

Causalidad y abstracción^(*)^(**)

Berthold Kupisch^(***)

1. En las siguientes reflexiones no me ocupo de la transferencia de las cosas muebles, causales o abstractas, como viene siendo practicada en los diversos ordenamientos jurídicos de hoy. No me ocupo, entonces, de las ventajas o desventajas prácticas de los diversos modelos de transferencia de la propiedad. A este propósito, ya hemos prestado atención a algunas opiniones durante el congreso y todavía las continuaremos escuchando. He elegido, en cambio, tratar el tema "causalidad y abstracción" desde un punto de vista histórico. Esto, sin embargo, no significa que pretenda considerar toda la historia de la transferencia causal y abstracta. De ella también hemos escuchado hablar, y me limito a tratar un problema especial precisamente sobre la relación entre transferencia y *condictio indebiti*. Quisiera prestar atención a este problema en el Derecho romano y a través de la historia jurídica de la Europa Continental. Es evidente que dicho problema puede ser abordado, en el marco de esta ponencia, solo de modo preliminar y conciso, incluso provisional, y sin interferir sobre lo que se ha dicho.

Mis reflexiones tienden, como fin (*scopo*), a extraer de la historia de este problema (relación entre transferencia y *condictio indebiti*) un argumento para la discusión actual sobre el tema de la transferencia causal o abstracta. Hay que tener en cuenta que tal discusión adquiere nueva actualidad en el marco de la Comunidad Europea. No es una situación satisfactoria que en Europa se practiquen diversos modelos de transferencia. Recuerdo también que los autores de la ley uniforme sobre la venta internacional de cosas muebles no han tomado en consideración la regulación de la transferencia, porque no era posible ponerse de acuerdo sobre una regulación uniforme. Lo mismo vale para la Ley Uniforme de las Naciones Unidas (UNCITRAL). Me parece que ha llegado el momento, por lo menos en Europa, de reflexionar de nuevo como se puede favorecer la integración europea por medio de reglamentos

jurídicos unitarios. Porque, lo sabemos todos, tenemos sobre el continente una tradición jurídica común, basada en el Derecho romano, que es quizás el más antiguo de los Estados nacionales. Podemos quizás hacer revivir esta tradición después de haber superado los Estados nacionales que caracterizaron los siglos XVIII y XIX.

Se trata pues, en las siguientes reflexiones, de desarrollar un argumento histórico para la discusión sobre la transferencia causal o abstracta. Anticipo que es mi intención desarrollar un argumento histórico en favor de la transferencia causal y precisamente de una transferencia causal de tipo como el practicado hoy en Austria y Suiza. Esta intención parece ser un poco herética para un romanista y civilista alemán. Pero, haciendo honor a la verdad, a pesar del gran placer intelectual que nos pueda dar el uso de la transferencia abstracta, debo admitir tener simpatía por la transferencia causal. En base de esta simpatía se encuentran argumentos diversos, entre ellos el argumento histórico. Por cierto, mi simpatía por la transferencia causal no producirá perjuicios al desarrollo del argumento histórico. La búsqueda de la verdad histórica objetiva está, lamentablemente, a menudo y casi inevitablemente, un poco llena de prejuicios y preferencias, aunque se esfuercen por eliminarlas. Se descubre más fácilmente que una verdad es una verdad objetiva, cuando tal verdad agrada. Digo esto también para eliminar malentendidos. El argumento histórico no es, al menos en el desarrollo de mi tema, un argumento dotado de un valor más alto que cualquier otro argumento. El argumento histórico no pretende ser decisivo. Es un argumento que, como otros argumentos, quiere convencer y ser compartido. El argumento histórico sirve para ampliar el ámbito de los argumentos, sirve para reflexionar añadiendo la perspectiva histórica a la discusión.

Una última consideración preliminar: los hechos que vengo explicando no son en absoluto nuevos.

(*) Traducción realizada por Gilberto Mendoza del Maestro, Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de Docencia de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fundador de la Asociación de Estudios de Derecho Privado-AEDP. El presente artículo fue revisado de Rómulo Morales Hervías, Profesor de Derecho Civil en la PUCP.

(**) Publicado originalmente como *Causalità e astrattezza*. En: *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica* al cuidado de Letizia Vacca. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 abril 1990. Tomo II. Giuffrè, 1991. pp. 433-454.

(***) Berthold Kupisch es profesor de la Universidad de Münster, Alemania. Pertenece al Institut für Römisches Recht y actualmente es traductor del Digesto del latín al alemán junto a otros profesores alemanes.

Buscaré sistematizarlos, partiendo de mi punto de vista particular, vale decir, como argumentos en favor de la transferencia causal.

2. Empiezo por dar una revisión a las codificaciones entre 1794 y 1900. En ellas encontramos tres modelos de transferencia.

2.1 1794 es el año de la codificación prusiana. En cuanto a la transferencia, el Derecho prusiano adopta la doctrina tradicional del Derecho Común más antiguo, es decir la doctrina del título (*titulus*) y el modo (*modus*). En el lenguaje de la ley prusiana el modo (*modus*) es el acto exterior por el cual se adquiere la propiedad; en el caso normal, la entrega de la cosa por parte del enajenante al adquirente. La base jurídica en función de la cual el modo (*modus*) conduce a la transferencia es el título (*titulus*) de la propiedad. El título (*titulus*) puede consistir en una prescripción de ley, en una sentencia o, sobre todo, en una declaración de voluntad, por ejemplo en las declaraciones de las partes en un contrato de compraventa⁽¹⁾. En este caso, el contrato de compraventa, vale decir, el contrato objetivamente válido, así como la entrega de la cosa, comportan la adquisición de la propiedad por parte del adquirente. Contrato de compraventa y entrega de la cosa son presupuestos del hecho jurídico (*fattispecie*) de la adquisición de la propiedad. Contrato de compraventa y entrega de la cosa son, en otras palabras, causa de atribución de la propiedad. De ahí que si no existe un contrato válido falta un presupuesto necesario para la adquisición de la propiedad. A pesar de la entrega, la propiedad no pasa al comprador. El vendedor permanece como propietario y puede, como tal, reivindicar el objeto de la entrega. Así al menos están las cosas, si se aplica de este modo este modelo de transferencia.

