

El negocio jurídico real abstracto

PRELIMINAR

El Consejo de Redacción de esta REVISTA se propone traer a sus páginas, dentro de las posibilidades de espacio, trabajos aparecidos en otro tiempo en el extranjero que conservan hoy actualidad, y que, por la personalidad de su autor y su propio contenido, representan un hito, el comienzo o la cumbre de una evolución en temas fundamentales de Derecho privado, sobre todo en sus relaciones con el Registro de la Propiedad. Aportaciones, pues, que han adquirido cierta permanencia y que pertenecen ya al acervo común de la cultura jurídica. Podrán ser —así la presente— pequeñas monografías editadas como tales, o artículos de revista, o acaso el capítulo más significativo de un libro. Pretendemos con ello poner al alcance de nuestros lectores estas producciones interesantes que, de otro modo, difícilmente les serían accesibles, y cuyo valor las hace dignas de ser conocidas directamente.

Inauguramos esta iniciativa con un escrito del difunto profesor HECK (), de cuyas tesis metodológicas se hizo eco por primera vez en España esta REVISTA, en colaboraciones de don JERÓNIMO GONZÁLEZ aparecidas hace más de treinta años. Con la presente traducción deseamos, de una parte, completar el conocimiento teórico de tales tesis con una aplicación práctica de ellas hecha por el propio*

(*) *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft.* Editorial Mohr. Tübinga, 1937.

HECK; de otra, difundir en nuestro país, donde no hace mucho tiempo se admiraba ciegamente el sistema abstracto del BGB en la dinámica de los derechos reales, una lúcida impugnación del mismo, escrita por un gran jurista alemán, que viene a propugnar, a fin de cuentas y sin señalarlo ni (prácticamente) percatarse de ello, directrices tan aproximadas en muchos puntos a las que sirven de base al Código civil y la Ley hipotecaria de nuestro siglo XIX, y que no tienen, desde luego, contra lo que parece pensar nuestro autor, origen francés.

SUMARIO: PRELIMINAR: 1. Introducción. Planteamiento del problema y toma de posición.—PRIMERA PARTE. PROTECCIÓN CAUSAL Y PROTECCIÓN AL ADQUIRENTE. CAPÍTULO I. PRINCIPIOS BÁSICOS.—2. a) El método.—3. b) Conflictos de intereses y voluntad negocial.—CAPÍTULO II. EXAMEN DE LOS INTERESES: I. *El interés del tráfico*.—4. La situación de los intereses en caso de una primera adquisición. 5. b) La situación de los intereses en caso de posteriores transmisiones.—II. *El interés de la claridad*.—6. a) Fundamentación jurídico-conceptual.—7. b) La fundamentación juris-política.—III. *El interés de la prueba*.—8. a) La prueba jurídica.—9. b) Los presupuestos de la inscripción.—Apéndice: 10. Casos discutidos de aplicación de la concepción abstracta.—CAPÍTULO III. EL CONTROL DE LA EXPERIENCIA.—11. a) El Derecho del pasado.—12. b) Derechos extranjeros. SEGUNDA PARTE. PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL DE LA CAUSALIDAD DE LA TRANSMISIÓN.—13. a) Los contratos obligacionales abstractos.—14. b) Otros negocios dispositivos.—TERCERA PARTE. ESTRUCTURACIÓN Y SÍNTESIS.—15 a) Problemas individuales de la estructuración.—16. b) Síntesis.

§ 1. *Introducción. Planteamiento del problema y toma de posición.*

1. La Academia de Derecho alemán me confió el encargo de investigar el negocio jurídico real abstracto, enfocando mi trabajo hacia la aplicabilidad de esta institución para la nueva configuración de nuestro Derecho alemán.

El resultado de estas investigaciones conduce a rechazar la configuración abstracta del Derecho vigente para sustituirla por una concepción causal del negocio jurídico real.

2. El hecho de que nuestro BGB haya configurado abstractamente el negocio jurídico real proviene de la historia de su origen

y formación, y es un punto casi no debatido (1). si bien surgen diferencias de opinión acerca del ámbito de la norma (vid. § 10). La concepción abstracta consiste en que la causa que da origen a cualquier negocio juridico real, como a todas las otras atribuciones, no se considera como requisito necesario de la efectividad del negocio, para lo cual basta la oportuna declaración de voluntad de la parte, eventualmente revestida de la forma precisa y encaminada a producir la modificación.

El efecto producido por la declaración es independiente de la causa; la declaración es autónoma frente a ella. El primer proyecto había subrayado esta independencia por medio de una norma (2). El título fué suprimido por la segunda Comisión, pero solamente porque se supuso que la eliminación de la causa había quedado suficientemente expresada por la omisión de cualquier alusión a ella (3).

3. La concepción causal del negocio juridico real es la antítesis de la concepción abstracta; en aquélla, la alteración real depende de que exista una causa justificante, o, como se decía antiguamente, una *iusta causa*.

4. La configuración abstracta del negocio juridico real fué enérgicamente impugnada por la doctrina durante la deliberación

(1) Sólo han surgido dudas acerca de esto de manera esporádica y aislada. Vid. SCHREIBER, en *Gruchots Beiträge*, tomo 52, pág. 513, y para el Derecho de los bienes muebles, NEUNER, loc. cit., pág. 27.

NEUNER interpreta de modo especial el § 929. Nuestro Código dice solamente que el acuerdo y la tradición son necesarios, pero no que sean *suficientes*. La Ley permite, por tanto, pensar en la necesidad de una causa suficiente. En mi opinión, esta interpretación contradice a la realidad de que los requisitos deben enumerarse totalmente; al empleo de la expresión «basta» en el § 929, párrafo 2, y ante todo a la historia de su formación.

(2) El primer proyecto había complementado el § 828 (el actual 873), que trataba de las modificaciones reales sobre bienes inmuebles, con el siguiente precepto: «Para la efectividad del contrato regulado en el § 828 no es necesario expresar la causa. La eficacia del contrato no viene excluida por el hecho de que los contratantes hayan presupuesto causas distintas entre sí, o que la causa establecida por ellos fuera inexistente o inválida. Las prescripciones de los §§ 737 a 748 sobre la reclamación de una prestación por enriquecimiento injusto quedan inmutables».

El § 829 fué extendido, por analogía, al Derechos de los bienes muebles (§§ 874, 983, 1147). Un precepto con la misma formulación estaba incluido en el proyecto en el § 290, párrafo 2, para el nacimiento de la obligación: fué trasladado al 294, referente a la cesión de créditos, y al 312, referente a transmisión y pignoración de otros derechos.

(3) *Protocolos*. II, 3, pág. 64.

del primer proyecto (4), aunque encontró también entusiastas defensores.

En aquel tiempo se creía encontrarla en el Derecho romano antiguo, en la tradición, viéndose en ella una gran conquista de este Derecho. Nada menos que IHERING decía que «este mecanismo, conservado en lo esencial por el Derecho romano tardío, particularmente para la transmisión de la propiedad por medio de la tradición, es probablemente una de las más felices ideas del Derecho romano, y, en todo caso, una de las más fuertes bases de la seguridad de la propiedad» (5). También ZITTELMANN (6) habla calurosamente de la concepción abstracta: «la separación—dice—en la dinámica de los derechos, entre medio y fin, fué uno de los hechos más importantes y pródigos en consecuencias del espíritu jurídico; un hecho sin el cual puede afirmarse decididamente que hubiera sido imposible el desarrollo general de nuestro moderno Derecho del tráfico de bienes», añadiendo más adelante, que «la oportunidad de esta regulación es tan indudable, y esto por causas igualmente válidas para todos los pueblos, que cada Derecho tiene que llegar, tarde o temprano, a la misma conclusión». La redacción definitiva de nuestro Código encontró también defensores. Concretamente, A. VON TUHR (7) se manifestó repetidamente en apoyo de la concepción abstracta, si bien con un cierto recelo ante su justificación jurídico-política. Una fundamentación minuciosa puede encontrarse en BREYHAN (8). Además de estos autores, hay también bastantes otros en el mismo sentido (9). Pero, por otra parte, no dejaron de presentarse ob-

(4) Véase concretamente STROHAL, *Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, en los *Jahrbücher für die Dogmatik*, 27, pág. 335 y ss.; y también KLÖPPEL, con referencia al proyecto del BGB, en *Gruchots Beitragen zur Erläuterung des Deutschen Rechts*, 4.^a serie, tomo II, págs. 644 y ss.

(5) *Geist des Römischen Rechts*, III, pág. 208 y ss.

(6) *Die Möglichkeit eines Weltrechts*, en *Allgemeine Oesterr. Gerichtszeitung*, 1888, pág. 210; reimpresión, 1916, pág. 33.

(7) *Allg. Teil.*, II, págs. 110 y ss. *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, tomo 62, págs. 40 y ss.; *Ziv. Arch.*, tomo 120, *Eigentumserwerb aus unsittlichen Verträge*.

(8) Christian BREYHAN, *Abstrakte Uebereignung und Parteiville in der Rechtsprechung*, en *Abhandlungen der Rechts und Staatwissenschaftlichen Fakultät der Stadt Göttingen*, 9, 1929, págs. 120 y ss.

(9) OERTMANN, en *Geschäftsgrundlage*, dice que la concepción abstracta es recomendable «en interés de la libertad y seguridad del tráfico, y desde luego de pleno derecho». Cfr. STAMPE, *Das «causa» Problem des Zivilrechts*, 1904, pá-

jeciones. Se adujo que la seguridad del tráfico, que era lo que la concepción abstracta debía lograr, ya había sido conseguida por la protección a la buena fe (10). Como argumento decisivo, se alegó que la regulación del BGB rompía la conexión entre la norma y la realidad vital. Este punto de vista fué especialmente recalcado por RUMPF (11). Para la conciencia jurídica de los legos, el negocio jurídico obligacional (compraventa) y la voluntad de producir modificaciones jurídicas (transmisión de la propiedad) forman un proceso único, dividido por la concepción abstracta del BGB, de una forma contraria a la realidad. Esta resistencia ha aumentado desde la irrupción del pensamiento nacionalsocialista. La concepción causal es recomendada por distintos autores para nuestro futuro Derecho (12).

5. En mi obra *Conceptos fundamentales del derecho de cosas* (13) adopté una postura ecléctica. Consideraba yo que las razones a favor y en contra se hallaban bastante equilibradas, y que no era exacto afirmar que la concepción abstracta estuviera alejada de la realidad. Un nuevo y más detallado examen ha modificado mi postura. La concepción abstracta era hasta ahora una norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico real. Para un jurista que durante toda su vida haya trabajado sobre esta base, resulta difícil comprender que las cosas puedan discurrir de otra manera, e incluso marchar mejor. Pero, por mi parte, he llegado a cambiar mis concepciones, y ahora pienso que los intereses de la vida se pronuncian claramente en contra de la característica abstracta, que se halla alejada de la realidad, y, sobre todo, no ha surgido de una reflexión inspirada en las necesidades vitales, sino que es un producto de la antigua jurisprudencia

gina 37; ENNECERUS-NIPPERDEY, 139, I, 5; LEHMANN, *Allgemeiner Teil*, § 25, III, página 116; J. W. HEDEMANN, *Sachenrecht*, 4, III, b; COSACK-MITTEIS, *Lehrbuch*, III, 2, b; R. HENLE, *Allgemeiner Teil*, 1926, págs. 148 y ss.

