis, 1599, 16 y así en otros pasajes.

(234) Así lo había hecho, HEINECIUS, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, 5.^a ed., Lipsia, 1740, II-1, 231 y ss.

(235) Pero tampoco lo fue por el Derecho romano clásico, aplicándose con esa doble finalidad, nos lo confirma el propio texto del art. 609 C. c.

(236) El precedente más remoto hay que encontrarle en VACARIUS, *Liber Pauperum*, ed. «Zulueta», London, 1927, 37 y ss., pero volverá a aparecer en DUARENUS y en un autor que ha influido mucho en nuestra doctrina antigua: A. VINNIUS, *In IV Libr. Institut. Imper. Commentarius Acad. et For.*, Lugduni, 1726, ad Inst., 2, 1, 40, 67. Esto explica ciertas opiniones que apunta B. GUTIÉRREZ, *Op. y vol. cit.*, 29 y ss. y, después del Código, dejando a un lado la opinión absurdamente crítica de SÁNCHEZ ROMÁN, la de F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, ed. revisada por COSSÍO y GULLÓN, I, Madrid, 1959, 407 y ss. y en esa misma línea hay que situar a los que siguen a la teoría del *Kausale dingliche Einigung*, a que antes nos hemos referido.

(237) Así, desde la admisión en nuestro Derecho del llamado *principio de consentimiento* (J. GONZALEZ, en «Estudios», I, 306 y ss.), teoría actualmente desprestigiada y con una base legal mínima que sólo tiene sentido dentro de la vida tabular (art. 82 LH.), o la admisión del *negocio abstracto* a través de la práctica documental, que aunque desarrolla su vida dentro del Derecho de obligaciones puede servir de base a un desplazamiento patrimonial.

En el segundo de los sentidos indicados, hay que tener en cuenta que, nuestro ordenamiento, responde a otros influjos absolutamente ajenos a la tradición de la jurisprudencia clásica que ha penetrado, en esta materia, según acabamos de explicar. Se trata de la fuerte influencia del Derecho romano vulgar, que se manifiesta a todo lo largo de nuestro antiguo Derecho (238) en materias tan íntimamente ligadas con el tema, como la *doble venta* de una cosa (art. 1473 C. c. (239), o la *donación manual* (que acoge el art. 609, de acuerdo con el 632-2 C. c. (240), aparte del discutido art. 464 C. c. (241) y de otras conexiones sistemáticas del tema, en relación con el sistema de la publicidad inmobiliaria y con la *causa usucapionis* (presunciones de los arts. 35 y 38, inimpugnabilidad derivada de los arts. 34 y 37 LH.) que responde a un origen y a una técnica diferente, introducida para fomentar la publicidad registral.

Pero esto no impide que se puedan separar unas cuestiones de las otras, sin necesidad de implicar *inscripción* y *causa traditionis*, o *tradición* e *inscripción* y así otras cuestiones (242), destruyendo con ello las líneas sistemáticas fundamentales de nuestro Derecho civil patrimonial. A exponer estas líneas fundamentales vamos a dedicar lo que queda del presente trabajo, tratando más que de recoger exhaustivamente la doctrina, de establecer un planteamiento y un desarrollo correcto, aunque esquemático, de las cuestiones que son de esclarecer en relación con ciertas desviaciones doctrinales.

3. LA TRADICIÓN COMO «MODO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD»

Cuando se trata de la *tradición* como modo de adquirir la propiedad, no puede concebirse a ésta sin su fundamento *causa traditionis* o *titu-*

(238) Incluso en las Partidas 3,28,46), al hablar de cómo pasa el señorío de la cosa vendida, el que se haga depender del pago del precio, responde a una influencia postclásica. En relación con esto, Vid. ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *La compraventa en las Partidas*, en *Centenario de la Ley del Notariado*, Secc. Prim., «Estudios Históricos», II, Madrid, 1965, 341 y ss.

(239) Una prueba de ello, se encuentra en las *Pauli Sententiae*, 5,12,4. Sobre esto, J. A. RUBIO, *Transmisión de la propiedad inmobiliaria en nuestro Derecho medieval*, en «AAMN», 7 (1953), 351 y ss.; también, M. KASER-SCHWARZ, *Interpretatio zu den Paulussentenzen*, cit., 52; E. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., 128 y ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, 201-202 y P. MEREJA, *Estudios*, 85 y ss., por lo que no se trata solamente de una copia servil del *Code civil*, como cree D. ESPIN, *La transmisión de los derechos reales en el Código civil español*, en «RDP», 1945, 349 y ss.

(240) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *La donación en el Código civil y el problema de su naturaleza jurídica*, en «RDP», 1971, 803 y ss.

(241) No se excluye esta posibilidad por GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *La limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en el Derecho español medieval*, en «RDP», 1947, 631-632, n. 1; también, *Escodriñamiento y otorgación*, en «Centenario», cit., 127 y ss.

(242) Así se llegan a contraponer, *tradición* y *acuerdos traslativos*, por querer conciliar lo inconciliable, confundiendo desordenadamente todos los planos del planteamiento: L. DÍEZ-PICAZO, *La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español*, en «ADC», 19 (1966), 555 y ss.

lus adquirendi, ya que es la causa la que hace que la tradición sea un modo de adquirir la propiedad (art. 609 C. c.).

Bien es verdad, que no podemos hablar de la tradición como del negocio típico de la transmisión o adquisición de la propiedad y de los derechos reales, porque, en nuestro Derecho, lo mismo que en el Derecho romano clásico, no se puede decir que la tradición sea un negocio jurídico. La tradición, es un simple acto jurídico en sentido estricto (243), que constituye uno de los elementos necesarios para provocar la adquisición del dominio, en unión de la causa o título: es decir, el fenómeno no puede, ni debe observarse haciendo separación de estos dos elementos, sino que hay que considerarle como un todo. Porque no es la *causa precedente* la que da significado a la tradición, sino, propiamente, la *causa inmanente*. En este mismo sentido hemos visto desenvolverse la opinión de M. KASER, para el Derecho romano clásico, o la de nuestro FERNÁNDEZ DE RETES, cuando distingue entre causas temporales (tradición aplicada a la posesión o detentación) y causas perpetuas.