De otro lado, el contrato válido y la entrega de la cosa no son solo presupuestos del hecho jurídico (*fattispecie*) de la adquisición de propiedad; ellos también son, al mismo tiempo, presupuestos por los cuales el comprador puede tener definitivamente la cosa vendida. Vale decir: la causa de atribución es al mismo tiempo causa que justifica la permanencia de la propiedad de la cosa en el adquirente -diremos "causa de justificación".

En este punto de mis reflexiones desearía insistir sobre esto: la identidad entre la causa de atribución y la causa de justificación -identidad típica para la transferencia causal- se presenta, desde mi punto de vista, como una solución muy atractiva. La

identidad entre la causa de atribución y la causa de justificación es, desde el punto de vista dogmático, un concepto simple y funcional y corresponde, además, perfectamente al modo de ver del profano, que no sabe nada de los principios de la transferencia.

La codificación austriaca de 1811 contiene el mismo modelo de transferencia de la codificación prusiana⁽²⁾. Podemos entonces, en el ejemplo de la compraventa, constatar los mismos resultados a los cuales hemos llegado para el Derecho prusiano: el contrato de compraventa, objetivamente válido, y la entrega de la cosa, son los presupuestos del hecho jurídico (*fattispecie*) de la adquisición de la propiedad y constituyen, dicho de otro modo, la causa de atribución. Si falta un contrato válido, le falta un presupuesto para la adquisición de la propiedad. La propiedad no pasa al comprador. El vendedor ha quedado como propietario, y puede como tal, reivindicar el objeto de la entrega.

De otro lado, todavía, contrato válido y entrega de la cosa, como presupuestos del hecho jurídico (*fattispecie*) para la adquisición de la propiedad, son al mismo tiempo los presupuestos por los cuales el comprador puede retener definitivamente la cosa vendida. Es decir: la causa de atribución es al mismo tiempo causa de justificación. Existe pues, como en el Derecho prusiano, identidad entre las dos causas.

Título (*titulus*) y modo (*modus*), como lo habíamos visto en el Derecho prusiano y en el Derecho austriaco, son los elementos del hecho jurídico (*fattispecie*) de la transferencia propia del Derecho Común más antiguo, del Derecho Común europeo, por así decirlo⁽³⁾. Llamamos, por eso, a este tipo de transferencia "modelo del Derecho Común". Además queremos, a diferencia de la doctrina del Derecho Común, concebir este modelo en el sentido que el título (*titulus*) de la propiedad no debe ser necesariamente una obligación de transferir la propiedad. Pero, por simplicidad, tomamos como base de nuestras reflexiones siempre una obligación de transferir la propiedad como título (*titulus*) de la propiedad, precisamente una obligación derivada de una compraventa.

2.2 Otro modelo de transferencia causal se encuentra en el Código Civil francés de 1804, el *Code Civil*. Según el *Code Civil* es suficiente, usando el lenguaje del modelo de transferencia del Derecho Común, el solo título (*titulus*) para transferir la propiedad, por ejemplo, el contrato de compraventa. El modo (*modus*) no es necesario. El contrato obligatorio

(1) §1 ss. I 9§§1 y siguientes. I 10 *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (ALR).

(2) §§380, 423 y siguientes. *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB).

(3) Cfr. COING. *Europäisches Privatrecht*. Tomo I: *Älteres gemeines Recht*. 1985. p. 179 y siguientes, p. 303 y siguientes.

transfiere ya la propiedad⁽⁴⁾. El contrato es el presupuesto de la adquisición de la propiedad. El contrato obligatorio es, en otras palabras, la causa de atribución. Si falta un contrato válido, falta el presupuesto para la transferencia. La propiedad no pasa al comprador. El vendedor ha quedado como propietario y puede, como tal, reivindicar la cosa vendida.

Por otro lado, también es verdad que el contrato válido como presupuesto de la adquisición de la propiedad es al mismo tiempo el presupuesto por el cual el comprador puede retener definitivamente la cosa vendida (hacemos abstracciones del caso, en el cual el vendedor vende la misma cosa una segunda vez y entrega la cosa al segundo comprador). Es decir: la causa de atribución es al mismo tiempo causa de justificación.

El esquema del *Code Civil* ha influenciado, al punto de ser adoptada, por el Derecho italiano y una serie de otros ordenamientos jurídicos⁽⁵⁾. Como se sabe este esquema tiene sus orígenes en el Derecho Natural. Porque según este sistema la propiedad es adquirida con la celebración del contrato obligatorio, llamamos a este tipo de transferencia “modelo consensualístico”.