(10) Vid., por ejemplo, KRIEGSMANN, *Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung*, 1905; NEUNER, op. cit., pág. 29. y otros.

(11) *Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den § 138 y 817, BGB*, en *Ziv. Arch.*, 117, págs. 350 y ss. Véase asimismo DU CHESNE, *Sächsisches Archiv*, 1920, págs. 98 y ss.

(12) Vid. KOBER, en *Staudinger*, III, Introducción, VI. Especialmente recomendable es el breve pero convincente trabajo de Heinrich LANGE, *Abstraktes oder kausales dingliches Geschäfts*, en *Deutsches Recht*, 1935, págs. 486 y ss.

(13) *Grundriss des Sachenrechts*, pág. 123, 10. En esta obra llegaba yo a un «determinado equilibrio de los fundamentos».

dencia conceptual. Por eso es conveniente que, al reformar nuestro Ordenamiento jurídico, se sustituya la caracterización abstracta por otra causal. Debo hacer esta afirmación, aun incurriendo en el riesgo de ser contado entre los fanáticos adversarios de la concepción abstracta (14).

6. Esta toma de posición presupone, no obstante, la supervivencia de otras normas del Derecho vigente. Cada particular norma solamente opera en la vida en correlación con otras, dentro de un universo jurídico, y por tanto, no puede ser valorada si prescindimos de toda interdependencia y relación con su circunstancia. En nuestro problema intervienen decisivamente los principios sobre enriquecimiento injusto de los §§ 812 y siguientes, los del Derecho concursal y los de la protección a la adquisición de buena fe. Por tanto, hemos de partir de la supervivencia de estas normas. Así, la seguridad jurídica no quedaría disminuida lo más mínimo por una caracterización causal, pues no es de esperar que tales principios sean abandonados.

7. El problema no surge solamente en relación con las transmisiones de la propiedad, sino para todas las modificaciones jurídico-reales. Pero en todos los casos deben ser tenidas en cuenta las mismas consideraciones. Por esto, para alcanzar mayor claridad en mis explicaciones, centro mi exposición y los correspondientes ejemplos en la transmisión de la propiedad. La aplicación de estos ejemplos a las restantes modificaciones jurídicas no ofrece dificultad alguna.

8. La estructura de este trabajo está determinada por las siguientes consideraciones:

a) Si nos representamos los efectos en la vida real de ambas concepciones, entonces es posible tratarlas como un solo problema, que designaré como el de la relación entre la protección causal y la protección al adquirente. En este problema se halla el núcleo de la tarea del legislador. A él dedicaré la primera parte.

La solución se alcanza mediante el examen de los intereses,

(14) OERTMANN, *Geschäftsgrundlage*, pág. 14, habla de los «fanáticos adversarios» de la concepción abstracta.

mientras que la antigua jurisprudencia conceptual nos llevaría a una solución distinta. A explicar este punto van dedicados los §§ 2 al 10. Como medio de control, es recomendable una ojeada al desarrollo histórico, así como una consideración de los Derechos extranjeros, que incluiremos en los §§ 11 y 12.

b) No solamente hallamos una antítesis entre la concepción causal y la abstracta en los negocios jurídicos reales, sino también en los contratos obligacionales y en todos los negocios de disposición. Por esto surgen dos problemas paralelos, cuya relación con nuestro trabajo será explicada en la segunda parte.

c) La tercera parte tratará de los problemas particulares de la configuración causal y, como conclusión, resumirá los resultados.

PRIMERA PARTE

PROTECCION CAUSAL Y PROTECCION AL ADQUIRENTE

CAPÍTULO PRIMERO.

PRINCIPIOS BASICOS

§ 2. a) *El método.*

1. Incluso el mismo proceso mental del legislador ha sido influido por la gran polémica acerca del método, surgida en la ciencia jurídica alemana a raíz de la contraposición entre la antigua jurisprudencia conceptual y la nueva jurisprudencia teleológica, dominada por las ideas de valor y de fin (jurisprudencia de intereses) (15). De todas maneras, ambas direcciones están de acuer-

(15) Vid. acerca de la importancia de este método para la tarea legislativa del Estado nacional socialista mi trabajo *Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre*, en *Rechts und Staat, in Geschichte und Gegenwart*, número 118, 1936.

do en que la legislación debe servir en primer lugar a la vida. Pero para alcanzar este fin se presentan distintos caminos.

2. Según nuestro pensamiento, el legislador debe llevar a cabo dos tareas consecutivas: primero, la de la decisión entre diversas posibilidades o elección del contenido de la norma, y luego la de su redacción o exposición (16). Para resolver el primer problema debe contemplar la vida y la influencia en ella de las normas proyectadas, y debe representarse todos los conflictos de intereses afectados por la eventual regulación. Los intereses en cuestión deben determinarse exactamente, y , en cuanto se hallen contrapuestos, deben ser contrapesados según los ideales de valor y las aspiraciones últimas de la comunidad. Entre estos ideales han de contarse también los de una fácil aplicabilidad: los llamados «intereses de la practicabilidad» (17) Esta primera y fundamental tarea puede denominarse «examen de los intereses». Por medio de este examen obtenemos preceptos ajustados a la vida real. La investigación y comparación de los intereses vitales es la misión fundamental de las consideraciones que llamamos jurídico-políticas. La segunda tarea incluye la formación de conceptos y su formulación verbal. Sirve a la ordenación del acervo de normas, pero no a la obtención de éstas. Por ello, la claridad de los «conceptos de ordenación» no debe alcanzarse a costa de la adecuación de las normas a la vida

Para llevar a buen término ambas tareas puede contar el legislador con la ayuda de la ciencia. Esta contribuye a la primera con propuestas para obtención de las normas, y a la segunda por medio de la formación de conceptos de ordenación y de sistemas científicos (18).

3. La antigua jurisprudencia conceptual veía el fundamento de las normas en los conceptos jurídicos y en su sistema. Por esto se desfiguraron los deberes del legislador. Su tarea principal era la formación de conceptos jurídicos clara y exactamente diferenciados entre sí, y después su consecuente realización. Esta realización se llevaba a cabo mediante la traducción de los concep-

(16) *Begriffsbildung*, págs. 75 y ss.

(17) *Ibidem*, pág. 77, núm. 6, a.

(18) *Ibidem*, págs. 126 y ss., y págs. 172 y ss.

tos en normas. En ella, la fidelidad a los principios aparecía en primer plano, mientras que las consideraciones acerca de la adecuación vital de la norma formulada ocupaban un lugar secundario.

También la ciencia jurídica, conforme a los antiguos métodos, se esforzaba por conseguir esta meta de un sistema conceptual perfecto y el de la obtención de normas por construcción (método de inversión) (19).

4. Esta discrepancia metódica influyó asimismo sobre el lenguaje de las discusiones jurispólicas. Durante mucho tiempo fué usual designar el problema del que nos estamos ocupando como «la cuestión acerca de la *naturaleza* abstracta o causal del negocio jurídico-real». Pero esta forma de expresarse reposa sobre ideas jurídico-conceptuales. En una adecuada contemplación del problema, vemos que el legislador no encuentra en la realidad solamente modelos jurídicos que deba identificar, sino que, en primer lugar, debe crear él mismo el modelo del negocio jurídico real, como abstracto o como causal, según que uno u otro modelo produzcan, a su juicio, los efectos vitales más convenientes. Los problemas que debe resolver no son, en último lugar, problemas de identificación, sino problemas de creación. Por esta causa, no voy a hablar en el presente trabajo de la naturaleza abstracta o causal, sino de la contraposición entre la configuración abstracta y la causal.

5. Nuestro BGB surgió en una época en la que aún predominaba el método jurídico conceptual. Precisamente los autores del primer proyecto se hallaban bajo su influjo. De todas maneras, juzgaríamos mal nuestro Código si quisiéramos reducirlo todo él a jurisprudencia conceptual. También las necesidades vitales se han tenido en cuenta, especialmente por parte de la segunda Comisión. Pero en un gran número de cuestiones individuales debemos contar con la influencia de ideas jurídico-conceptuales. Así lo veremos de manera especialmente clara a lo largo del estudio de nuestro problema (20).

El legislador nacionalsocialista se esfuerza por conseguir un

(19) *Ibidem*, págs. 91 y ss., y págs. 163 y ss.

(20) *Vid., infra*, § 6.

Derecho que corresponda a las necesidades de nuestro pueblo. El sistema conceptual de nuestra doctrina y la volubilidad de la jurisprudencia no tienen para él un valor propio, sino que deben ser estimados solamente como un medio para la obtención de sentencias acordes con la realidad. Por esta causa debe el Estado tomar el camino seguro de la jurisprudencia de intereses, y así también en la reelaboración de la materia que constituye el tema del presente trabajo.

§ 3. b) *Conflictos de intereses y voluntad negocial.*

1. La contraposición de métodos determina los puntos de partida y la tarea de investigación. Según el método correcto, nuestro primer deber es el estudio más completo y exacto posible de aquellos conflictos de intereses en los que tenga alguna relevancia la contraposición de las concepciones abstracta y causal.

La conceptualización y planteamiento de los conflictos de intereses, habida cuenta de la complejidad de la vida real, es cosa extraordinariamente difícil en muchos problemas legislativos. Pero en nuestro tema es relativamente simple. Nuestro ordenamiento jurídico a través de sus principios sobre el enriquecimiento injusto ha expresado un criterio axiológico en el sentido de que los desplazamientos patrimoniales necesitan de un fundamento jurídico para ser reconocidos como eficaces. El precepto que surge a partir de estos principios puede ser denominado «precepto de la justificación», o bien puede ser llamado «protección causal», puesto que produce sus efectos en favor del perjudicado por la falta de causa. Las modificaciones jurídicas reales son siempre desplazamientos patrimoniales, atribuciones, enriquecimientos. Por esto debe valer también para ellas el precepto de la justificación.