Por eso, no tiene sentido, en rigor, hablar de la tradición como de un acto *incolore*, porque o esto supone una abstracción que se hace al margen de la realidad, lo que no tiene sentido en Derecho, o se trata de un juicio incompleto, o de una etapa previa o intermedia en la formación de un juicio, que como ha de completarse, necesariamente, para saber si tal o cual tradición, según la causa que la acompañe va referida a la posesión o a la propiedad, no tiene más que un valor lógico, pero ningún valor jurídico (244). Por otra parte, esta descomposición o minimización del total fenómeno traslativo, que como ya hemos dicho, responde a un planteamiento que deriva de la doctrina del Derecho común y de la formulación que llega a hacerse dominante en la teoría del título y el modo, hace ver que la tradición, respecto de la causa o título, funciona con un cierto juego *solutorio* (245) y aunque esto viene utilizado por la doctrina sin una fuerte convicción de la que se derivan notorias e importantes consecuencias, puede prestarse a equívocos, o servir de base a ciertas desviaciones doctrinales (246) cuando no crean dificultades innecesarias, especialmente en relación con el tema de la preexistencia de la posesión en el *tradens*, o en relación con la *doble venta* de una cosa (art. 1473 C. c.), como veremos. Además que la función estrictamente *solutoria*, no conviene a la tradición, porque el *pago* es un acto jurídico *dependiente* y la tradición es, simple-

(243) En este sentido, P. BELTRÁN DE HEREDIA, *Op. cit.*, en «RDP», 1967, 103 y ss.

(244) Sin embargo, no faltan autores que pretendan extraer, de esta mera visión lógica del problema, consecuencias insospechadas, así, L. DíEZ-PICAZO, *Op. cit.*, en «ADC», 19 (1966), 561 y ss.

(245) De este modo, a pesar de su correcta exposición de nuestro sistema, R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1968, 73 y ss. y J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-1, Barcelona, 1971, 349.

(246) Más adelante aludiremos a esto, a propósito de la relación entre tradición e inscripción.

mente, un acto *concurrente*. Ciertamente que, en la compraventa puede considerarse existe una coincidencia de ambas funciones, pero la compraventa no es el único título de adquirir. Es más, esto presenta dificultades en relación con otros títulos, o les pone en posición incómoda, es el caso de la *donación*; a lo que se suma, pues los problemas nunca andan solos, la dificultad derivada de la expresión textual del art. 609-2 C. c. que considera a la donación como modo. Sin embargo, como ya hemos demostrado en otro lugar (247), la *donación* también es *título* y, en este caso, no puede hablarse fácilmente, a diferencia de lo que sucedía en Derecho romano, de que la tradición cumpla una función propiamente solutoria. Cuando, por otra parte, la defectuosa expresión textual del precepto citado, aludiendo a la donación, se explica por qué el Código ha querido referirse aquí, a la *donación manual* o real, que se ofrece, por su carácter de *negocio al contado*, como una supervivencia del Derecho postclásico (248).

De este modo, además, al eludir una generalización innecesaria, se pueden evitar ciertas implicaciones sistemáticas, totalmente inadecuadas, que se invocan, como veremos, por los que defienden la posibilidad de la tradición *abstracta*, relacionando *tradición* y *pago de lo indebido* (arts. 1895 y ss. C. c.) donde late, también, en esta doctrina, una implicación inadecuada, por tomar equivocadamente un planteamiento paralelo a esta cuestión, del Derecho romano y del Derecho alemán.

4. LA CAUSA DE LA TRADICIÓN

En nuestro Derecho, lo mismo que en el Derecho romano clásico, la tradición ha de ser *causal* (art. 609 C. c.), siendo éste uno de los principios más claramente formulados en nuestro ordenamiento, a pesar de lo que pueda parecer de relacionar esta materia con el sistema de la Ley Hipotecaria (249).

Causa de la tradición, es el fundamento *material* de la misma, el «mínimo ético» para que se produzcan los efectos jurídicos de que hablaban los autores del Derecho natural, por eso no puede descansar en el simple *animus transferendi et acquirendi dominii*, sino en «ciertos contratos» de finalidad traslativa, como viene a decir el art. 609 C. c., según entiende de forma casi unánime la doctrina. La *causa*, pues, son tales *relaciones jurídicas* y para nada hace falta que se exprese, además, la intención de las partes manifestando su voluntad de enajenar y adquirir, pues la voluntad de las partes se expresa, en Derecho, a través

(247) J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en «RDP», 1971, 803 y ss.

(248) Paradójicamente, es precisamente en este juego de la donación manual, donde la *traditio* alcanza cierto significado solutorio cuando juega frente a la acción de devolución del pago de lo indebido (art. 1901 C. c.).

(249) Ya hemos aludido anteriormente al cuidado que tuvo la Ley Hipotecaria de 1861, para atenerse en esta materia, rigurosamente, a nuestra específica tradición jurídica, la cual se ha mantenido en las sucesivas reformas posteriores, a pesar de que por un momento y dado el eco que en la doctrina tenían algunos conceptos tomados del Derecho comparado pudo parecer otra cosa. Así, PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, 3-1, 344.

de esas formas jurídicas que constituyen las *causae traditionis*, el considerar, como hacen algunos autores, que es preciso la expresión de esa intención, acompañando a la causa en sentido *objetivo*, o responde a una particular manera de interpretar la tradición romanista (250), o depende de ciertas formas de estilo notarial, que no son rigurosamente necesarias (251), cuando no van orientadas hacia otras miras (252). Ahora bien, esto no impide como consecuencia de la admisión de *causas atípicas*, en nuestro Derecho que, las partes, a la hora de configurar el título, bien por atenerse a una causa atípica, bien por incrustar en un negocio típico cláusulas que, a veces, son verdaderos negocios y con la finalidad de reforzar o aclarar el contenido y los efectos del negocio que establecen puedan llevar a cabo las manifestaciones que consideren oportunas, aunque la apreciación de la *causa traditionis* dependerá más de aquellos factores que de la mera expresión de la intención de las partes (253), pues el efecto traslativo de la tradición no depende del consentimiento de las partes, sino de la existencia efectiva del *contrato traslativo* que la acompaña.