2.3. El tercer modelo es aquel de transferencia abstracta del Código Civil alemán de 1900. El Derecho alemán concibe la transferencia de la propiedad como negocio jurídico separado del negocio causal, el cual es la base de la transferencia; negocio jurídico separado pues, por ejemplo, del contrato obligatorio de compraventa. Los elementos de este negocio de transferencia son el acuerdo (*Einigung*) de las partes (el acuerdo real, como se dice), dirigido a la transferencia la propiedad, y la entrega de la cosa (así en el caso fundamental del primer párrafo del §929⁽⁶⁾). Este negocio de transferencia, distinto del negocio causal, es, en su

eficacia jurídica, independiente de la eficacia jurídica del negocio causal, vale decir: este negocio de transferencia es abstracto. La ineficacia del negocio causal no afecta *ipso iure* la eficacia del negocio de transferencia. Los presupuestos de la adquisición de la propiedad son solo el acuerdo real y la entrega de la cosa. Solamente el acuerdo real y la entrega de la cosa constituyen el hecho jurídico (*fattispecie*) de la transferencia. Así, solo el acuerdo real y la entrega de la cosa constituyen la causa de atribución.

Naturalmente el comprador no puede retener la cosa, la propiedad de la cual ha adquirido sin una obligación válida. Pero el vendedor no tiene contra él, en consecuencia, la reivindicación que necesita para la recuperación de la posesión, pero tiene una sola pretensión obligatoria para recuperar la propiedad, a la retransmisión. En términos propios al Derecho romano el vendedor tiene contra el comprador solamente la *condictio indebiti*⁽⁶⁾.

Bajo el esquema de las dos causas, causa de atribución y causa de justificación, la transferencia abstracta implica que, a diferencia de la transferencia causal, la causa de atribución y la causa de justificación resultan distintas. No existe entre ellas la identidad que existe en la transferencia causal. La causa de atribución está representada por el acuerdo real y la entrega de la cosa. La causa de justificación es representada por el negocio causal, que es la base de la transferencia. Solo cuando, además del negocio de transferencia, también el negocio causal es eficaz, la propiedad adquirida por el comprador es adquirida de manera definitiva.

La transferencia abstracta de la propiedad del Código Civil alemán se ha desarrollado desde la Pandectística del ochocientos⁽⁷⁾. Llamaremos, pues, este modelo de transferencia “modelo pandectístico”. Como se sabe el protagonista de la transferencia abstracta en la pandectística ha sido Savigny⁽⁸⁾.

(4) Cfr. Artículos 711 y 1138 del *Code Civil*.

Código Civil francés de 1804:

Artículo 711. La propiedad de los bienes se adquiere y transmite por sucesión, por donación *inter vivos* o testamentaria y por efecto de las obligaciones.

Artículo 1138. La obligación de entregar la cosa se perfeccionará por el simple consentimiento de las partes contratantes.

Convertirá al acreedor en propietario y quedará la cosa bajo su riesgo desde el instante en que sea entregada aunque la tradición no se haya todavía efectuado, a menos que el deudor se hubiera constituido en mora en su entrega, en cuyo caso la cosa permanecerá bajo riesgo de este último.

(5) Por ejemplo, el Código Civil véase el artículo 1376.

Artículo 1376 del Código Civil italiano de 1942. Contrato con efectos reales. En los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real, o bien la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado.

(i) Primer párrafo del parágrafo 929 del Código Civil alemán de 1900. Para la transmisión de la propiedad de la 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 la posesión de la cosa, es suficiente el acuerdo sobre la transferencia de la propiedad.

(6) Cfr. A propósito WIELING, Sachenrecht. *Sachen, Besitz und Rech an beweglichen Sachen*. Tomo I.1990. p. 37 y siguientes.

Además TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milán: Giuffrè, 1990. p. 612: “Una especial atención es dedicada por los prudentes a la *condictio indebiti*. Para los juristas romanos el hecho jurídico (*fattispecie*) de lo indebido es regulado en modo idéntico tanto para lo indebido objetivo (la obligación de cumplir no existe), como para aquel subjetivo (la obligación existe en cabeza de un deudor o de un acreedor diversos)”.

(7) Cfr. WINDSCHEID-KIPP. *Lehrbuch des pandektenrechts*. Tomo I. 1906. p. 880 y siguientes. (en particular nt. 16 a). COING. *Europäisches Privatrecht*. Tomo II.: 19. *Jahrhundert*. 1989. p. 392 y siguientes.

(8) Cfr. *Infra*.

3. Esta exposición sobre los varios modelos de transferencia de la propiedad parece volverse un poco larga y tediosa. Vamos rápidamente a dar una mirada a la *condictio indebiti*. Todas las codificaciones a las cuales nos estamos refiriendo prevén la *condictio indebiti*⁽⁹⁾. Según las intenciones de todos los legisladores se trata de la *condictio indebiti* en la forma propia del Derecho romano, vale decir: una pretensión que tiende a la recuperación de la propiedad, a la retransmisión de la propiedad. La *condictio indebiti*, entonces, presupone que se realiza la transferencia de la propiedad de la cosa incluso en el caso de que la obligación en función de la cual viene siendo tomada la cosa sea nula.

Este concepto de la *condictio indebiti* corresponde perfectamente al modelo de la transferencia abstracta de la Pandectística y del Derecho alemán. De hecho, la *condictio indebiti* es considerada por nosotros como comparación necesaria de la transferencia abstracta. En consecuencia, la regulación de la *condictio indebiti* en el §812⁽ⁱⁱ⁾ del Código Civil alemán no es del todo problemática.

De distinta forma están las cosas en las codificaciones que han adoptado un modelo de transferencia causal. Desde el punto de vista de la transferencia causal la *condictio indebiti* es, en principio, inútil. Ya que, si el negocio causal, por ejemplo, el contrato de compraventa, es nulo, la propiedad no pasa al comprador. El vendedor permanece propietario y puede hacer valer la reivindicación, que tiende a la recuperación de la sola posesión (hacemos abstracción de los casos de la unión y de la mezcla). La *condictio indebiti*, de origen romano, no se armoniza bien con un modelo de transferencia causal. Sin embargo, la *condictio indebiti* se encuentra, como he dicho, en todas las codificaciones que siguen el modelo de transferencia causal.