2. Ambas concepciones del negocio jurídico real no se diferencian entre sí desde el punto de vista del ámbito del precepto de la justificación, pues ambas afirman su aplicación a las modificaciones jurídicas reales, y la protección causal tiene en ellas idéntico ámbito de operatividad. En lo que las dos concepciones se diferencian es en cuanto a la realización de esta protección causal. La realización más cercana y consecuente del precepto de

la justificación da como resultado la negación de las modificaciones jurídicas reales sin causa. Cuando el ordenamiento jurídico rechaza una modificación jurídica real por falta de causa, la forma más clara de expresar esta repudiación es no dejar que la modificación jurídica se produzca. En esta aplicación inmediata del precepto de la justificación se basa la concepción causal del negocio jurídico real, que impide *ab initio* las modificaciones jurídicas sin causa, al poner como presupuesto del efecto jurídico real la previa existencia de una causa justificante.

En cambio, la concepción abstracta no llega a tan radical consecuencia, sino que deja que la modificación jurídica real se produzca sin obstáculo alguno, y concede al causalmente perjudicado exclusivamente una pretensión personal, mediante la cual puede reclamar que se deshaga lo hecho. Puede la diferencia entre las dos regulaciones expresarse diciendo que la causal proporciona, faltando la causa, una protección absoluta y real, mientras que la abstracta solamente es una protección obligacional. O sea que para la primera normativa las faltas causales producen efecto automáticamente y para la segunda sólo mediante el ejercicio de la *condictio*.

3. Aclaremos esta contraposición mediante un ejemplo: A, propietario de un fundo, cree, por un legado de su causante, tener la obligación de transmitir la propiedad de este fundo a B. Se realiza la transmisión y B es inscrito en el Registro como propietario. Pero, en realidad, no había existido tal legado. El testamento en cuestión era nulo o había sido revocado. Por tanto, A ha cumplido una obligación inexistente. Según la concepción abstracta, tal como está contenida en el BGB, B ha devenido propietario, a pesar de todo. A solamente tiene una pretensión personal a la retransmisión, cuya pretensión puede ser asegurada por medio de una anotación preventiva. Pero en una concepción causal, la transmisión de la propiedad no se hubiera producido por falta de causa jurídica, A hubiera seguido siendo propietario, con derecho a la rectificación del Registro y consiguiente reinscripción, asegurando entre tanto su pretensión mediante asiento de contradicción.

La misma diferencia se produciría con bienes muebles; en

nuestro ejemplo, pensemos que el supuesto legado se refiere a un cuadro que el heredero *A* hubiera transmitido a *B*, creyendo en la autenticidad del legado. Según la concepción abstracta, *B* ha devenido propietario; según la causal, sigue siéndolo *A*.

4. La significación vital de esta diversidad de efectos no reside, naturalmente, en la diferencia conceptual de las figuras jurídicas, sino en el ámbito de la protección de intereses que mediante la adopción de una u otra se otorga. La concepción causal concede al causalmente perjudicado una protección contra terceros interesados que es negada por la concepción abstracta. La protección causal es, en la caracterización abstracta, notoriamente más débil. Esto no es reconocido por los defensores contemporáneos de la concepción abstracta, que ciertamente se han liberado del método antiguo, pero que, con todo, consideran esta primacía de los intereses de los terceros jurispolíticamente justificada, pensando que, frente a los intereses del causalmente perjudicado, los contrarios tienen mayor peso. Se trata, pues, de contrapesar de nuevo estos intereses, y tal es el objeto de nuestro trabajo. Desde el principio quiero rechazar otro punto de partida que anteriormente desempeñó un importante papel en el tratamiento de nuestro problema: concretamente, el contenido de la voluntad de las partes, que ha venido siendo utilizado tanto a favor como en contra de la concepción abstracta.

5. Desde la intervención de SAVIGNY (21) alcanzó excesivo predicamento una fundamentación de la concepción abstracta que ha influido también en el BGB (22) y que podemos designar con el nombre de fundamentación lógica o conceptual, o también como la «teoría del contrato puro de modificación». En último análisis, descansa sobre dos puntos de partida: sobre la opinión de que la voluntad de las partes es decisiva en el campo del Derecho privado (dogma de la autonomía privada), y sobre la hipótesis de que la voluntad jurídico-negocial de las partes tiene como contenido la «modificación de los derechos». Los convenios causales, por ejemplo, la compraventa, son medios de motivación y de identificación, pero no contenido de la voluntad negocial real. Par-

(21) Vid., *infra*, § 11, III. núm. 3.

(22) Vid., *infra*, § 6, núm. 3.

tiendo de esta base, la transmisión de la propiedad había de conducirse a la voluntad de modificación real subyacente en el contrato, al *animus domini transferendi*, y, por consiguiente, había que separar de modo absoluto el negocio causal del contrato real, apareciendo, el segundo así como independiente y abstracto. Según este razonamiento, podía llegarse, incluso, a considerar la naturaleza abstracta del contrato real como conceptualmente «necesaria» (23). Idéntica calificación se daba a otros negocios modificativos de derechos (negocios de disposición), incluso de naturaleza no real. Por esto, durante un tiempo, fué corriente designar todos estos negocios jurídicos con el nombre antes dado de «contratos reales» (24).

SAVIGNY creía encontrar este contrato puramente real en la tradición del Derecho romano clásico, y su opinión dominó en nuestro Derecho durante mucho tiempo. Reservemos para después el considerar si su hipótesis histórica es correcta o no (25). Por el contrario, establezcamos ya desde ahora que el legislador de la época actual no debe aceptar la fundamentación lógica del supuesto sistema romano.

6. Al contrario, debe negarse a adoptar, como punto de partida, un sistema basado en consideraciones individualistas y jurídico-conceptuales. La soberanía de la voluntad privada no es para nosotros un dogma del cual puedan ser extraídas consecuencias; lo que debe hacer el legislador en primer lugar es, precisamente, determinar el ámbito de la autonomía privada tras una consideración de todos los intereses de la colectividad, pues tal autonomía privada se reconoce al individuo, no para darle la posibilidad de producir caprichosamente modificaciones jurídicas: no es el regalo de un caleidoscopio de figuras jurídicas, sino una facultad encaminada a conseguir, mediante las modificaciones jurídicas producidas con su uso, la garantía de unos intereses que tengan justificación vital.

(23) Para la interdependencia entre la idea fundamental de la autonomía privada y la concepción abstracta, ver el valioso trabajo del barón von HIPPEL, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, 1936 (muy interesante). HIPPEL declara que el auténtico objeto de su trabajo «es hacer una aportación al conocimiento de la concepción abstracta» (págs. 2 y 3), pero investiga la autonomía privada.

(24) Vid. Exposición de Motivos del BGB, *infra*, § 6, núm. 2, b.

(25) Vid., *infra*, § 14.

Por esto, el legislador no tiene motivo alguno para permitir aquellas modificaciones que, a su juicio, carecen de causa justificante. La admisión del discutido contrato puro de modificación no es una necesidad conceptual, sino un problema de valoración legislativa.

7. Contra la concepción abstracta se hace valer, por otra parte, que, según la concepción vital corriente, el negocio causal y la modificación jurídica consiguiente a él forman una unidad (argumento de la unidad vital) (26). La concepción abstracta rompe esta unidad y vulnera la voluntad de las partes.

Este argumento de la unidad contiene, desde luego, una fundada objeción contra la justificación lógica del contrato modificativo puro. Pues aun cuando no siempre se da entre el negocio de obligación y el de transmisión esa íntima unidad negocial (27) que, por ejemplo, afirma RUMPF (28)—no la hay en el caso del pago de una deuda inexistente (29)—, no falta nunca la interdependencia teleológica. El contrato modificativo individual y puro de la teoría lógica no es, en realidad, un resultado de la observación de la vida, sino de la construcción conceptual.

Pero este argumento de la unidad se invalida ante los fundamentos jurídico-políticos de la concepción abstracta, frente a los cuales vamos a contraponerlo. Y vemos que del cuadro de fines que ha de satisfacer un negocio transmisivo resulta sólo la necesidad de una protección causal, que nadie discute, y que si bien, desde luego, es excepcionalmente fuerte en los casos en que en el negocio real se incluye el elemento creditual, tampoco falta en el otro supuesto (30). Es decir, que el tema a discutir se limita a si

(26) Vid., *infra*, § 11, III.

(27) Vid., *supra*, § 1, núm. 4.

(28) Vid., para estos casos. *infra*, § 10, núm. 2.

(29) Vid. *Grundriss des Schuldrechts*, § 55, núm. 11, y § 63, núm. 3. Una valoración consecuente del argumento de la unidad nos conduciría a preconizar la concepción causal solamente en aquellos casos en los que el negocio jurídico real sirviera para la ejecución de uno obligacional; pero para los de cumplimiento de una obligación inexistente deberíamos atenernos a la concepción abstracta. Así, por ejemplo, KOHLER, *Vertrag und Uebergabe*, en el *Archiv für Bürgerlichen Recht*, tomo 18, pág. 111, y LEHRBUCH, II, 2, pág. 11.

(30) Por esto no es necesario, para la resolución de nuestro problema legislativo, detenernos en las teorías de STAMPE acerca de los negocios básicos y de ejecución. STAMPE investiga las diferentes formas de la conexión teleológica sin entrar en la valoración jurispolítica de la concepción abstracta. Esta indepen-

la protección debe producir sus efectos obligacional o también realmente. Y ahora bien: desde el momento en que en este punto intervienen intereses de terceros sobre los cuales las partes ni quieren ni pueden disponer, queda patente que el argumento de la unidad reposa sobre una sobreestimación de la autonomía privada. Nuestro derecho de cosas no es un producto de la voluntad negocial ni de la autonomía privada: aquélla merece, desde luego, consideración, pero no es decisiva (31). Precisamente las normas más importantes del derecho de cosas muestran claramente que los deseos de las partes deben retroceder ante la intervención de los intereses de la comunidad. Todo nuestro Derecho inmobiliario registral es precisamente, no una derogación de conceptos jurídicos existentes en la conciencia de los profanos en cuanto al poder de las partes para concluir el negocio jurídico, sino una construcción artificial y técnica de garantía de ciertos intereses, no sólo dirigida a la protección de los de unas partes concretas en un determinado negocio jurídico, sino también, y muy principalmente, a la tutela de los intereses de la comunidad. Es indudable que hoy día, en círculos profanos, tiene todavía vigencia la idea de que incluso la propiedad inmobiliaria se transmite por el contrato de compraventa, y que la inscripción no es más que una formalidad ulterior complementaria. Esta concepción fué expuesta claramente por RUMPF, entre otros. Pero nadie pensará en modificar nuestro Derecho registral por esta contradicción con una opinión de profanos. La contradicción no desaparecerá, ni debe desaparecer, posponiendo todos los importantes intereses de la comunidad protegidos por el Derecho registral ante un concepto nacido entre los legos en Derecho. Por el con-

dencia ha sido reconocida también por el autor. Vid. STAMPE, «Causa» und abstrakte Geschäft f. d. ges. Hr., tomo 55, págs. 387 y ss., especialmente páginas 306 y ss.; también Das «Causa» problem des Zivilrechts, 1904, pág. 37.