Lo que no puede admitirse, en nuestro ordenamiento, por más argumentos que se invoquen de Derecho comparado y por más argucias técnicas que se utilicen, es el *negocio abstracto*, pues la tradición siempre ha de ser *causal* y, por tanto, la falta o invalidez de la *causa traditionis* impedirá que la transmisión se produzca en nuestro sistema (254).

Sin embargo, no han faltado en la doctrina española, autores del prestigio de JERÓNIMO GONZÁLEZ (255), NÚÑEZ LAGOS (256) y, en cierto modo, CASTÁN (257), aparte de otros (258), que hayan defendido su posibilidad. Pero aunque de esta cuestión ya me he ocupado, en otro lugar (259) voy a recoger aquí algunos de los argumentos utiliza-

(250) En este sentido los autores acogen la doctrina del *Kausale dingliche Einigung*.

(251) Así, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, 73 y ss., sin que tenga una mayor trascendencia, ya que entiende que esa intención se manifiesta a través del título elegido y que en definitiva su expresión dada añade para configurar.

(252) Sin embargo, en NÚÑEZ LAGOS, el planteamiento va orientado hacia otras metas, así en *Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria*, en «RDN», 1962, 137 y ss.

(253) En sentido parecido, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, 86-87.

(254) Como dice el propio ROCA SASTRE, «la adopción por nuestro Código civil de la teoría del título y el modo impone esta inadaptabilidad del acuerdo real *abstracto* alemán, aún prescindiendo de que la inscripción de los negocios jurídicos dispositivos tenga valor constitutivo. Sin reformar adecuadamente nuestro Código, en el sentido de abstraer la causa de nuestros títulos de transmisión, no cabe que los interesados configuren un negocio jurídico de disposición de tipo *abstracto*, porque esto no lo permite el Código civil.

(255) *Op. cit.*, en «Estudios», I, 307 y ss.

(256) Aparte de otros trabajos ya citados: *Cobro de lo indebido y enriquecimiento sin causa*, en «Mucius Scaevola», XXX-2, Madrid, 1961, 638 y ss.

(257) *Derecho civil español, común y foral*, IV, 9.ª ed., Madrid 1961, 787 y ss.

(258) Así, C. DE DIEGO, PÉREZ GONZÁLEZ, ALGUER (Vid. mi trabajo citado, en «ADC», 19 (1966), 370 y ss.).

(259) *Op. cit.*, en «ADC», 19 (1966), 369 y ss.

dos por esa doctrina, para al rebatirles dejar esclarecido el alcance de nuestro *principio de causalidad* en la materia, que es algo más que un principio, pues, funciona y actúa como una *norma* de Derecho estricto, contenida en el art. 609 C. c.

Hay dos argumentos que, en esta doctrina que criticamos se hallan íntimamente vinculados entre sí: tomar como base el art. 1277 C. c., que habla de la *presunción de causa* en el contrato para extenderle por expansión a este campo, y, apoyarse para la admisión del negocio abstracto en el principio de la *autonomía de la voluntad* (art. 1255 C. c.): pero ambos argumentos carecen de fundamento y deben ser rechazados, como ha acabado por hacerlo la jurisprudencia (260). El primero de ellos, se encuentra falto de fundamento, porque el art. 1277, se refiere al juego del negocio obligacional, exclusivamente, hallándose en conexión con el problema del *reconocimiento de deuda* y de la *confesión extrajudicial*, de donde no puede trasladarse, lícitamente, al campo de la *causa traditionis*, ya que se refiere a la efectividad de un negocio obligacional, estableciendo una mera *presunción de causa* que, únicamente juega en el ámbito procesal (la llamada *abstracción procesal*), pero, además, hay que tener en cuenta, por ello mismo, que en nuestro Derecho, a falta de precepto expreso que lo establezca, el reconocimiento de deuda y la confesión extrajudicial, han de ser *causales* y no *abstractos*, lo que se halla de acuerdo con nuestra tradición jurídica, distinta en este punto, también, a la de otros Derechos europeos (261), como se revela en nuestras antiguas fuentes (262) y en el estado de la doctrina antigua (263), aparte de que, esta cuestión, se ofrece como una clara *repercusión sistemática* de la exigencia de la tradición causal (264), y, por si fuera poco, de acuerdo con la incontestable configuración institucional, básica de nuestro Derecho de obligaciones, que exige, para el reconocimiento de las nacidas de contrato, la existencia de la causa (art. 1261 C. c.). «Por tanto, en nuestro Derecho —como acertadamente dice PUIG BRUTAU— si alguien pretendiese retener una cosa recibida sin título bastante, pero a consecuencia de un acuerdo de voluntades por el que alguien acordase transmitir la propiedad de una cosa y otro admitiese recibirla, no podría fundarse con solidez en dicho artículo 1277, del que sólo podría obtener una protección provisional, pero que, una vez demostrada que su adquisición no responde a ninguna causa efectiva, le dejaría convertido en un mero detentador,

(260) S. de 30 de junio de 1962, también, SS. de 18 de febrero de 1965 y 3 de junio de 1969, aunque estas dos últimas indirectamente.

(261) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, cit., 411 y ss.

(262) Así, claramente, lo acreditan las *Partidas* (5,1,9; 3,13,7).

(263) Baste recordar aquí la autorizada opinión de D. COVARRUBIAS, sobre el pretendido alcance traslativo de la escritura, rechazando la opinión de BALDUS, de acuerdo con gran parte de la doctrina antigua y con apoyo en las *Partidas* (5,4,7): *Variarum resolutionum*, lib. I, cap. XIV, 87 y ss.

(264) Para esto: J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en «ADC», 19 (1966), 372 y ss.

sometido a la acción reivindicatoria de quien le entregó la cosa» (265).