Estas constataciones conducen al punto medular de mi ponencia. Por cuanto, en consideración a la transferencia, encontramos en las codificaciones no solo tres modelos diversos. Encontramos también en todas las codificaciones una *condictio indebiti*, que es aplicable solo en el Derecho alemán con su transferencia abstracta, y no en las otras tres codificaciones con las transferencias causales. Estos

son los hechos. Son hechos notables. Notables, porque todas las codificaciones se colocan más o menos en la tradición del Derecho romano.

Sin embargo, la diversidad de los modelos de transferencia y la tensión entre transferencia causal y *condictio indebiti* no forman parte de una originalidad europea, en lo referente al centro del problema. La diversidad de los modelos y la tensión entre transferencia causal y *condictio indebiti* son condicionantes de las mismas fuentes romanas, como lo ha interpretado la ciencia jurídica de la Glosa hasta la Pandectística del ochocientos. Quiero describir brevemente esta relación. Al hacerlo dejo en parte el modelo consensualístico de la transferencia. El modelo consensualístico es una cosa especial, que se ha apartado ampliamente del Derecho romano, en cuanto no prevé más el requisito de la entrega de la cosa.

4. Uno de los textos base para la transferencia causal es Paulo, D. 41, 1, 31 pr⁽ⁱⁱⁱ⁾: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

Si por *aliqua iusta causa* se entiende también el negocio obligatorio válido, la obligación válida -y así, en general, la *iusta causa* ha sido entendida en la ciencia jurídica europea-, se puede deducir de las palabras de Paulo que la entrega de la cosa no produce el efecto de la adquisición de la propiedad cuando la obligación es nula. Tal consecuencia, sin embargo, se contraponen con las fuentes sobre la *condictio indebiti*. Estas fuentes prueban, sin duda alguna, que la propiedad pasa, por ejemplo, también en el caso en el cual el negocio obligatorio es nulo, porque la *condictio indebiti* tiende a la retransmisión de la propiedad. Desde este punto de vista tenemos, en cuanto a las fuentes, una situación de inacción, por así decirlo.

4.1. La ciencia jurídica europea fue obligada a reaccionar ante esta situación de inacción. La opinión dominante ha sido, por largo periodo, aquella que proviene del texto de Paulo. Se entiende bien, porque Paulo habla explícitamente de la transferencia. Pero ¿cómo explicar el texto de Paulo y la transferencia

(9) §166 I 16 ALR: &1431 AGBG. Artículo. 1376 *Code Civil*. Cfr. también con el artículo 2033 del Código Civil.

(Ad. Artículo 1376 del Código Civil francés de 1804. Quien reciba por error o conscientemente aquello que no le fuera debido, estará obligado a restituirlo a aquel de quien lo hubiera recibido indebidamente.

Artículo 2033 del Código Civil italiano de 1942. Indebido objetivo. Quien ha exigido un pago no debido tiene el derecho de repetir aquello que ha pagado. Además tiene el derecho a los frutos y a los intereses desde el día del pago, si quien lo ha recibido actuó de mala fe, o, si actuó de buena fe, desde el día de la demanda).

(ii) Parágrafo 812 del Código Civil alemán. Quien obtiene algo sin causa jurídica por la prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado para con él a la restitución. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece después o si no se produce el resultado perseguido con una prestación según el contenido del negocio jurídico.

Como prestación vale también el reconocimiento de la existencia o de la inexistencia de una relación obligatoria nacida del contrato.

(iii) PAULO. *Comentarios al Edicto*. Libro XXXI. "La nuda traditio nunca transfiere el dominio, sino si hubiere precedido venta, o alguna justa causa por la cual siguiese la entrega". (D.41.1.31 pr).

causal por un lado, la existencia de la *condictio indebiti*, que es contraria a la transferencia causal, por otro lado? La respuesta a ello viene dada por la doctrina de la causa putativa. Según esta doctrina la propiedad pasa también en el caso en el cual la obligación viene erróneamente presupuesta por las partes. La doctrina de la causa putativa se encuentra en la glosa relativa Paulo, D. 41, 1, 31, pr. con una formulación que se refiere expresamente a la *condictio indebiti*: *Glossa causa: Vera vel putativa, alioquin si dicas ex putativa non transferrí dominium, Aotus titulus de condictione indebiti repugnet, qui titulus habet locum quando transfertur dominium alicuius rei ex causa putativa.*

La doctrina de la causa putativa se contenta de la constatación antes descrita, por así decirlo, que, aunque suceda la nulidad de la obligación, la transferencia debe haber tenido lugar, porque la *condictio indebiti* implica la transferencia. Esta doctrina fue, al menos al inicio, un producto típico de la ciencia escolástica, la cual, bajo el peso de la autoridad de las fuentes, buscaban ponerse de acuerdo en armonizar las fuentes que parecen contradecirse. Desde el punto de vista de la transferencia causal, como lo ha entendido la ciencia europea (y la entendido bien, como veremos más adelante), se deberá poner en duda las fuentes relativas a la *condictio indebiti*. En el caso de la obligación nula, la tutela correcta no deberá ser representada por la *condictio indebiti*, sino por la reivindicación. Al menos debería haber una metamorfosis de la *condictio indebiti*, en el sentido que una pretensión tienda a la recuperación de la posesión y no de la propiedad.