(31) Con toda razón dice KRUSE, op. cit., tomo 2, pág. 1.440: «La opinión de que los contratantes puedan determinar por sí mismos la intervención de la protección real es, a mi entender, totalmente inexacta. Los contratantes pueden determinar los efectos jurídicos de su contrato entre ellos mismos, pero los efectos reales del contrato son en relación a terceros, y solamente el Ordenamiento jurídico puede determinarlos. A qué momentos deba conceder importancia la legislación debe ser objeto de una consideración autónoma y debe quedar totalmente fuera del alcance de la voluntad de los contratantes. Desde luego que entre estos momentos puede ser también tomado en consideración el acuerdo de las partes».

trario, la contraposición desaparecerá cuando el conocimiento del Derecho penetre en círculos más amplios y las ideas jurídicas de los profanos se adapten al ordenamiento vigente; el arraigo de la visión laica del fenómeno transmisivo como un todo, no es, así, argumento decisivo en nuestra cuestión, y, al contrario, el legislador obraría correctamente al distinguir los efectos obligacionales y reales, aún no separados por las partes, caso de haber suficientes intereses que recomendaran esta partición. Y como los defensores de la concepción abstracta afirman la presencia de esos suficientes intereses, vamos a examinar si es así.

8. Contemplemos, por ende, aquellos intereses que puedan justificar la concepción abstracta. Lo primero que salta a la vista es que la necesidad de protección del primer adquirente desempeña un papel bastante reducido; en parte, se llega a tener la impresión de que la «realidad» de su adquisición es considerada como una especie de efecto reflejo, como el efecto no totalmente querido de unas normas jurídicas dictadas al servicio de intereses ajenos. Estos decisivos intereses se compendian frecuentemente bajo el nombre de «intereses del tráfico»; un examen más detenido nos permite descomponer dicho conjunto en tres grupos, a saber: el interés material del tráfico, que representa la garantía de los posteriores adquirentes, y que llamaremos «interés del tráfico» a secas; el interés de la claridad y el de la prueba.

El interés del tráfico se esgrime como argumento en favor de la concepción abstracta, explicándose cómo ésta sirve muy especialmente a la facilidad y seguridad del tráfico, al asignar mejor posición material al posterior adquirente. En cuanto al *interés de la claridad*, se aduce que mediante la concepción abstracta los conceptos y las relaciones jurídicas reales se vuelven mucho más claros y más fácilmente determinables que si se exige una causa jurídica. Finalmente, *el interés de la prueba* desempeña también un importante papel en la argumentación: se recalca expresamente que la caracterización abstracta trae consigo mayor facilidad para la efectividad y la prueba de los derechos reales, y en particular que facilita el procedimiento registral

Entre estos tres órdenes de intereses existe interdependencia. También la claridad de las relaciones jurídicas y la facilidad de

la prueba facilitan el tráfico. Por esta causa, los tres pueden ser designados bajo el nombre de «intereses del tráfico». Pero para someterlos a un detenido examen es recomendable considerarlos por separado.

CAPÍTULO II

EXAMEN DE LOS INTERESES

I. EL INTERÉS DEL TRÁFICO.

§ 4. a) *La situación de los intereses en caso de una primera adquisición.*

1. Aun cuando los derechos personales del primer adquirente son pospuestos por la concepción abstracta, se alega como contrapartida que en ella la adquisición de la propiedad por aquél queda más segura, y en especial que se le facilita la ulterior prueba de su derecho. Mas si prescindimos de esta mejor posición procesal y nos limitamos al Derecho civil, ha de negarse la supuesta ventaja; civilmente, para el primer adquirente no existe diferencia entre la concepción abstracta y la causal, pues para él es indiferente si la protección causal surte sus efectos automáticamente o mediante acciones de enriquecimiento (*condictiones*).

2. En efecto, según ambas concepciones, el adquirente debe devolver lo obtenido (este precepto del BGB corresponde a la opinión popular y debe ser dado por bueno sin reservas), y este deber de restitución es lo decisivo para los intereses del adquirente: para él, personalmente, lo adquirido no está mejor asegurado por medio de la concepción abstracta que por la causal. Si la restitución se produce como consecuencia de una pretensión obligacional o real es cosa que, para él, no tiene mayor trascendencia. Este es también el caso para el perjudicado, por cuanto

las acciones que en uno u otro caso se ponen a su disposición tienen resultado equivalente (32).

Las diferencias en la realización y en el aseguramiento (por ejemplo, en el caso de transmisión de inmuebles, las que median entre la pretensión de rectificación del Registro y la de retransmisión, constatadas, la una mediante asiento de contradicción y la otra por anotación preventiva) no modifican nada el anterior juicio de valor y pueden ser pasadas por alto. Otras diferencias se darían en tema de responsabilidad si se parte de nuestro ordenamiento actual, entendiendo que ha de quedar en ello subsistente, puesto que nuestro BGB ha regulado la responsabilidad del no propietario, no por remisión al Derecho de obligaciones, sino independientemente (33). Un estudio más detenido de estas diferencias no ha sido efectuado aquí porque dicho tratamiento independiente no está justificado (34), y, por tanto, es improbable que los mencionados preceptos pasen al Derecho futuro.

3. La concepción abstracta empeora la posición de los causalmente perjudicados desde el punto de vista del Derecho penal y del procesal. Según la concepción el perjudicado estaría protegido contra posteriores enajenaciones de la cosa por parte del adquirente consciente de su alienidad mediante las penas que castigan la estafa, y se hallaría asimismo defendido contra el embargo en proceso penal, puesto que él mismo era propietario según el sentido de las correspondientes normas. En cambio, con la concepción abstracta esta protección desaparece. Y creo que tal debilitamiento no resulta exigido por ningún interés contrario digno de protección, y que tampoco corresponde a los ideales de valor de nuestro pueblo. Si, siguiendo nuestro ejemplo anterior del cuadro, *B* sabe que ha adquirido el cuadro como consecuencia de un error, y está obligado a devolverlo, pero decide venderlo a un comerciante, entonces, en mi opinión, lo que estaría de acuerdo con la conciencia de nuestro pueblo sería castigarle como estafador. Negar que entonces hay estafa es cosa que nadie llega a comprender.

(32) Vid., *infra*, § 15, núm. 7.

(33) *Grundriss des Sachenrechts*, § 67.

(34) *Ibidem*, núms. 10 y 11.

4. Una diferencia esencial existe, además, cuando, en lugar del primer adquirente intervienen sus acreedores, sea por incurrir en concurso, sea porque esos acreedores embargan la cosa adquirida.

Según la concepción causal del negocio, A hubiera seguido siendo propietario. El concurso de acreedores no le afecta. Puede extraer su cosa de la masa del concurso, si está incluida en ella, y si B la ha transmitido válidamente, puede reclamar el total del precio. Según la concepción abstracta del BGB, tanto la cosa como el precio entran en la masa del concurso. El causalmente perjudicado tiene una pretensión obligacional como acreedor concursal, limitada al enriquecimiento injusto. Debe contentarse con su parte de la masa, de manera que su posición es más desventajosa (y, según las circunstancias, muchísimo más) que en la concepción causal. El causalmente perjudicado debe retroceder ante los intereses de los acreedores de su adquirente.

Ahora bien: ¿cuál es la concepción que corresponde mejor a las necesidades y las valoraciones de nuestro pueblo? Creo que no cabe la menor duda de que la protección del causalmente perjudicado debe anteponerse a los intereses de los acreedores. Esta preferencia viene ya reconocida por el que denominábamos anteriormente «precepto de la justificación», cuya intervención consideramos determinante. Por el contrario, nuestro Derecho vigente, al exponer al ataque de los acreedores el patrimonio de su deudor, quien debe responder con todo él, faculta a aquéllos para pedir la satisfacción de sus créditos a costa del causalmente perjudicado. Ante esta regulación, la concepción causal del negocio jurídico real ofrece la mejor solución en caso de conflicto con los acreedores. Así lo reconocen todos los autores que se han planteado esta pregunta. Incluso V. TUHR ve aquí un inconveniente de la concepción abstracta que el legislador ha creído soportable, en atención a otras ventajas suyas (35).

5. Para evitar estas consecuencias en la segunda Comisión se propuso (36) conceder un derecho de separación en el concurso de acreedores a todos los legitimados para la *condictio*. La pro-

(35) TUHR, *Allg. Th.*, 3, pág. 111.

(36) *Prot.*, II, 2. págs. 271 y ss.

posición fué rechazada porque hubiera conducido a cambios demasiado intensos en el campo del Derecho concursal. Además se hizo valer contra ella que los acreedores conceden crédito, en vista de cada una de las propiedades del deudor, incluso por los bienes poseídos sin causa, de manera que su derecho de agresión contra ellos está también materialmente justificado. Este segundo argumento se opondría a cualquier derecho de separación, incluso a la separación por causa de un derecho real, y haría realidad la *reputed ownership* del Derecho inglés, mientras que el Derecho vigente reconoce el derecho de separación al titular de derechos reales. A lo largo de mi trabajo presupongo su subsistencia. Y si el derecho de separación sigue siendo generalmente reconocido se produce un tratamiento distinto de situaciones de intereses que legislativamente deben ser igualmente valorados al serle negado tal derecho al causalmente perjudicado.

De estas consideraciones resulta una indudable ventaja en favor de la concepción causal para el caso del primer adquirente. En cuanto los posteriores tuvieran una especial necesidad de protección estaría justificada una norma especial, pero no la concepción abstracta con su efecto reflejo a favor del acreedor del primer adquirente.

· § 5. b) *La situación de los intereses en caso de posteriores transmisiones.*

1. Con todo, los defensores de la concepción abstracta ponen el acento fundamentalmente en la defensa de los intereses de los sucesores jurídicos del primer adquirente y de sus acreedores.

Estos conflictos pueden surgir de formas distintas. Siguiendo nuestro ejemplo, *B* ha transmitido la finca a *C* y éste la ha transmitido a su vez. O bien, *B* ha constituido una hipoteca o una servidumbre sobre ella, o lo han hecho sus sucesores. Los acreedores de *C* o de uno de sus sucesores han inscrito el embargo de la finca. ¿Debe, en estos casos, aceptarse la concepción causal, o bien ha de prevalecer la abstracta?