El argumento de basar el negocio abstracto en la *autonomía privada* de las partes, íntimamente relacionado con el anterior tiene todavía menos consistencia, porque la medida de ese reconocimiento, es precisamente el establecimiento, en materia de negocio jurídico de la *causa-requisito* (art. 1.261-3 C. c.), de forma que cómo no es posible, en nuestro ordenamiento, el establecimiento de negocios abstractos, salvo que una disposición expresa configure, como tal, un determinado negocio, estableciendo una *tipicidad legal* que derogue el normal sistema de *tipicidad causal* (266), resulta obvio que un negocio abstracto no puede servir, a su vez, para configurar la *causa traditionis*, que exige el artículo 609-2 C. c. Además que, cuando éste precepto alude a «*ciertos contratos*» está pensando, en los que entendía por tal la teoría del título y el modo, bien sean negocios típicos o atípicos (267), por otra parte, en nuestro Derecho, como en el Derecho romano, el concepto de *titulus adquirendi*, en la tradición, se integra con ayuda del concepto de título en la prescripción adquisitiva (268) y ya hemos visto que un negocio abstracto no puede fundar el título o causa de adquirir.

Una derivación de esta doctrina, es la cuestión del valor que ha de darse al llamado *principio de consentimiento*, al relacionar título e inscripción, lo que ha sido desorbitado en alguna ocasión por la doctrina (269). Como es sabido, el *sistema de publicidad registral* deja a salvo el *sistema de adquisición del dominio*, salvo algunas tangencias que se establecen, indirectamente, como consecuencia de la protección dispensada al tercer adquirente de buena fe (esfera del art. 34 L. H.). Si esto es así, el llamado *principio de consentimiento* no puede formar parte del proceso de adquisición del derecho, a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán (270), su

(265) *Fundamentos*, 3-1, 349; y de acuerdo la doctrina dominante, así el propio CASTÁN, *Derecho civil*, cit., II-1, Madrid, 1964, 205; D. ESPÍN, *Derecho civil español*, II, Madrid, 1968, 123; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, 88 y ss.; J. L. LACRUZ, *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1968, 145, etc.

(266) En relación con esto, también, J. L. DE LOS MOZOS, *Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico*, en «RDP», 1970, 739 y ss.

(267) No hay que olvidar que, en nuestro Derecho, la *tipicidad es causal*, normalmente, esto hace que tanto los negocios típicos como los atípicos, requieran una *causa*; la de los negocios típicos viene constituida por la *función económico social* que ha tenido en cuenta el ordenamiento, la de los negocios atípicos se enuncia en el art. 1274 C. c., pero no puede faltar, debiendo en este caso modelar las partes el negocio observando tal precepto y de acuerdo con la finalidad traslativa del mismo. Lo que pasa es que, en este punto, la doctrina, por una relativización del concepto de causa ha confundido los términos del planteamiento.

(268) Art. 1952 C. c.

(269) Así, J. GONZÁLEZ, *Op. cit.*, en «Estudios», I, 307 y ss.

(270) Una crítica certera de esa desviación doctrinal con utilización adecuada del Derecho comparado, hace ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, 83 y ss. Por otra parte, concluye su exposición diciendo que no es ninguna desgracia que en nuestro sistema de adquisición inmobiliaria no tenga cabida el acto abstracto, que respondió, en la mente de SAVIGNY, y de sus seguidores, al fin de proteger a los terceros adquirentes, los cuales, hallan protección, por otra vía, a través de la fe

juego se manifiesta, únicamente, en el campo de la vida tabular de los derechos y de las situaciones jurídicas publicadas por el Registro, como sucede en materia de cancelaciones (art. 82 L. H.), o con un alcance parecido, en el caso de la hipoteca constituida por la voluntad unilateral del dueño de la cosa (art. 138 L. H.), o en fin si se quiere en relación con el procedimiento hipotecario, pero de esto no se puede derivar, con fuerza de argumento expansivo (271), un apoyo en favor de una mayor o menor *abstracción causal*. No sólo iría en contra de las razones anteriormente invocadas, sino también del propio artículo 2.º L. H., cuando dispone que en el Registro se inscribirán títulos traslativos o declarativos, del dominio, o en los que se constituyan, modifiquen, etc., derechos reales sobre bienes inmuebles.

Sin embargo, como cuestión vinculada a la anterior, se ha planteado si es inscribible, en nuestro Registro, un acuerdo traslativo que haga abstracción de la causa, opinando LACRUZ en sentido favorable (272), pero esto no se ajusta, a la mínima congruencia que, también en este punto, debe observar el Registro en relación con la realidad, ni se halla de acuerdo, tampoco, con el carácter de nuestro Registro que publica derechos, a través de los títulos que a él tienen acceso. En este sentido ha podido decir ROCA SASTRE que en el supuesto de presentarse algún título que no exprese la causa, «no sería susceptible de inscripción, pues el *título inscribible* en nuestro sistema, cuando el acto que contiene es de transmisión o implica una mutación jurídico-real o desplazamiento patrimonial sujeto a los artículos 609-2 y 1.095, debe expresar el *contrato de finalidad traslativa* y, de acuerdo con el artículo 1.462-2, todos del Código civil, de la misma escritura ha de resultar a no ser deducible que las partes contratantes no quieren que el otorgamiento mismo de la escritura equivalga a la tradición» (273).

El último de los argumentos utilizados por la desviación doctrinal que comertamos, es el que partiendo de la posibilidad del negocio abstracto, se basa en el juego de la *condictio sine causa*, que recuerda las equivocadas interpretaciones romanistas sobre la famosa antinomia,

pública registral. Hallándose, por otra parte, desprestigiado, como ya hemos dicho, el principio de abstracción en Alemania, amparado única y exclusivamente por una disposición especial de su ordenamiento positivo, visiblemente alejada de su fundamento natural. Habiendo de citar, en este sentido, aparte de las opiniones ya expuestas, la de LARENZ (*Teoría general de las obligaciones*, II, trad. esp., Madrid, 1958, 34 y ss.), o la de RAISER (—WOLFF, *Derecho de cosas*, 3.ª ed. esp., Barcelona, 1971, I, 224-225), coincidentes en que es innecesaria la abstracción para la protección de los terceros.

(271) Se apoyaba esa doctrina en la R. de 31 de julio de 1928, y en una S. de 14 de enero de 1935, a cuyo limitado alcance ya nos hemos referido en otro lugar (en «ADC», 19 (1966), 419 y ss.) pero tienen en contra las RR. de 11 de febrero de 1931 y 12 de febrero de 1958 y la S. de 30 de junio de 1962.