Pero, para dar este paso, se deberá esperar aun mucho tiempo. Las fuentes relativas a la *condictio indebiti* son inequívocas y por su claridad también conservan las fuerzas después que la autoridad espiritual del *Corpus Iuris Civile* ha dejado de tener vigencia. El Derecho Común más antiguo no tuvo la decisión de aplicar consecuentemente la transferencia causal. Ni siquiera lo tuvieron las codificaciones compiladas entre fines del setecientos y los inicios del ochocientos. Transferencia causal y *condictio indebiti* son colocados el uno al lado del otro sin ser armonizados. Este estado de las cosas causaba problemas de integración. En el ochocientos el modelo pandectístico impidió la clarificación, vale

decir, una aplicación consecuente de la transferencia causal. En Prusia, como en Austria, no faltaron intentos, por un cierto tiempo coronados por el éxito, de interpretar las respectivas regulaciones normativas en el sentido de la transferencia abstracta⁽¹⁰⁾. En Prusia se desarrolla y la discusión llega a su fin con la entrada en vigor del Código Civil de 1900. En Austria vemos que finalmente la transferencia causal se afirma con consecuencias esperadas por largo tiempo. La *condictio indebiti* es una pretensión que tiende no más a la retransmisión de la propiedad, sino como la reivindicación, a la recuperación de la posesión⁽¹¹⁾. Se puede constatar un desarrollo más o menos semejante en otros ordenamientos jurídicos que practican el modelo consensualístico⁽¹²⁾.

4.2. La transferencia abstracta es otra respuesta al estado de las fuentes, que parece ser contradictoria. Es una respuesta que se pone rápidamente en evidente contraste con la respuesta poco convincente y un poco superficial de la doctrina de la causa putativa. Con la transferencia abstracta no se pone en evidencia el texto de Paulo, sino las fuentes sobre la *condictio indebiti*. Entonces, se pone en evidencia la justificación de transferencia, que la *condictio indebiti* presupone, es decir, la justificación de la transferencia basada sobre un negocio distinto e independiente del negocio causal. Todavía la doctrina misma de la causa putativa ha contribuido al auxilio de esta concepción en cuanto ella evidencia la voluntad de transferir la propiedad en la suposición que exista una obligación entre las partes. La doctrina de la transferencia abstracta, por la cual citan a Baldo, Donello, Pothier y Savigny⁽¹³⁾, es influenciada por un texto como aquel de Gayo, D. 41, 1, 9, 3: *Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam convenientis est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem sumam in alium transferre ratam haberi*^(iv).

Desde mi punto de vista, el texto de Gayo representa, para el Derecho romano clásico, no más que una formulación -formulación lamentablemente equivocada- de la *traditio cum iusta causa*. Justiniano ha incorporado a Gayo en sus instituciones (I. 2, 1, 40) y para los Bizantinos el texto de Gayo tiene la fuerza representada en la tentación de pensar, tanto en la *condictio indebiti*, como en la transferencia

(10) Cfr. COING. *Op. cit.*; p. 395.

(11) RUMMEL, V. *Kommentar zum ABGB*. Tomo II. 1984. p. 2767 (§1431 nt.8).

(12) Cfr. KUPISCH. *Ungerechtfertigte Bereicherung*. 1987. 34 nt. 50.

(13) Cfr. KUPISCH, *Op. cit.*; p. 34 nt. 52; además RANIERI. *Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*. Tomo II: *Die rechtliche Verselbständigung der Austauschverhältnisse vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung und Doktrin*. (ed. Coing e Wilhem). 1977. p. 90 y siguientes.

(iv) GAYO. *Diario*. Libro II. "También se adquieren por derecho de gentes para nosotros las cosas que se hacen nuestras mediante entrega, porque nada es tan conforme a la equidad natural como que se tenga por válida la voluntad del dueño que quiere transferir a otro cosa suya" (D. 41, 1, 9, 3).

abstracta. Ante los protagonistas europeos de la tesis de la transferencia abstracta el texto de Gayo obtiene la ventaja sobre el de Paulo. En parte el texto de Paulo está limitado al significado que la causa -vale decir una causa objetivamente válida- no es un presupuesto para la transferencia, sino solo un punto de apoyo para la voluntad de transferir la propiedad. Tal voluntad existe, como se debe concluir, también cuando las partes presuponen erróneamente una obligación. El texto de Paulo es así, en parte, refutado; el cual, obviamente, es más fácil que no tomen posición contra las fuentes en cuanto a la *condictio indebiti*. En Savigny, autor experto que conoce el manejo de las fuentes, leemos lo referente a la transferencia causal: *Dies ist streng nach den Worten des Paulus (...), aber falsch*⁽¹⁴⁾.

Agregamos para ilustrar el resultado al cual llega la doctrina de la transferencia abstracta, un paso pre savigniano de Pothier: *Celui qui paye a quelqu'un par erreur une chose qu'il croit lui devoir, a la volonté de lui en transférer le domaine par la tradition qu'il lui en fait; celui a qui elle est payée, a pareillement la volonté d'en acquérir le domaine: ce concours de leurs volontés suffit, avec la tradition, pour la translation de la propriété*⁽¹⁵⁾.

5. El estado de las fuentes, que parece ser contradictorio, como también las consecuencias opuestas, que son recogidas en la ciencia europea, hacen necesario realizar un rápido examen de las fuentes romanas relativas a la transferencia de la *res nec mancipi*. Existen dudas respecto a si las fuentes son efectivamente incongruentes entre ellas mismas y si las posteriores, que buscan aprovechar la competencia de los juristas romanos, solo tienen posibilidad de elegir entre una u otra de una alternativa contradictoria.