2. Para poder contestar a esta pregunta debemos tomar en consideración el mundo jurídico circundante. El Derecho romano

y el común estaban dominados por el principio de la sucesión derivativa. Regía la paremia *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. La protección del adquirente de buena fe no tenía lugar alguno en el ordenamiento. Bajo el dominio de estos presupuestos jurídicos, la concepción causal del negocio jurídico real hubiera podido poner en grave peligro la seguridad del tráfico, mientras que con la concepción abstracta disminuía este riesgo. Mientras el adquirente de buena fe no estuviera protegido, cada adquirente de un derecho real tenía que examinar la adquisición derivativa de la propiedad de cada uno de sus antecesores si quería estar seguro de su adquisición; ahora bien: mientras con la caracterización abstracta podía limitar el examen a los propios negocios transmisivos, con la causal también había de investigar la causa justificante de cada uno. Esta inseguridad no existía sólo para los posteriores adquirentes de la propiedad, sino también para los acreedores hipotecarios. Por tal motivo y como destaca IHERING, corrían grave riesgo tanto el crédito fundiario como el tráfico. La concepción abstracta, la separación entre la adquisición del derecho y su causa jurídica, no daba una seguridad total, pero sí eliminaba gran parte de los peligros. En tema de adquisición derivativa, la configuración causal presentaba cierta contradicción con los ideales de la seguridad del tráfico, y justificaba una decisión a favor de los intereses correspondientes a tales ideales, garantizados por medio de la concepción abstracta. Esta valoración fué fácil en una época en la cual el fomento del crédito era considerado como un objetivo especialmente importante de los preceptos legales, sin que la fe pública del Registro fuera reconocida como el medio más adecuado. Esta época ocupa la mayor parte del siglo XIX; también las Leyes prusianas de 5 de mayo de 1872 surgieron bajo el influjo de tales consideraciones.

3. La anterior estimación es solamente válida en un Derecho que preconice como principio fundamental el de la adquisición derivativa sometida a la regla *nemo plus iuris*. En la época actual la situación de los intereses ha variado con la intervención de las normas jurídicas (§§ 892 y ss. y 932 y ss. del BGB), destinadas a proteger al adquirente de buena fe. Los indicados preceptos tutelan la seguridad del tráfico real en medida mucho mayor de

la que era posible con la mera caracterización abstracta del negocio transmisivo. Si introdujéramos la concepción causal permanecerían vigentes y seguirían constituyendo el derecho especial de la protección a terceros adquirentes, haciendo superflua la configuración abstracta.

4. Incluso TUHR ha admitido que la necesidad de la regulación abstracta viene eliminada por la intervención de las normas de protección a la buena fe. Pero insiste dicho autor en que la sustitución no es completa (37). Siempre habrá casos en los que no intervendrán esas normas, y en los que la concepción abstracta proporciona, así, una protección a los intereses que desaparece con la causal. Ello es totalmente cierto. Pero de un examen más detenido de la cuestión resulta que precisamente aquellos intereses que no quedan tutelados por los preceptos protectores de la buena fe, y si sólo por la concepción abstracta, son los que, según nuestras ideas de valor, no merecen protección alguna. Por esto, la protección adicional proporcionada por la concepción abstracta no constituye una ventaja de tal regulación, sino un especial inconveniente.

Los intereses no protegidos por una apariencia jurídica se dividen en tres grupos:

- a) Los de los adquirentes en virtud de Ley, por ejemplo, por herencia o derecho de familia.
- b) Los de los acreedores que mediante embargo o ejecución forzosa adquieren derechos reales.
- c) Los de los adquirentes de mala fe en virtud de negocio jurídico.

En los dos primeros grupos la exclusión de la protección reposa sobre la voluntad del legislador de concederla sólo a la adquisición derivativa. No debe el adquirente en tales casos obtener más de lo que tenía su transmitente (causante, deudor); y puesto que en nuestro caso el primer adquirente es pospuesto por el causalmente perjudicado, el juicio legal de valor debe beneficiar a este último, incluso contra los adquirentes no negociales. Por

(37) *Allgemeiner Teil*, 3, pág. 110; *Zeitschrift für Schweizer. Recht*, 62, página 42.

tanto, la discusión queda concretada al tercer grupo: el de los adquirentes de mala fe por negocio jurídico.

5. Este grupo sería, con todo, y en una caracterización causal de las transmisiones, más amplio que según el Derecho vigente. Así, sobre todo, en el Derecho inmobiliario. Se trata de las personas que conocen el defecto de la causa jurídica: con arreglo al BGB, tales personas adquieren como sucesores a título derivativo del primer adquirente, sin necesidad de invocar el amparo de la fe pública registral. Cuando, en nuestro anterior ejemplo, el inmueble pasa a ser propiedad de C, dicho C, aun conociendo el vicio de la causa, ha adquirido del propietario, y no necesita apoyarse en el § 892. En cambio, en una concepción causal, C no hubiera devenido propietario, y A hubiera seguido siéndolo. Pero, puesto que con la concepción causal la falta de causa excluiría la modificación jurídica real y convertiría en inexacta la inscripción, entonces habría que considerar el conocimiento que C tenía del vicio de la causa como conocimiento de la inexactitud del Registro, y, por tanto, habría que considerar como no acaecida la transmisión de acuerdo con el § 892.

Aun hoy, la diferencia entre la caracterización causal y la de BGB podría ser disminuida por la intervención de otras normas de este Cuerpo legal: en particular, haciendo valer que, si bien el Derecho vigente el conocimiento de los vicios causales no impide al adquirente obtener la propiedad, es igualmente cierto que el comportamiento de tal adquirente chocaría contra las buenas costumbres, y, por tanto, el contrato de transmisión, según la opinión correcta (aunque muy discutida), sería nulo (38).

Por lo demás, la adquisición del *consciis fraudis* se nos presentará mucho más frecuentemente como delito, caso en el cual desaparece la diferencia práctica en tanto en cuanto se contemple sólo a la persona del tercer adquirente: según la concepción causal, C tiene que restituir el inmueble por no ser propietario, y según la abstracta, debe restituirlo como prestación indemnizatoria por su comportamiento delictivo. La diferencia persiste, con todo, en las relaciones del causalmente perjudicado con los acreedores del tercer adquirente, pues la pretensión por causa de

(38) Vid., más adelante, § 10, núm. 5.

delito es una pretensión obligacional; por esto, A, en el caso, y con arreglo al Derecho vigente, no debe ceder ante el mismo tercero adquirente, pero sí ante sus acreedores, mientras que con la concepción causal mantiene su propiedad incluso frente a ellos. En nuestro ejemplo, A no resultaría perjudicado en beneficio de C, pero sí a favor de los acreedores de C. Estos intereses de los acreedores del tercer adquirente no tienen mayor razón para ser antepuestos a los del causalmente perjudicado que los de los acreedores del primer adquirente (*supra*, núm. 4).

7. En el caso de tratarse de bienes muebles, aún hay que hablar de un grupo especial de interesados: los adquirentes con *culpa lata* en el examen de la causa jurídica y sus acreedores. Según el Derecho vigente, el desconocimiento gravemente negligente de la falta de propiedad excluye la buena fe de la adquisición (§ 932, párrafo 2). Pero el desconocimiento negligente de la falta de causa en la adquisición del antecesor no es obstáculo para adquirir de éste, que es verdadero propietario. Aun cuando, siguiendo nuestro ejemplo del cuadro, el comerciante, empleando una ínfima diligencia pudiera conocer la falta de causa jurídica en la adquisición de su vendedor, según el Derecho vigente, deviene propietario de la pintura y no es criminalmente responsable. Pues, según la opinión dominante, el § 823 no es aplicable al caso de un derecho de crédito y, por tanto, tampoco a una *condictio* (39). En cambio, con la concepción causal el desconocimiento negligente del vicio de la causa supondría asimismo desconocer al verdadero propietario, de manera que nuestro comerciante no adquiriría la propiedad. Evidentemente, este resultado se rechaza rotundamente por los defensores de la concepción abstracta. TUHR (40) recalca que así cada adquirente se vería obligado a examinar los fundamentos jurídicos de la adquisición de su antecesor, lo cual resultaría una dificultad insoportable en el tráfico de bienes muebles. No estoy de acuerdo con este punto de vista, pues al reformar la eficacia impeditiva de la negligencia la ley no impondría ningún deber nuevo, sino que se referiría a preceptos que ya tienen reconocimiento en la vida real y les daría

(39) Sobre esta polémica vid. *Grundriss des Schuldrechts*, § 150.

(40) *Zeitschr. f. Schweizer. Recht*, tomo 62, pág. 68.

efectividad jurídica (41); por lo demás, en nuestro caso, la toma en consideración de la negligencia grave tiene lugar para sancionar una conducta contraria a la ética común. La solución actual del caso del ejemplo, según la cual nuestro comerciante adquiere la propiedad y queda exento del deber de indemnizar, aun cuando se haya comportado de manera claramente reproachable con arreglo a las concepciones vitales vigentes, muestra cómo la norma protectora de la ley está en contraposición con la opinión vulgar. Mientras que mediante la caracterización causal (o aun la interpretación causal del Derecho vigente) tal contraposición hubiera desaparecido y el Derecho estaría de acuerdo con las estimaciones de valor de la vida corriente.

TUHR opina que así se dificultaría el tráfico. Mas esto, en mi opinión, no es exacto: las normas jurídicas actuales seguirían existiendo, y el adquirente no estaría obligado a examinar más profundamente la adquisición de su antecesor; solamente que la violación de un deber de examen (de la titularidad antecedente) que ya existe, fundado en los imperativos del decoro, tendría una significación jurídica de la que hoy carece.

Un legislador que se esfuerce en crear normas acordes con la vida no podrá sino aprobar este resultado de la concepción causal. De todas maneras, debemos esperar para el futuro que se reconozca una responsabilidad delictual por perjuicio del crédito en casos de grave negligencia. Entonces, el grupo de que hemos tratado se limitaría a los acreedores del adquirente negligente, los cuales no merecen protección alguna.

8. Estas consideraciones ponen de relieve las ventajas de la concepción causal en todos los conflictos de intereses considerados hasta ahora. Ni aun un profano se decidirá contra dicha concepción, una vez que aquéllos se lo hayan expuesto claramente. El instrumento jurídico que realmente (y en consideración a los intereses del adquirente) sirve para proteger el tráfico, es el sistema que cumple su misión de tutela de una manera total, y que no precisa, para su mayor efectividad, de la concepción abstracta, que, lejos de mejorarlo, lo empeora.

(41) *Grundriss des Schuldrechts*, 26, núm. 3.

II. EL INTERÉS DE LA CLARIDAD.

§ 6. a) *Fundamentación jurídico-conceptual.*

1. La ventaja de la claridad y la sencillez, que se atribuye a la configuración abstracta, nos enfrenta con dos fundamentaciones: una, jurídico-conceptual, y otra jurisprudencia, según que se insista en la claridad de los conceptos abstractos o la fácil reconocibilidad de los derechos subjetivos.

La fundamentación jurídico-conceptual se encuentra abiertamente en la Exposición de Motivos del primer proyecto de BGB (42).