(272) *Derecho inmobiliario*, cit., 145-146.

(273) *Derecho hipotecario*, II, 97. La R. de 31 de julio de 1928, sostenía lo contrario, pero las posteriores citadas en la nota anterior, se inclinan por la necesidad de la expresión de causa jurídica de la transferencia. También las RR. de 12 de marzo de 1930 y 19 de septiembre de 1927.

entre JULIANUS (D, 41,1,36) y ULPIANUS (D, 12,1,18), donde a pesar del *dissensus in causa* la propiedad se transmite y para remediar ésta situación se concede la *condictio* de *indebitum solutum*, aunque la cuestión se lleva más bien a la *condictio sine causa* del Derecho alemán, con lo que se pretende el mismo alcance, pero se guardan las apariencias con la necesidad de la causa, que sin embargo despliega su eficacia fuera del alcance traslativo del negocio de atribución patrimonial, lo que es lógico cuando se trata, como en aquel ordenamiento, no de *causa civilis*, sino de *causa naturalis*. El apoyo para esta teoría pretende hallarse en el principio de que nuestro ordenamiento rechaza todo *enriquecimiento sin causa*, lo que especialmente recoge nuestro Código civil, a propósito del *pago de lo indebido* (274).

Pero a pesar de que este planteamiento tenga tantas resonancias, algunas de ellas equivocadas al tomar por verdadera una interpretación incorrecta del Derecho romano (275), como hemos visto anteriormente; otras, forzando la interpretación comparatista en relación con el Derecho alemán, la cuestión se resuelve sin grandes dificultades. Sin embargo, no deja de ser interesante éste planteamiento al poner en relación *tradición y pago* y *tradición y condictio*.

La solución correcta es la siguiente: aún en aquellos casos en que la *causa traditionis* toma las formas de la *causa solvendi*, lo que tiene lugar no sólo en el *pago*, sino también en otros negocios en que la tradición asume una cierta función de *cumplimiento* (en la donación, en la dote y hasta en la entrega de la cosa vendida), la tradición tiene que basarse en un *negocio válido*, o en un *acto debido* (caso del pago en sentido estricto) que nace de un negocio igualmente válido. Entonces, como la tradición es necesariamente *causal*, la entrega o el pago, no producen la transmisión de la propiedad de la cosa y el *tradens* conserva la acción reivindicatoria. Esta situación era esencialmente la misma, en el Derecho romano, pero según una interpretación equivocada que aranca de un texto atribuido a JULIANUS (D,41,1,36), se considera la transmisión como abstracta y aunque no haya acuerdo sobre la causa, se transmite la propiedad, por lo que se le concede al *tradens* la *condictio indebiti*. Esta interpretación equivocada del Derecho romano, por influencia del pandectismo ha cristalizado en el Derecho alemán, donde al no formar parte la *causa* del negocio de atribución, salvo en el juego *inter partes*, cuando tiene lugar un desplazamiento patrimonial sin causa, se concede al *tradens*, la *condictio sine causa*, que sólo tiene un alcance meramente indemnizatorio. Ahora bien, como en el Derecho español, se contempla a propósito del *enriquecimiento sin causa* una acción, parecida en cuanto a su fundamento re-

(274) Vid. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, 92 y ss.

(275) Esto ha de entenderse en relación con la *traditio*, pues fuera de este campo la existencia de negocios formales, en los cuales la abstracción podía derivar de la inherencia a tales negocios (*mancipatio*, *in iure cessio*, *acceptilatio*, no así, según hemos visto en relación con la *stipulatio*, según la autorizada opinión de KASER, al menos en relación con la *traditio*), concedía una indudable relevancia a la *condictio*.

moto a las anteriores, pero técnicamente totalmente distinta, comprendiendo dentro de ella a la *condictio indebiti* (arts. 1.895 y ss. C. c.), la tendencia doctrinal que criticamos, inmediatamente piensa en la analogía de las situaciones para defender la admisión del negocio abstracto. Pero ya hemos dicho cuáles son las consecuencias de la exigencia de la tradición causal (276), de forma que ni en la tradición, ni en el pago, se produce la transmisión de la propiedad, lo que pasa es que además, el *tradens* goza de la *condictio indebiti* que en nuestro Derecho consiste en una acción personal y directa para recobrar la posesión (277). Remedio procesal que nada tiene que ver con la *condictio* del Derecho romano, ni tampoco con la contemplada en el Derecho alemán (278).

Sin embargo, existen algunas atenuaciones de esta disciplina, en relación con el *pago* que engarzan, perfectamente, dentro del sistema: así en el caso del artículo 1.160 C. c., de indudable sabor romanista (279), que establece que cuando aquél no haya sido bien hecho (por falta de capacidad o libre disposición del que le realiza), si consiste en una cantidad de dinero o cosa fungible (creo que hay que entender *cosa consumible*, según la *ratio* del precepto), no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe. Resolviéndose esta cuestión en términos parecidos a la opinión de ULPIANUS (D,12,1,18), en favor de la *consumptio* y no de acuerdo con los principios que dominan en materia de *traditio*. Pero fuera de este caso, en que se contemplan las consecuencias de un pago *debido* (basado en un negocio válido y, por tanto *causal*) aunque mal realizado, es discutible que se pueda generalizar la prevalencia de la disciplina de la *consumptio*, sobre la aplicable a la *traditio*, especialmente con base en el artículo 1.262-1 C. c., que excluye la aplicación de esa doctrina, en términos generales y salvo que, en apoyo de la solución contraria, se pueda invocar el artículo 1.901 C. c. como expresión del *dissensus in causa*, análogamente a como se hace en torno a la doctrina del D,12,1,18. Pero esta interpretación no parece probable. Además, para esta interpretación restrictiva de la prevalencia de la *consumptio* (280), nos basamos en que el artículo 1.895 C. c. en relación con el propio ar-

(276) Tampoco el *dissensus in causa*, es posible en Derecho español, como lo prueba el art. 1262-1 C. c., con independencia del error sobre la causa (ex art. 1266), que tiene su paralelismo en materia de pago o cobro de lo indebido, en los arts. 1895 y 1901 C. c.