Según el texto de Paulo en D. 41,1,31,pr. (y tenemos sin embargo otro texto: Gayo 2, 20) la transferencia presupone que la *traditio* es conectada con una justa causa, precisamente como podemos suponer, con una causa válida. Pero ¿qué cosa significa justa causa? Explícitamente mencionada como causas son la *venditio* y la *donatio*. Del resto se habla en los textos de *quavis alia causa* y de *aliqua causa*. ¿Es lícito considerar bajo el aspecto de la causa también a la obligación, dependiente de un negocio como la *stipulatio* o el *legatum per damnationem*, o mejor la *stipulatio* y el *legatum*, que son negocios creadores de obligaciones? La compraventa, de la cual hablan Paulo y Gayo, no

constituye un ejemplo indicativo, porque la compraventa, en cuanto a la adquisición de la cosa vendida, representa siempre un caso regulado según el modelo de la transferencia causal. Aquello que importa es, pues, establecer cómo son tratadas las obligaciones resultantes, por ejemplo, de la *stipulatio* o del *legatum per damnationem*.

Si se presupone una coherencia sustancial, no se puede entender como causa de la obligación, como lo ha entendido el Derecho Común más antiguo según la doctrina del *titulus* y *modus*. De hecho, la opinión compartida por todos en la romanística moderna es que los juristas romanos, cuando había una prestación en función de una obligación, consideraron como *causa traditionis* el acto de prestación mismo, la *solutio*, y precisamente sin tener en cuenta a la validez y menos a la obligación. Para la transferencia era, pues, suficiente que se entregase la cosa a fin de obtener la *solutio*. Tal acto está presente también en el caso que se pague una deuda presunta. El hecho que en este caso no se extinga de la obligación (función de la *solutio*) no tenía, en mi opinión, ninguna influencia sobre la *solutio* en cuanto *causa traditionis* válida. Esta función de la *solutio* como *iusta causa* que transfiere la propiedad no es, del todo, un descubrimiento moderno; ya en el Derecho Común antiguo la podemos encontrar en cualquier momento y asimismo ella aparece en ciertas codificaciones del setecientos⁽¹⁶⁾.

Con la *causa solutionis* o *causa solvendi* se resuelve la contradicción entre los enunciados de Paulo y Gayo de un lado, y la *condictio indebiti*, del otro. También la *condictio indebiti* expresa la idea de transferencia causal, y precisamente por esto la *solutio* funciona como *causa traditionis*. Pero, en cuanto a la nulidad de la obligación, se puede calificar la transferencia como transferencia abstracta.

Este es por ahora el resultado. La cuestión ulterior es cómo se explica este resultado. No faltan, en la romanística moderna, posturas de admiración para la transferencia *solvendi causa* con las dos caras (al mismo tiempo transferencia causal y abstracta), considerada como el producto de una ciencia de altísimo nivel; y como tercer elemento toma la *condictio indebiti*, la pretensión obligatoria que tiende a la recuperación de la propiedad. En cuanto a mi, no considero muy creíble que el Derecho romano, vale decir los juristas romanos, proyectaron *a priori* y hayan dado vida a tal mecanismo. Desde mi punto de vista, se acerca más a la verdad histórica la idea que la armonía aparente entre *causa solvendi* y

(14) Cfr. RANIERI. *Op. cit.*; . 98 y nt. 44.

(15) *Traité de l'action condictio indebiti*. Número 178. En: *Oeuvres complètes*. 1821. p. 8.

(16) Cfr. RAPPAPORT. *Über die Bedeutung des Titels für die Gültigkeit des Eigentumsübergabe nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*. En: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs*. 1991. p. 2, 407 y siguientes.

condictio indebiti es solamente el resultado de un cierto desarrollo histórico. No puedo aquí entrar en los detalles, que podrían proveer puntos de apoyo a esta idea⁽¹⁷⁾. Me limito, pues, a referirla en modo de resumen.

En la época clásica del Derecho romano la *solutio* era un acto de prestación, de pago sin formalidad, mientras en el derecho más antiguo la *solutio* era un negocio formal de liberación, de extinción de un vínculo que, también de tipo formal, vinculaba al deudor. En los tiempos más remotos, este negocio formal de liberación fue usado como acto jurídico, que extinguía de modo definitivo y absoluto la relación entre las partes involucradas. Como tal, el negocio de liberación representa un negocio de intercambio: *solutio* compensaba el objeto de la *solutio*. Así el negocio de liberación era destinado a transferir la propiedad del objeto de la *solutio*. Pero puesto que a cambio de la transferencia se tenía la liberación del deudor, la realización del negocio de liberación implicaba que el objeto de la *solutio* no podía ser reclamado en el caso que ulteriormente se descubriese que el vínculo del deudor no era justificado.

A favor de esta tesis podría, entre otros, establecerse el hecho que en la triada de las causas tradicionales (*causa solvendi*, *causa credenti*, *causa donando*) la *causa solvendi* constituía un elemento extraño, extraño porque la *causa solvendi* no es causa en sentido propio, ni tampoco es autónoma, sino más bien una causa auxiliar, al servicio de diversos negocios causales y de las obligaciones. Pero si es exacto que la *solutio* era en origen un negocio final en el sentido descrito, se comprende por qué la *causa solvendi* se presentaba en la triada de las causas. Los romanos, grandes tradicionalistas como sabemos, han, desde mi punto de vista, abandonado la *causa solvendi* en el contexto tradicional, no han cambiado su posición, incluso después que la *causa solvendi* había perdido su función originaria. Sobre este punto he aquí otra reflexión.