2. La consideración fundamental se expresa en las siguientes palabras: «A partir de la posición independiente que ocupa el Derecho de cosas dentro del sistema del Derecho privado se deduce necesariamente que la legislación debe resumir y configurar los negocios jurídicos que hacen posible el tráfico jurídico real independientemente de los negocios jurídicos de otras partes del sistema. Además, esta independencia tiene una fundamentación histórica.»

Más adelante se trata de la supuesta fundamentación histórica y se sigue (43): «Los negocios jurídicos reales, según lo antes expuesto, se hallan ordenados y regulados dentro del proyecto, de acuerdo con sus fines específicos. El fin de tales negocios puede ser el de creación, gravamen, transmisión o extinción de un derecho real. El único requisito que se puede exigir al contenido del contrato dirigido a tal fin aislado es la voluntad de los interesados encaminada a la consecución del mismo. *Los negocios jurídicos reales son necesariamente de naturaleza abstracta*» (44).

En el resumen, se repiten estos fundamentos bajo los apartados b) y e) (45):

(42) Exposición de Motivos, 3, págs. 6 y ss.

(43) Vid., *infra*, § 11, II.

(44) Los subrayados son míos

(45) Op. cit., pág. 8.

b) «El negocio jurídico real es, según su propio concepto, un negocio abstracto.»

e) «La relación del contrato real con el negocio obligacional es la misma que la que existe entre la prestación y el motivo jurídico. Surge el contrato, aunque falte o desaparezca el motivo. El perjudicado no puede sino pedir mediante la *condictio* la restitución de la prestación.»

En los preceptos concretos se hace suficiente referencia a estas consideraciones generales.

3. Las explicaciones de la Exposición de Motivos no reproducen completamente la polémica sobre la causa. Incluso la fundamentación lógica, a la que antes aludíamos ha colaborado en la aceptación del negocio abstracto, según se deduce de los mismos motivos. En ellos, la afirmación de que el negocio jurídico real es «necesariamente abstracto» no se justifica por el deseo del legislador de separarlo de la causa, sino con la alegación de la autonomía privada. El mismo fundamento muestra la extensión de la concepción abstracta a todas las disposiciones, incluso para las disposiciones sobre derechos de crédito (véase § 14) No sirve para separar el Derecho de cosas y el Derecho de obligaciones, sino que retrocede a la antigua teoría del contrato modificativo puro, basada sobre el método jurídico-conceptual.

4. Los preceptos del proyecto fueron discutidos durante el periodo de información pública. En su crítica, STROHAL (46) señala el carácter doctrinal de la fundamentación de los motivos. Pero esta crítica no alcanzó éxito alguno: la segunda Comisión se adhirió, sin especial discusión, al dictamen de la primera (47). Solamente se hace notar en las actas que «la caracterización (abstracta) se aproxima a aquellos sistemas jurídicos que se han desarrollado en gran parte de Alemania recientemente sobre la base de las necesidades prácticas. Esta concepción garantiza la posibilidad de realizar la transmisión de la propiedad de manera clara y sencilla, y por esto sirve especialmente a la seguridad del

(46) STROHAL, *Rechtsübertragung und Kausalgeschäft in Hinblick auf den Entwurf eines BGB*, en los *Iherings Jahrbücher*, 27, págs. 335 y ss.

(47) *Protocolos*, II, 3, pág. 53.

tráfico. Es decir, que el principio adoptado por el proyecto hace posible la realización rápida y sin obstáculos de las inscripciones.»

Se suscitó asimismo cierta controversia en torno al tratamiento registral del contrato transmisivo, alegando algunos que la separación entre los negocios jurídicos reales y los obligacionales no correspondía a la realidad de la vida, puesto que la opinión común concebía todo el negocio de enajenación como un proceso unitario; pero tal postura no encontró eco.

En cuanto a los bienes muebles, la Comisión se contentó con afirmar que el proyecto respondía al Derecho vigente (48).

5. Ya he calificado antes a la fundamentación del proyecto como una solución jurídico-conceptual. Puede valer como ejemplo clásico del método antiguo. El ideal que se intenta alcanzar es conceptual: a saber, la separación precisa entre los conceptos jurídicos *obligación* y *derecho real*. Para ello, en primer lugar, se procede a la formulación de este ideal sistemático, y luego se extraen de la fórmula alcanzada las oportunas conclusiones, y en particular la de la separación de los negocios obligacionales y reales. La concepción abstracta del negocio real es una conclusión sacada de su concepto.

Por eso resulta este ejemplo tan característico es decir, porque su única fundamentación es la jurídico-conceptual. No se piensa para nada en las necesidades vitales, ni se toman en consideración los efectos favorables o desfavorables de las normas en la vida de la comunidad. Al legislador le basta con que sus productos reflejen una tajante separación de conceptos: su ideal es la norma acorde con el concepto, y no la norma acorde con la vida.

6. Una mirada retrospectiva sobre la historia de su gestación da como resultado que nuestro Derecho vigente en tema de transmisión de los derechos sobre las cosas descansa sobre fundamentos jurídicos-conceptuales. En la segunda Comisión se hicieron valer razones de orden práctico, pero la fundamentación de la Exposición de Motivos no sufrió variación alguna. De ahí que se mantuviera la concepción abstracta para todos los negocios dispo-

(48) *Ibidem*, II, 3, pág. 195.

sitivos, aunque para este amplio ámbito no se hizo ni se puede hacer valer otra fundamentación que la jurídico-conceptual (49).

§ 7. b) *La fundamentación jurispolítica.*

1. En la doctrina moderna no se repite la fundamentación jurídica conceptual de la Exposición de Motivos. Los modernos defensores de la solución abstracta se apoyan principalmente en los puntos de vista jurispolíticos de la seguridad del tráfico anteriormente expuestos. Además, a la concepción abstracta se le atribuye la ventaja de más claridad y mayor sencillez. Pero ya no se piensa en conceptos sistemáticos, sino en las creaciones jurídicas concretas: en las particulares relaciones jurídicas. Mediante la concepción abstracta los derechos reales se convierten en hechos jurídicos dotados de la máxima certidumbre. La importancia de esta certidumbre fué reconocida por nuestro BGB hasta el punto de llegarse en él a la exclusión de la propiedad condicional de inmuebles.

2. A este argumento no se le puede negar validez metódica. Nuestra comunidad tiene gran interés en que las Leyes dictadas por ella sean aplicadas fácil y correctamente, y en que las figuras jurídicas que surjan sean fácilmente reconocibles para el Juez y para las partes (50). En ciertas circunstancias, este interés puede sobrepasar al de la total adecuación de la norma a la justicia del caso individual, como lo demuestran las zonas de *ius strictum* existentes en cualquier ordenamiento. Si verdaderamente produjera la concepción abstracta unas relaciones jurídicas más claras que la causal ello constituiría una ventaja que podría ser contrapeso de los inconvenientes ya explicados (51). Pero de un examen más detenido creo que resulta que esta ventaja es insegura y que, si alguna vez se da, se da solamente en un ámbito muy reducido.

(49) Vid., *infra*, § 14, pág. 59.

(50) THUR, *Ziv. Arch.*, 120. pág. 4; HEDEMANN, *Sachenrecht*, pág. 35 y otras.

(51) Vid. *Begriffsbildung*, págs. 41 y 77 y ss.; *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, en *Ziv. Arch.*, 118, págs. 180 y ss.

3. Hay que reconocer que, según nuestra propuesta de reforma, el Registro sería inexacto en algunos casos en que hoy es exacto. Pero esa desventaja resultará inofensiva, merced a la protección de la fe pública. Piénsese que tampoco en el Derecho vigente se considera a la inexactitud en el Registro como un accidente que debe ser impedido a toda costa, y que tiene su origen en un error, sino como un estado totalmente normal, que no debe ser evitado, por ejemplo, en el tráfico hipotecario, y que está previsto por el legislador para el caso en que la exactitud del Registro puede dañar derechos dignos de protección (52). Por lo demás, incluso la inexactitud debida a la configuración causal del acto adquisitivo debería tener el mismo tratamiento que las otras inexactitudes. Así, en primer lugar, frente al primer adquirente: desde luego, las pretensiones por causa de enriquecimiento injusto podrían conducir, al ampliarse el campo de la inexactitud registral, a polémicas complicadas, y no debemos prescindir de cómo puede aumentar la dificultad o la frecuencia de estas discusiones por el hecho de que la *condictio*, según nuestra propuesta, produce sus efectos real y no sólo obligacionalmente. En cambio, en relación a terceros, opera la protección al adquirente de buena fe, que, por tanto, no resulta perjudicado por la concepción causal. Sin duda, al ampliarse el número de adquirentes a quienes puede reclamar la restitución el causalmente perjudicado, surge la posibilidad de litigios que no existían hasta ahora; pero esto es inevitable: toda nueva protección a intereses dignos de ella, y hasta ahora no tutelados, hace posibles cuestiones litigiosas no suscitadas hasta entonces. El legislador del Estado nacionalsocialista no va a asustarse ante este panorama. Para él, la justicia está por encima de la seguridad jurídica (y, en este caso, de la conveniencia de evitar litigios), sin que, por otra parte, resulte claro por qué la posibilidad de litigios es mayor en nuestro supuesto que en otros.

4. Contra la concepción causal podría aducirse, finalmente,

(52) THUR, en *Ziv. Arch.*, pág. 4: «La Ley quería facilitar la tarea del Registro, quitándole el examen del contrato causal, y a la vez reducir la propiedad inmobiliaria a un hecho jurídico lo más indudable posible. motivos que deben reconocerse importantes desde el punto de vista práctico; si bien es discutible si estos fines no deben ser pospuestos a otros, como, por ejemplo, el respeto a los sentimientos morales».

la prohibición de oponer condiciones al acto transmisivo de inmuebles. Nuestro Derecho quiere evitar por este medio la inseguridad objetiva de la propiedad fundiaria, es decir, el estado de incertidumbre que se da cuando pende una condición. Ahora bien —se dirá—: si se admite la producción de un efecto real, incluso en los supuestos de desaparición de la causa, como en mi opinión ha de admitirse (53), entonces la concepción causal nos conduciría en determinadas circunstancias al estado de inseguridad que hemos rechazado. Pero las desventajas de ese estado de inseguridad no deben sobrestimarse; es más, para los adquirentes de buena fe ni siquiera han de tomarse en consideración. Por lo demás, incluso según el Derecho vigente, el ideal de la certidumbre cede cuando se le contraponen intereses justificados; por ejemplo, cuando el acto transmisivo es impugnabile por vicios de la voluntad. Lo mismo sucede, pero en favor de todos, cuando los intereses son hechos visibles por la práctica de una anotación preventiva.

El aumento, pues, de la inseguridad es solamente un pequeño inconveniente, el cual, en mi opinión, está sobradamente superado por la necesidad de protección de los causalmente perjudicados. Para los bienes muebles, la anterior objeción carece de vigencia, dada la admisibilidad general de la condición.