(277) Por todos: ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, 92 y ss.; LACRUZ, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, 171.

(278) Así, dice ROCA SASTRE, que salvo en los casos en que actúe una adquisición *a non domino*, que impida al *tradens* reivindicar, puede hacerlo o ejercitar la acción personal, cuando ninguna de las dos cosas sea posible funcionará la acción de enriquecimiento sin causa, basada en este principio general, como ha reconocido la jurisprudencia (SS. de 28 de enero de 1956 y 27 de marzo de 1958), *Ibid.*, 95.

(279) Nos remitimos a lo anteriormente expuesto. De acuerdo, ROCA SASTRE, siguiendo a U. ALVAREZ, *Derecho hipotecario*, II, 94, texto y notas.

(280) En sentido contrario, parece orientarse ROCA SASTRE, *Ibid.*

título 1.901, establece una disciplina general, según la cual, el adquirente sin causa debe devolver lo recibido o entregado, de forma que existe una *incompatibilidad entre falta de causa y protección a la buena fe* (281), salvo en el caso excepcional del artículo 1.899 C. c., cuyo fundamento nada tiene que ver con esta cuestión. Por otra parte, esta disciplina, delimita, también, la esfera de actuación del artículo 464 C. c., que no puede considerarse con eficacia *inter partes*, lo mismo que sucede con el artículo 34 LH. y, por tanto, aunque faciliten la posible adquisición *a non domino*, no por eso suponen, como es sabido, abstracción de la causa.

5. NECESIDAD DE LA TRADICIÓN

En el sistema español, lo mismo que no puede prescindirse del *título* o *causa traditionis*, tampoco puede prescindirse del *modo*, que consiste en la entrega de la cosa. Ahora bien, de la tradición no puede tenerse un concepto exclusivamente físico o material, como lo prueba el reconocimiento por el propio ordenamiento de las distintas *clases de tradición* (arts. 1.462 y ss. C. c.), pero esto tampoco supone desconocer su exigencia, pues los términos de los artículos 609 y 1.095 C. c., son terminantes.

Por eso, podemos decir que, en el Derecho moderno, la tradición deja de ser un *concepto material* o natural, que se compagina, únicamente, con su función como modo de adquirir conforme al Derecho natural, lo que pudo tener un significado preciso en el Derecho romano primitivo cuando la institución se desenvolvía, *de iure gentium*, y que pasa a ser, desde su recepción en el campo del *ius civile*, un *concepto jurídico*, que comprende tanto el concepto natural, como a las ficciones del mismo que ha ido elaborando la técnica jurídica (282). Pero esto nunca puede llevarnos a pensar que es lícito sustituir la *tradición*, por los *acuerdos traslativos* (283), ya que éstos únicamente podrán ser invocados legítimamente, cuando impliquen una forma permitida de tradición (argumento *ex art.* 1.463 C. c.) (284). Otra cosa es que la cuestión pueda discutirse de *lege ferenda* (285).

(281) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, 212 y ss.

(282) En este sentido, por todos, muy agudamente, J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-1, 340.

(283) Como pretende L. Díez-PICAZO, *Op. y loc. cit.*

(284) En este sentido, en forma clara y terminante, se manifiesta la S. de 30 de junio de 1962 y, posteriormente, la S. de 7 de febrero de 1964, resolviendo una interesante situación de Derecho transitorio, en materia de aplicación del artículo 1413 C. c.

(285) La idea de que el principio de la tradición se halla ya superado y que no responde más que a un atavismo del Derecho de cosas, como entiende T. Süss, *Das Traditionsprinzip - Ein Atavismus des Sachenrecht*, en *Festschrift für Martin Wolff*, Tübingen, 1952, 141 y ss., ni siquiera me parece interesante, pues la tradición sigue cumpliendo una función indispensable, como tradición corporal o fingida, en materia de bienes muebles y lo mismo resulta en relación con los inmuebles cuando no existe un sistema de publicidad registral que, como el nues-

En relación con esto, la cuestión más importante, pues aquí no vamos a ocuparnos de las distintas clases de tradición, sino simplemente a tenerlas presentes, es el problema en torno a la valoración de la *preexistencia de la posesión en el tradens*, para que la tradición pueda considerarse válidamente efectuada.

Según el criterio legal que cabe deducir del artículo 1.462-1 C. c., la tradición consiste en la puesta *en poder y posesión* del *accipiens* de la cosa objeto de la transmisión y, naturalmente, esto supone que el *tradens* se halle en posesión de aquélla. Ahora bien, en ninguna parte se dice que esta puesta *en poder y posesión* haya de ser material o corporal, como se deduce de la admisión de la *tradición instrumental* y de la presunción que el artículo 1.462-2 C. c. establece, en su favor, de verdadera y propia tradición (286). Con esto, queremos decir, que el concepto de tradición hay que desligarle de su significado natural y, por ello, ha de compaginarse con los distintos *conceptos y grados* de la posesión; de este modo, el que posee *en concepto de dueño*, aunque no tenga la posesión corporal de la cosa (287) cumple con el requisito de la *preexistencia de la posesión*, porque a los efectos de la tradición se puede decir que se halla *en la posesión* efectiva de la cosa, lo que se compagina, por otra parte, con la actuación de la *tradición instrumental*. Esto ha sido aclarado, con bastante exactitud por la S. de 30 de septiembre de 1964 (288).

Parece que este planteamiento es el más correcto y el más sencillo conforme a nuestro sistema y desde él se pueden resolver, con cierta facilidad, todas las cuestiones concretas que se han planteado en la doctrina, en las que aparece una desviación respecto de tales términos,

tro, ofrezca las garantías necesarias, prueba de ello es la experiencia a que se ha llegado, entre nosotros, con la implantación del régimen de concentración parcelaria. Con fundamentos de peso defienden esta misma postura, DÍEZ PASTOR y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, en Notas a HEDEMANN, *Derechos reales*, trad. esp., Madrid, 1952, II, 38).

(286) La jurisprudencia sobre este precepto es muy numerosa, pero no siempre se resuelven las cuestiones utilizando el juego lógico de los conceptos que maneja, para esto PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-1, 352 y ss.