Queremos describir el desarrollo posterior de la *solutio* como sigue. Con el pasar del tiempo se desarrolló un sentido de justicia, que no permitirá considerar más a la *solutio* como un negocio absolutamente definido, el cual no permitía la repetición del objeto de la *solutio* en el caso que faltase la justificación del vínculo del deudor. Este

sentido de justicia aparece con el transcurso del tiempo, desde mi punto de vista, debido a la existencia de la *condictio indebiti*. La *condictio indebiti*, por eso, no fue creada contemporáneamente con la *solutio*, sino en un momento sucesivo. Bajo este perfil recuerdo dos textos, uno de Paulo: *condictio indebiti naturales est* (D. 12,6,15 pr.^(v)). El otro texto es de Papiniano: *Haec condictio ex bono et aequo introducta est* (D. 12, 6, 66^(vi)). Ambos textos han sido rechazados por la crítica interpolacionística. Pero ahora están, más a menudo, siendo considerados auténticos. Ambos textos podrán representar un buen punto de apoyo para la idea de existencia que la *condictio indebiti* se debe a un desarrollo histórico del tipo descrito. Con la introducción de la *condictio indebiti* los romanos tienen la respuesta al nuevo sentido de justicia en modo muy romano. Se continúa con la *solutio* como *causa traditionis*, la cual transfiere propiedad. Tal es el *ius civile*, y el *ius civile* se respeta. El nuevo sentido de justicia se satisface, más bien, mediante el reconocimiento de una pretensión obligatoria, es decir mediante la *condictio indebiti*, que tiende a la retransmisión. A este mecanismo los romanos, tradicionales como eran, siguen fieles incluso después que la *solutio* se convierte en un negocio no formal.

6. Con esta interpretación profundizada llegamos a la última parte del argumento histórico. La ciencia europea no ha visto las cosas como creemos poder verla nosotros ahora. Pero no hay que criticar a la ciencia europea por esto. Su competencia era la aplicación de las fuentes romanas y no la historia del Derecho romano (hago abstracción de la ciencia del humanismo y de la ciencia elegante). Y en cuanto a la aplicación de las fuentes, la ciencia europea, es decir también el Derecho Común más antiguo, ha cumplido una labor de relevancia muy particular. Con su doctrina del *titulus* y *modus* la ciencia europea, en principio al menos (y es esto lo que importa), ha aplicado la idea de transferencia causal a la relación entre la obligación y la transferencia, concibiendo como *causa traditionis* a la obligación (y no, como hacían los juristas romanos, a la *solutio*). Así, el concepto romano de transferencia causal viene, desde mi punto de vista, perfeccionado como consecuencialidad (*consequenzialità*). Tal consecuencialidad (*consequenzialità*) no fue desarrollada por los romanos mismos: ciertamente

(17) KUPISCH, V. *Ungerechtfertigte Bereicherung*. Op. cit.; y en particular KASER, Zur. *Iusta causa traditionis*. En: BIDR. Número 64.1961. p. 72 y siguientes.

(v) PAULO. *Comentarios á Sabino*. Libro X. Es natural la condición de lo pagado de lo pagado, no siendo debido; y por esto se comprende en la condición también lo que acreció a la cosa pagada, por ejemplo, el parto que haya nacido de un esclavo, o lo que se acreció por aluvión, así como también se comprenderán en la condición los frutos, que de buena fe percibió aquel a quien se pagó" (D. 12.6.15 pr.).

(vi) PAPINIANO. *Cuestiones*. Libro VIII. "Esta condición, introducida por bondad y equidad, se acostumbró a intentar para reclamarlo que siendo de uno, es hallado sin causa en poder de otro" (D. 12, 6, 66).

no al momento de la introducción de la *condictio indebiti*, ni tampoco más tarde. Esto tendrá significado quitando a la *solutio*, al negocio del *ius civile*, el efecto de la transferencia, y ello gracias a una referencia al *bonum et aequum*. Esto no era posible, si se toman en consideración las estructuras del Derecho preclásico y clásico. Y los Bizantinos, tanto en las escuelas como los legisladores, eran más clásicos para poder tener en cuenta una consecuencia de esta importancia.

Cerca de un milenio más tarde, la situación se presentará diversa. Para el sentido jurídico de los descendientes europeos no parece admisible que, si la obligación es nula, la propiedad pasa igualmente, si hay la posibilidad de recuperarla. En otras palabras: No parece admisible que causa de atribución y causa de justificación se distingan y separen. La ciencia europea parte, desde el origen, de la identidad entre causa de atribución y causa de justificación como una cosa jurídicamente obvia (salvo el problema, como habíamos visto, de la aplicación subsiguiente de la transferencia causal en cuanto a la *condictio indebiti*). De hecho, la identidad entre causa de atribución y causa de justificación aparece jurídicamente atrayente y convincente. En cambio, la transferencia abstracta es complicada y jurídicamente ineconómica. Se debe realizar con dos estructuras (transferencia y retransmisión), mientras para la otra basta una (ninguna transferencia). Y aquello que hoy para algunos les parece una ventaja la transferencia abstracta, aparece como una desventaja para otros. Ello nos convence ahora que la transferencia abstracta no es, por así decirlo, una ciencia superior, sino que su existencia es debida a una cierta constelación histórica, que hemos superado hace mucho tiempo: así que la elección recae sobre la transferencia causal. Si nos convencemos que la *solutio* como *iusta causa traditionis* está condicionada históricamente, ello nos libera de la necesidad de proveer a alguien de la entrega de la cosa, hecha en función de la obligación, de una causa de atribución particular. Le queda a la *solutio* la tarea de establecer la relación entre la entrega y la obligación correspondiente. He aquí, en síntesis, aquello que queremos llamar un argumento histórico a favor de la transferencia causal.