III. EL INTERÉS DE LA PRUEBA.

§ 8. a) *La prueba jurídica.*

1. Al hablar de nuestro problema legislativo hemos visto que se señala como ventaja de la concepción abstracta el facilitar la prueba de los derechos reales y especialmente el procedimiento registral (54). Pues bien: al contrario, hemos de afirmar abiertamente

(53) *Grundriss des Sachenrechts*, § 42, núm. 1, notas de la página 167.

(54) La acentuación de las ventajas de la prueba reposa reiteradamente sobre el hecho de que contrato real y contrato obligacional se fundamentan y tratan como una institución unitaria (vid., más adelante, § 13). Pero también encontramos esta acentuación cuando solamente tratamos del negocio jurídico real. En el fundamental trabajo de KRIEGSMANN, por ejemplo, al tratar de las

que el problema de la carga de la alegación y de la prueba es un problema autónomo que no depende de la fuerza de la protección causal material, por lo cual debe ser excluido al juzgar acerca de la cuestión. Y tal autonomía existe tanto en los casos generales de aplicación, en los que quien pretende la propiedad se basa en su adquisición, como también en el procedimiento ante el Registro.

2. Afirmar que la concepción abstracta facilita la prueba del derecho real, al liberar al supuesto titular de la prueba de la causa, presupone, en primer lugar, que corrientemente la prueba del derecho se realice por referencia a la adquisición, y en segundo, que el probante debe afirmar y probar todos los presupuestos materiales de la misma, incluso los negativos. Pero ninguno de estos presupuestos se da en la realidad.

3. La prueba del derecho mediante la de la adquisición (y, por consiguiente, la de los hechos adquisitivos) desempeñaba un importante papel en la época del Derecho común, y precisamente del procedimiento probatorio formulario (*probatio diabolica*). Pero en nuestro Derecho actual la necesidad de tal procedimiento probatorio ha quedado sustituida en su mayor parte por las presunciones de titularidad a partir de la posesión o la inscripción y por la protección a la adquisición de buena fe (55). Las presunciones se establecen, respectivamente, para los bienes inmuebles y los muebles en los §§ 891 y 1.006, y en cuanto intervienen la diferencia entre la concepción abstracta y la causal desaparece prácticamente, salvo, tratándose de bienes muebles, en los escasos supuestos en que la propiedad es adquirida por un no poseedor.

4. En segundo lugar, y según el Derecho vigente, no existe precepto alguno que diga que quien alega una adquisición deba afirmar y probar todos los elementos del hecho adquisitivo, in-

«consecuencias del principio abstracto», se habla en primer lugar de la significación de la causa para la prueba de la transmisión de la propiedad; cfr. páginas 69 y ss.; vid. también 114 y ss. TURN, en un lugar, destaca como causa principal de la abstracción la voluntad de la Ley de facilitar la tarea del Registrador, ahorrándole el examen de las relaciones causales (*Ziv. Arch.*, 120, página 4). BREYHAN dice (op. cit., pág. 26) que «ante todo es indudable que el principio de la abstracción ha protegido de manera especialmente eficaz el Derecho inmobiliario, a lo largo de los decenios en que ha estado vigente, antes y después de 1900». También los restantes defensores de la concepción abstracta recalcan casi sin excepción la ventaja de la prueba.

(55) Vid. también KRIEGSMANN, págs. 115 y ss.

cluso los negativos, ni sería propio de nuestros tiempos un precepto de esta clase. A pesar de la discutida y necesitada formulación correcta en que se halla la teoría de la carga de la prueba, es indudable que el diferente tratamiento procesal de los hechos fundamentales e impeditivos se basa en un cálculo humano de probabilidades que a su vez resulta de experiencias vitales. Distinguimos, así, de una parte, los hechos que deben existir previamente para dar verosimilitud a una adquisición, a los que se limita la carga de la prueba del adquirente. De otra, a tales hechos fundamentadores se oponen los «obstativos», que deben ser alegados y probados por la parte contraria: por ejemplo, es generalmente admitido que la capacidad negocial del disponente es un presupuesto material para la validez del negocio dispositivo, pero no es el adquirente quien debe demostrar la capacidad negocial del *auctor*, sino que éste debe alegar y probar su falta de capacidad negocial. Se funda tal regla en que la capacidad negocial es lo predominante en la vida, lo más corriente, y no su falta, que es la excepción.

5. En una caracterización causal del negocio transmisivo, la causa del negocio debe tener, todavía con mayor razón, el mismo tratamiento que la capacidad. Cuando alguien declara estar conforme con una pérdida o disminución de su derecho real, entonces, en la mayoría de los casos y según la experiencia, suele existir una causa justificante. La declaración de voluntad produce una presunción de hecho en provecho del adquirente de la existencia de tal causa.

Por lo demás, según el criterio de la gente corriente, no es injusto imponer al declarante la carga de manifestar el vicio de la causa. En definitiva, la diferencia entre la configuración causal y la abstracta no es grande. Según el Derecho vigente, el enajenante que quiere recuperar la cosa o cantidad con los que el *accipiens* se ha enriquecido injustamente debe probar el vicio de la causa, precisamente—al parecer—porque ésta no forma parte de los presupuestos de la adquisición de la propiedad. Y con la concepción causal debería hacer exactamente lo mismo, si bien no ya porque la causa no forme parte integrante del *iter* transmisivo, sino porque, aun formándolas, le atribuiría la carga de la prueba.

6. De todas maneras, la situación de verosimilitud estimada por la Ley puede ser modificada por la voluntad de las partes. Las partes pueden acordar que la modificación jurídica dependa de supuestos cuya existencia deba probar el adquirente. Esto es igualmente posible en ambas concepciones. Un ejemplo en relación con la concepción abstracta lo proporciona la hipoteca de seguridad del Derecho vigente. •

7. De lo dicho resulta que la carga de la prueba no depende de la opción entre las concepciones abstracta y causal. Prescindiendo de los casos en que tal carga se distribuya por contrato, recae en aquel que invoca la falta de causa. Una ordenación legal específica es superflua, y nadie la desea. Con todo, la forma de expresarse la Ley relativamente a la prueba puede adaptarse a lo que normalmente acaece, presentando, no la existencia de la causa como presupuesto positivo, sino su falta como hecho impositivo, como hace el art. 974 del Código civil suizo (56).

§ 9. b) *Los presupuestos de la inscripción.*

1. También el de los presupuestos de la inscripción en el Registro es un problema independiente, relacionado, muy incorrectamente, con la norma jurídica material que impone la concepción abstracta (57). La usualidad y frecuencia con que esta relación se da como existente por la doctrina ha de reconducirse, en mi opinión, en último término, a la inclinación de la jurisprudencia conceptual a reducir todas las normas a principios generales, en vez de examinar si cumplen realmente el fin práctico propuesto con ellas. En realidad, dicha relación no existe: al contrario, hay que separar tajantemente los presupuestos de la inscripción de los de la eficacia jurídico-material.

Esto aparece ya en el Derecho vigente desde otro punto de

(56) Vid., *infra*, § 15, núms 2 y 6.

(57) Vid., *supra*, § 7, nota 3. La segunda comisión, consideró que esta mayor facilidad del tráfico registral era el fin principal de la concepción abstracta: cfr., *supra*, § 6. «Concretamente—dice la comisión—facilita este principio, tomado del proyecto, una realización sencilla y rápida de las inscripciones». Ya veremos que esta posibilidad puede darla asimismo la concepción causal en la misma medida, y que ha sido hecha realidad por otros Derechos.

vista. El negocio jurídico real es, materialmente, y según el § 873, un acuerdo, un negocio bilateral. Pero para la puesta en marcha del procedimiento registral basta, en principio, y salvo el caso de la transmisión de la propiedad, la declaración unilateral del perjudicado (asentimiento; véase § 11, GBO); los presupuestos materiales y los presupuestos de la inscripción son, por tanto, esencialmente distintos.

Y esta independencia se da también en nuestro problema: de la concepción abstracta no se sigue que deba probarse ante la oficina del Registro sólo el negocio jurídico real. Así, nuestro ordenamiento registral permite al Derecho de los países alemanes exigir más requisitos (58). Por otra parte, con la concepción causal sería perfectamente posible y también necesario limitar la exigencia de datos y elementos, por parte del Registro, a una parte de los materialmente precisos para que se produzca la modificación real.

2. El examen de los intereses da como resultado que, de hecho, en el punto de los presupuestos de la inscripción son otros los conflictos de intereses que entran en juego, esencialmente distintos de los ya tratados. En la estructuración de un ordenamiento registral se oponen dos ideales legislativos, a saber: el de la exactitud material y el de la sencillez y rapidez del procedimiento (59).

En la realización del segundo ideal, otros dos grupos de intereses deben tenerse en cuenta: de una parte, los de los partícipes en el proceso transmisivo, incluido el disponente, en la pronta y cómoda satisfacción de sus deseos: cuanto más detenidamente deba examinar el registrador los presupuestos materiales, tanto más lenta y parsimoniosamente se configura el tráfico jurídico-negocial. Y, de otra parte, los intereses del Estado, apuntando en la misma dirección por motivos de simplicidad y baratura de la organización administrativa. El examen de los presupuestos procesales proporciona un trabajo intenso a los funcionarios del Registro, y, consecuentemente, exige un personal numeroso y bien formado.

(58) GBO, § 98.

(59) Vid. mi obra *Grundriss des Sachenrechts*, págs. 148 y ss.

3. La decisión entre ambos ideales puede tener resultados distintos para los diversos supuestos de hecho, transmisiones de propiedad y otras modificaciones jurídicas reales. Entre el sistema del registro de prioridad (Derecho francés) y el principio de legalidad material (Código prusiano), son posibles diferentes estadios intermedios, tal y como lo prueba la minuciosa regulación de nuestro Derecho vigente. Por esto, la decisión *de lege ferenda* puede ser determinada por consideraciones de índole muy distinta. El Derecho comparado muestra que la concepción causal es compatible con una fuerte limitación de la actividad administrativa. El nuevo Derecho registral danés se aferra a la configuración causal de la transmisión de la propiedad, pero para la inscripción se contenta con la intabulación por solicitud unilateral del perjudicado, sin otro examen posterior. KRUSE (60) recomienda este procedimiento por el ahorro de gastos que supone para el erario público, y trata de demostrar por medios estadísticos que este ahorro es muy importante en relación con nuestra actual organización.