(287) P. ej., cuando el poseedor en concepto de dueño o el propietario no tienen la posesión inmediata de la cosa, por hallarse constituido sobre ella algún derecho real o personal que implique para su titular una posesión de esa naturaleza, de acuerdo con la voluntad del dueño, y en contra de ella, siempre que no se haya consumado la usucapion o se den las circunstancias de los arts. 34 LH. o del art. 464 C. c., para inmuebles y muebles, respectivamente, en cuyo caso el *tradens* ya no tiene la *posesión efectiva*, pudiendo, además, no ser ya propietario.

(288) En la que se plantea la posibilidad de la existencia de dos posesiones, como en el segundo de los supuestos contemplados en la nota anterior, ya que el propietario no pierde la posesión de su derecho de propiedad aunque materialmente posea la cosa. Pero, además, aclara que el juego de la presunción *iuris tantum* del art. 1462-2 C. c., en relación con la *tradición instrumental*, sólo es *rebatible* por lo que resulte o se deduzca de la misma escritura, según establecieron ya las SS. de 25 de abril de 1949 y de 22 de marzo de 1952, de acuerdo también con el propio texto legal citado, concluyendo que como el vendedor tenía la posesión mediata, aunque la inmediata perteneciera a otra persona (el demandado), pudo efectivamente realizar la tradición instrumental.

debida a un desenfoque de los problemas, que implica siempre un planteamiento inadecuado. Así, cuando se desorbita la cuestión al poner en relación *tradición* e *inscripción* (289), o cuando se desbordan los términos del planteamiento relacionando la cuestión con el fundamento mismo de la tradición (290).

En cuanto a la relación entre *tradición* e *inscripción*, parece evidente y fuera de toda duda que, la Ley Hipotecaria, ha respetado, también en este punto, el sistema adquisitivo de la propiedad y de los derechos reales vigente en el momento de su promulgación y que, por tanto, no es que a la inscripción no le interese la tradición, como dice SANZ FERNÁNDEZ (291), seguido por LACRUZ (292), sino que tradición e inscripción, son, en otro sentido distinto, términos de valoraciones diferentes, en el sentido de que no pueden intercambiarse, ni contraponerse, por pertenecer a órdenes distintos, pero sin que por ello se pueda decir, como entienden estos autores, que sean entre sí diferentes. De este modo, ni la *inscripción* puede sustituir a la *tradición*, como entienden otros autores (293), salvo en los casos excepcionalmente admitidos (294), porque para adquirir el derecho real la tradición es indispensable. Ni es indiferente a la *inscripción* y a los efectos que de ella se derivan, la *tradición*, porque, normalmente, la inscripción presupone la *tradición*, bien sea real o fingida (295), como tampoco es indiferente a la *tradición* la *inscripción*, ya que ésta la facilita, en relación con el requisito de la *preexistencia* de la posesión, en virtud de la presunción posesoria que establece el artículo 38-1 LH., en favor del titular inscrito del dominio.

La *presunción de posesión* es una consecuencia del sistema de pu-

(289) Una relación completa de las diversas opiniones y con certeras observaciones críticas, puede encontrarse en ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, 238 y ss.

(290) A esto ya hemos aludido anteriormente, aunque por este camino la desviación doctrinal tenga numerosos matices, bien por considerar a la tradición como un acto dependiente, bien por centrar el modo transmisivo en la concorde voluntad de las partes.

(291) *Instituciones de Derecho hipotecario*, I, Madrid, 1947, 247 y ss.

(292) *Derecho inmobiliario*, cit., 140 y ss.

(293) La confusión arranca de J. GONZÁLEZ, *Estudios*, I, 370, produciendo después diversas derivaciones doctrinales que por su falta de rigor no merecen comentario, para su exposición y crítica: Vid. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, 243 y ss.

(294) El único caso claro es el de la hipoteca, en lo que es casi unánime y concorde la mejor doctrina: NÚÑEZ LAGOS, *El Registro de la Propiedad español*, en «RCDI», 1949, 150 y ss.; VALLET, *Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, 205 y ss.; ALVAREZ SUÁREZ, *Op. cit.*, 129 y ss. y lo mismo hallaremos entre los tratadistas generales: CASTÁN, *Derecho civil*, II-1, 236; ESPÍN, *Manual*, II, 126; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-1, 340 y ss., etc. La cuestión por otra parte, de si en materia de *bienes incorporales* se sustituye la tradición por la inscripción, como ha defendido A. BALLARÍN, en «ADC», 2 (1949): 681 y ss., carece de todo fundamento pues el art. 1464 C. c. no establece ninguna distinción, por ello hay que entender que debe operarse en tales casos, la *quasi-traditio*. De la misma opinión: ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, 240 y II, 73 y allí otras referencias.

(295) Así, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, 248-249.

blicidad inmobiliaria, lo que no tiene nada de anómalo, aunque en ocasiones pueda ir en contra de la realidad extrarregistral, pero esto no es más que una consecuencia necesaria de la imperfección de nuestro sistema y que habrá que evitar, en la medida de lo posible, acudiendo a los cauces que el propio ordenamiento establece, pero no tratando de encasillar el planteamiento en unos conceptos que no se correspondan con el juego verdadero de los preceptos jurídicos.

Entonces, si recordamos que la tradición no responde a un concepto natural, sino que ha decantado en un puro concepto técnico-jurídico, la valoración de la *preexistencia de la posesión* habrá que hacerla, únicamente, desde esta perspectiva, aunque atendiendo, también, en cada caso, a los intereses en juego.

El criterio de fidelidad a los conceptos normativos, viene establecido y aceptado, en relación con el tema de la *tradición instrumental*, cuando el artículo 1.462-2 C. c. establece, a su favor, la presunción *iuris tantum* de verdadera tradición. Entonces, parece lógico que si admitimos el juego de la presunción en este punto, es decir, en relación con la creación de una *ficción legal*, que es en lo que consiste la tradición instrumental, no tenemos por qué rechazar el juego de la presunción del artículo 38-1 LH., en relación con el efecto derivado de la *publicidad* y de la *buena fe*.