A diferencia de la transferencia causal, consecuentemente aplicada, el modelo pandectístico de transferencia abstracta es, en cuanto parece, un modelo con insuficiente valor histórico. El

modelo pandectístico representa una generalización de la transferencia abstracta contraria a las fuentes. El modelo pandectístico, que renuncia a cada elemento causal, es contrario a la vida. No es solo abstracto en cuanto a la obligación, sino es abstracto también en sí mismo. En el acuerdo real no hay ninguna relación causal, ni siquiera la *solutio* como en el Derecho romano. El peligro de ficción, en cuanto a la voluntad de las partes es evidente. Según Savigny la voluntad quiere porque la voluntad quiere. La voluntad no necesita de una motivación para ser jurídicamente reconocida. En estas palabras se expresa una alta concepción del hombre. Pero es una cuestión diversa aquella de establecer que tal concepción del hombre deba ser el motivo conductor, cuando se trata de una concepción jurídica. Quizá se pueda vencer a Savigny con Savigny. Para Savigny el método histórico en la ciencia consiste en el *jeden gegebenen Stoff bis zu seiner Wurzel zu verfolgen und so ein organisches Prinzip zu entdecken, wodurch sich von selbst das, was noch Leben hat, von demjenigen absondern muß, was schon abgestorben ist nur noch der Geschichte angehört*⁽¹⁸⁾.

Es notorio que Savigny, desarrollando la transferencia abstracta, no ha seguido su propio consejo metodológico⁽¹⁹⁾. Más allá de ello, creo que corresponde mejor al programa de Savigny descubrir el principio orgánico en la transferencia causal, en la aplicación sucesiva la cual es la modificación de la *condictio indebiti* romana. Aquello, como he dicho, no podría ser tarea de los mismos romanos. Pero, aquello era, desde el origen y en principio, la tarea de la ciencia europea.

7. Concluyo dando una mirada sobre el derecho vigente. Es notorio que la transferencia abstracta existe solo en Alemania. En Austria se aplica, como he dicho, el modelo del Derecho Común más antiguo. Es así también en Suiza a partir de una sentencia de la Corte Federal de 1929, en la cual se alude claramente a la relación entre transferencia causal y *condictio indebiti*⁽²⁰⁾. También el Código Civil de la ahora República Democrática Alemana (de 1975) había adoptado la transferencia causal según el modelo del Derecho Común más antiguo⁽²¹⁾.

El otro modelo de transferencia causal es aquel modelo consensualístico, que se encuentra particularmente en Francia y en Italia. Entre estos dos modelos se deberá tomar la decisión para una futura solución europea. Por las razones, que no

(18) *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. 1814. p. 117 y siguientes.

(19) Cfr. RANIERI. *Lehre der abstrakten Übereignung*. Op. cit.; p. 99 y siguientes.

(20) BGE. Número 55 Tomo II. p. 302 y siguientes.

(21) §26 *Zivilgesetzbuch*.

puedo explicar ahora, prefiero el modelo del Derecho Común. Con este propósito es interesante observar que ciertas codificaciones, aunque si bien dependientes del Código Civil francés, sin embargo siguen el modelo del Derecho Común en cuanto a la transferencia de propiedad. Así, por ejemplo, el Código Civil holandés, el Código Civil español y con el Derecho español, el mayor número de las codificaciones de América del Sur, entre los cuales tenemos el Derecho Civil de Argentina, del Brasil y de Chile⁽²²⁾.

Una de las tareas será la elaboración de un concepto dogmático, que satisfaga las exigencias de la dogmática moderna. En primer lugar, naturalmente se piensa en la ciencia austriaca y suiza. Pero también en el país de la transferencia abstracta se ocupan del problema, lo que prueba que también entre nosotros la vieja discusión sobre la transferencia abstracta o no continúa. Uno de los más famosos e importantes civilistas alemanes, Larenz, se ha pronunciado, de *lege ferenda*, a favor de un modelo de transferencia causal, que se puede llamar modelo del Derecho Común modificado⁽²³⁾. La modificación consiste en distinguir, por ejemplo, en el mismo contrato de compraventa el negocio obligatorio y el negocio real, el acuerdo real. Este contrato de compraventa transfiere, junto con la

entrega de la cosa, la propiedad. Este concepto, sobre el cual no se ha dicho la última palabra, ha encontrado aprobación en Austria⁽²⁴⁾. Del lado austriaco se ha subrayado que constituye un hecho excepcional la circunstancia que un manual, destinado enteramente a la ingeniosa elaboración dogmática del derecho vigente, contenga, en cuanto a la transferencia de propiedad, una propuesta de *lege ferenda*. De hecho, de una parte Larenz se ha sentido en el deber de hacer esta propuesta, porque, según él, ciertos resultados, a los cuales conduce la transferencia abstracta, le faltan una justificación intrínseca. De otra parte Larenz subraya que en el mayor número de los casos la transferencia causal corresponde a la concepción natural de la vida social. Añade, por experiencia personal, que el pasado febrero, de los candidatos al examen del Estado, es decir después de cerca de cinco años de estudios, un tercio no estaba en grado de resolver un problema según el principio de transferencia abstracta. Y esto no es un caso aislado. Ciertamente la capacidad de las personas menos dotadas no puede ser decisiva para las tareas de la dogmática. Pero si existe un sistema más simple, sin hacer daño a la eficiencia de la dogmática, ello merece su preferencia. En relación a las leyes, dice Justiniano, nos complace más lo simple que lo complicado⁽²⁵⁾. ㄷ

(22) Cfr. CAEMMERER. *Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübergangung*. En: RABELS. *Zeitschrift*. Número 12. 1938/1939. p. 150 y siguientes.

(23) LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Besonderer Teil. Tomo II/1. 1986. p. 18 y siguientes.

(24) BYDLINSKI. *Die rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen der Eigentums ertragung nach österreichischem recht, in festschrift larenz*. 1973. p. 1027.

(25) l. 2, 23, 7.