En este sentido, cabe distinguir dos situaciones distintas. Una simple actuación de la presunción del artículo 38-1 LH. en el supuesto de que el adquirente del titular inscrito *no sea tercero hipotecario*, protegido por el artículo 34-1 LH., así en el caso del adquirente a título gratuito, o cuando carezca de buena fe, en que las cosas varían muy poco respecto del desenvolvimiento de la cuestión en el mundo extrarregistral, es decir, cuando el *tradens* no sea titular inscrito (296). Y otra, en la que la presunción del artículo 38-1, sirve de presupuesto o facilita la legitimación del *tradens* en beneficio exclusivo del *accipiens*, por la fuerza del artículo 34-1 LH. Entonces, cabe pensar que esa legitimación del *tradens* se extiende necesariamente, pues no cabe otra interpretación coherente, al requisito de la *preexistencia de la posesión*, lo que no tiene otras excepciones que las que se derivan de lo dispuesto en el artículo 36-1, *a*) y *b*) LH (297) y que sirve de

(296) Lo mismo da que se acumule, a la presunción del art. 38, la del artículo 1462-2 C. c., o viceversa, pues siempre cabe la prueba de la *posesión efectiva* en contrario. Confirma este criterio el art. 36-2 LH., al disponer que la prescripción perjudica al titular inscrito si no la interrumpe.

(297) Es decir, salvo que el adquirente conozca o consienta la posesión *ad usucapionem* en persona distinta de su transmitente, antes de perfeccionar su adquisición, o durante todo el año siguiente a la misma y siempre que la usucapion pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición, o haya sido consumada. Este conocimiento no tiene que ver con la buena fe exigida al adquirente para que goce de la protección del art. 34, pues la buena fe ha de referirse al título y no a la posesión, ya que el verdadero titular de un derecho puede hallarse desposeído. Por eso tiene razón VALLET cuando relaciona el art. 36 LH. con el 460-4.º C. c., porque lo que resuelve aquel artículo es un conflicto de posesiones, a través del cual puede llegar a dirimirse el dominio. Vid. VALLET, *Estudios*, 223 y ss.,

comprobación a este planteamiento. De modo que, en las circunstancias del artículo 34-1 LH. hay que entender, salvo el juego de las excepciones indicadas, que a efectos de la *tradición* (que se actúa normalmente y, más aún en este caso, al amparo de la presunción del artículo 1.462-2 C. c.) en relación con el tercer adquirente protegido por el artículo 34-1 LH (frente al que no cabe prueba en contrario), que el *tradens* tiene también la posesión efectiva (298).

Todo esto se explica porque, como es sabido, la norma del artículo 34 LH. al proteger al tercer adquirente de buena fe, establece, en beneficio del tráfico un régimen excepcional, por el cual se puede llegar a la adquisición *a non domino*, no teniendo nada de extraño que la posesión efectiva extrarregistral, en concepto de dueño, quede supeditada a tal finalidad corriendo la misma suerte del dominio, salvo en la excepciones que establece el artículo 36 LH, a que antes hemos aludido.

Fuera de este caso, la tradición siempre tiene lugar *a domino*, como consecuencia de ser un *modo derivativo* de adquirir, al que es aplicable el principio *nemo dat quod non habet*. Ahora bien, para que pueda llevarse a cabo la tradición legítimamente, no es preciso que el *tradens* sea propietario de la cosa hasta el momento de efectuar la tradición y, por ello, fundándose la tradición en una *iusta causa o título* a la hora de configurar éste cabe que el *transmitente* todavía no sea propietario de la cosa, lo mismo que es posible la *venta de cosa ajena* (299), bastando que el vendedor sea propietario en el momento de la entrega (300).

Volviendo a la relación entre *tradición* e *inscripción*, hay que insistir en que la implantación del sistema hipotecario en nada ha modificado la situación anterior, respetándose plenamente la *doctrina del título y el modo*, aunque las reformas sucesivas de la Ley Hipotecaria hayan ido perfeccionando el sistema registral (p. ej., presunción del art. 38) o concordando aquélla con el Código civil, pero sin que aquellas reformas hayan introducido una modificación sustancial (301), pues la presunción del artículo 38 se halla en la misma línea de la establecida por el artículo 1.462 C. c. Y como la *inscripción* supone la *tradición*, tanto en el terreno de los principios como en la práctica, al menos normalmente (302), no hay por qué disociar los

aunque este autor no cree que el art. 34 puede suplir el requisito de la posesión previa en el enajenante, por estimar que esto se contradice con el art. 36, precisamente el art. 36 prueba todo lo contrario.

(298) De acuerdo, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, 257-258. En contra LACRUZ, *Derecho inmobiliario*, 141-142.

(299) Paralelamente a ello se observa que el vendedor sólo está obligado a entregar la posesión de la cosa vendida (*vacuam possessionem tradere*) y no a *transferir su dominio* (arts. 1445, 1461 y 1462 C. c.).

(300) Vid. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, 76-77.

(301) Así, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, 248 y ss., en contra, LACRUZ, *Derecho inmobiliario*, 142.

(302) Esto no obsta, para nada el régimen excepcional (más por su planteamiento que por la relación concreta con el tema), que establece el art. 9 RH

efectos de una y otra, cada uno en su esfera, y en la medida en que se complementan o influyen.

Tampoco hay que pensar, con base en una interpretación un tanto subjetiva de la exposición de motivos de la primitiva Ley Hipotecaria (303) y a propósito del caso límite de la *doble venta de una cosa* (art. 1.473 C. c.), que la inscripción sustituye a la tradición, cuando se trata de *adquisición inscrita* (párrafo segundo), pero como el mismo precepto revela, si se trata de adquisición (el Código habla de *adquirente*, lo que es lo mismo), la tradición ya ha tenido que ser efectuada (304).

en relación con los contratos preparatorios de los inscribibles a lo que dispone el art. 23 LH., en relación con la posibilidad de inscribir actos y contratos bajo condición suspensiva.

(303) VILLARES PICÓ, *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*, en «RCDI», 1949, 290 y ss.

(304) Vid. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, 250 y ss., también, SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones*, cit., I, 257; VALLET, *Estudios*, 234 y ss., etc.