4. Una toma de posición respecto a estas proposiciones, y, sobre todo, un examen del Derecho registral, excedería del ámbito de este trabajo. Además, la discusión es superflua puesto que no existe una relación fija de las concepciones abstracta y causal con determinado tipo de organización registral: cada solución es compatible con cualquier organización de la dinámica registral. Incluso con la concepción causal pueden ser reducidos al mínimo los presupuestos de la inscripción. La eventual necesidad de simplificación no nos ofrece, pues, el más mínimo motivo para adoptar la configuración abstracta en el *iter* material de la transmisión. Por lo demás, el Derecho registral vigente entre nosotros puede persistir, incluso, con la introducción de la concepción causal. Ningún argumento basta, en esta línea, para justificar la configuración abstracta. Los intereses del tráfico eventualmente aducidos no son dignos de protección. Los intereses jurispolíticos de la claridad no son suficientes. Y los intereses de la prueba no participan en la cuestión. Estas conclusiones nos parecen decisivas, puesto que la consideración de los conflictos de intereses

(60) De todas maneras, por motivos distintos.

ha sido exhaustiva. No existen otras diferencias entre los efectos de la concepción causal y abstracta. Esto, ciertamente, ha sido discutido. Pero incluso la intervención de los casos discutidos no modificaría en absoluto los resultados finales.

APÉNDICE.

§ 10. *Casos discutidos de aplicación de la concepción abstracta.*

1. El alcance de la concepción abstracta ha sido discutido, como hemos dicho antes, para determinados supuestos de hecho. De la discusión sacan algunos autores consecuencias que son rechazadas por otros y que, en mi opinión, no son exactas. Quiero tratar de las tres materias de controversia más importantes para demostrar que aquellas consecuencias no servirían como argumento en favor de la concepción abstracta, sino en contra suya.

2. Los más importantes en el aspecto práctico son los casos de unidad negocial. La aparición de la causa y la conclusión del negocio real pueden considerarse como acontecimientos vitales temporal y realmente separados, como hemos establecido en nuestros dos ejemplos (de pago de una deuda inexistente). El negocio causal obligacional y el negocio real de ejecución pueden también, empero, concluirse al mismo tiempo, de manera que exista una unidad de decisión. Esta unidad puede darse más fácilmente en procesos relativos a bienes muebles. *A* entrega a *B* billetes de Banco en concepto de préstamo; *B* toma los billetes declarando que no los toma como préstamo, sino como donación. En este caso, aplicando la concepción abstracta, tenemos que aceptar la efectividad del negocio jurídico real, y por ende, la existencia de una transmisión de la propiedad, a pesar de la nulidad del negocio jurídico causal (caso claro de disenso). ¿Se ha transformado *B* en propietario por este procedimiento, y está facultado, por tanto, para disponer de los billetes de Banco sin cometer una estafa? No creo que ningún profano respondiera a esta pregunta en sentido afirmativo. Todos dirían que existía una

oferta única que sólo podía ser aceptada o rechazada como tal unidad. Más frecuentes que los casos de disenso claro son los de disenso oculto: es decir, la existencia de un malentendido. *B* cree que *A* quiere efectuar una donación y le da las gracias a *A*. En este momento se produce el malentendido. En casos como éste, ¿ha devenido *B* propietario? El profano pensará lo mismo que en el primer caso.

Supuestos análogos pueden surgir también en materia de propiedad inmobiliaria. En las regiones en que el ordenamiento registral exige la presentación de un documento acreditativo del negocio jurídico obligacional es corriente documentar la compraventa y la transmisión en el mismo instrumento como negocio unitario (61). El vendedor, en estos casos, se asombraría mucho al oír que el negocio jurídico era nulo, pero que, a pesar de todo, se ha producido una transmisión de la propiedad.

Estas consideraciones muestran cómo, en los casos de unidad de decisión, la reacción del sentido jurídico contra la concepción abstracta, y, por tanto, la necesidad de una protección causal total, son muy fuertes. Esta es comprensible. La concepción abstracta deja que se produzcan una parte de los efectos jurídicos esperados, mientras que la otra parte queda excluida: separación que debe considerarse sumamente inadecuada ante una unidad que está afinada en la conciencia jurídica común.

3. A pesar de lo claro del pensamiento de los profanos acerca de este problema, las opiniones doctrinales y jurisprudenciales difieren. Según la opinión más reciente, pero actualmente predominante, al menos en materia de bienes muebles, puede considerarse que en caso de unidad de negocios la nulidad del negocio causal acarrea también la supresión de la eficacia jurídica real (62). Esta opinión se basa predominantemente en el § 139 del BGB, que, en general, establece que todo el negocio es nulo

(61) Según la opinión notarial, la simultaneidad está prevista (Ordenanza de 11 de febrero de 1938) y es forma negocial dominante.

(62) RGK al § 125, 1, c; al § 139, 2, apartado 3; al § 299, 1; distintamente al 873; 7, b; PLANCK, I (FAD), al § 139, 12; III (STRECKER), al 873, nota 5. b, y al 929, 3, b; STAUDINGER, I (RIEZLER), prenot, al § 104, V; § 2, g; y III (KOBBER), al § 873. B, VII, y al 929, IV, 3, c; OERTMANN, al § 139, 2, b, g, y d; TUHR, II, 2, pág. 106 (excepto para el acto real), *Zeitschrift für Schweizer. Recht*, tomo 62, págs. 71 y ss; ENNECERUS-NIPPERDEY, § 139, I, 5, b; § 189, IV, 1, nota 17; HECK, *Grundriss des Sachenrechts*, § 30, núm. 8, pág. 121.

cuando lo es una parte de él, y que no hay que aceptar la validez parcial de la porción no viciada. Y puesto que en nuestro caso no hay razón para hacer excepciones, podemos admitir que el § 139 es aplicable a él, tanto en su texto literal como según su *ratio legis*. El § 139, que permite mantener la unidad de efectos en los casos de unidad de decisión, resulta, por lo demás, acorde con la vida, tal como nos lo muestra la observación. La voluntad negocial no es decisiva, pero, sin embargo, es un elemento digno de tenerse en cuenta. Por esto, la nueva corriente conduce a resultados convenientes al presuponerse respecto a los bienes muebles que la validez del negocio causal ha sido elevada a condición de la del negocio jurídico real.

Esta tesis, sin embargo, dista mucho de ser universalmente reconocida. En un principio, prevaleció la opinión de que aun en dichos casos el negocio transmisivo tenía eficacia real. Incluso para los supuestos de disenso claro se propugnó la efectiva transmisión de la propiedad (63), si bien esta teoría apenas tiene partidarios hoy día. Pero en los otros casos se sigue afirmando la transmisión de la propiedad como consecuencia de la concepción abstracta, quedando al transmitente la mera posibilidad de ejercitar la *condictio*. Recientemente ha defendido BREYHAN (64), con detenidas consideraciones, la validez del negocio jurídico real falto de causa, incluso cuando hay unidad negocial; para este autor, la aplicación del § 139 y la aceptación de una condición tácita (validez del negocio real sólo si vale el obligacional) arrebató a la concepción abstracta la mayor parte de su zona de aplicación, lo cual no puede corresponder a la voluntad del legislador. Según él, así, se ha de admitir que hay excepciones al § 139 y a la permisibilidad de la condición, y, en definitiva, que la concepción abstracta impide, como *lex specialis*, la aplicación del citado precepto. Además, no cabe distinguir los casos de unidad y de separación negocial.

En contra de BREYHAN, creo yo que debo mantener mi postura a favor de la limitación de efectos de la configuración abstracta.

(63) Así, por ejemplo, EXNER, *Rechtserwerb durch Tradition*, pág. 77; HOFFMANN, *Die Lehre vom «titulus» und «modus acquirendi»*, pág. 92, núm. 79. Compárese con STROHAL, *Iherings Lehrbücher*, 27, págs. 343 y ss.

(64) BREYHAN, *Abstrakte Uebereignung und Parteiwille in der Rechtsprechung*, en *Göttinger Abhandlungen*, 9.

Desde un punto de vista metodológico, la contradicción se plantea entre una norma realmente justificada e inmediatamente aplicable (§ 139), y la idea básica de un precepto que no está realmente justificado; frente a esta antinomia, el Juez debe decidirse por aquella norma.

4. En todo caso, para las tareas legislativas es indiferente y puede dejarse de lado la cuestión de si el Derecho vigente acepta uno u otro tratamiento de la cuestión. Y en ese terreno es seguro, en mi opinión, que el mantenimiento de la eficacia real del negocio transmisivo, a pesar de la falta de negocio causal básico, se considera, en los supuestos de unidad negocial, como especialmente opuesto a la realidad de la vida. Esta afirmación, según me parece, es absolutamente incontestada (65). Los contrarios a la tesis aquí defendida se creen obligados, por fidelidad a la Ley, a reconocer la efectividad abstracta del convenio de transferencia, pero no desconocen su injusticia. Por eso, esta inferencia, si fuera concluyente, nos proporcionaría un argumento especialmente importante contra la concepción abstracta. Sin embargo, no lo proporciona porque no es concluyente. Pero de ninguna manera pueden estos supuestos ser tomados en consideración, *de lege ferenda*, a favor de la concepción abstracta.

5. Una segunda y famosa polémica surge acerca de la aplicación del § 138: ¿Pueden ser nulos los negocios jurídicos reales porque el negocio vaya contra las buenas costumbres? (66). *A* vende y entrega a *B* ametralladoras, con el fin, conocido por ambas partes, de cometer delito de alta traición. El negocio de compraventa es, desde luego, nulo. ¿Ha sido transmitida, sin embargo, la propiedad? ¿Mantiene nuestro Derecho *erga omnes* el precepto por el cual *B* es protegido en su derecho de disposición sobre las ametralladoras, por ejemplo, contra los acreedores de *A*? ¿O debemos concluir que nuestro Derecho niega toda clase de protección a este tipo de adquirente, y, por tanto, niega la eficacia real del contrato dispositivo? La posición de los profanos está

(65) TUHR, por ejemplo, ve en el tratamiento especial de la unidad negocial un retroceso de la concepción abstracta a una medida razonable: *Zeitschrift für Schweizer, Recht*, 62, pág. 71.

(66) Vid., acerca de esta polémica, *Grundriss des Sachenrechts*, § 30, 9, página 122 y las indicaciones ulteriores.

clara: todos negarán que este negocio sea digno de protección. Mas las opiniones doctrinales están divididas y el Tribunal Supremo se inclina a afirmar la eficacia real. De nuevo insisto en que podemos dejar de lado la decisión según el Derecho vigente; por mi parte, considero seguro que el legislador nacionalsocialista no puede abrigar ninguna duda al respecto, y que nada le obliga a proteger al adquirente contra las buenas costumbres. La adquisición, en este caso, no solamente pospondría los intereses personales del vendedor, sino los intereses de la comunidad, que el Estado debe proteger ante todo, y, por tanto, ha de anteponer a los otros. Tampoco sirve aquí, por lo demás, la nunca olvidada invocación de los intereses del tráfico. El Estado no debe fomentar el tráfico contrario a las buenas costumbres, sino combatirlo. La inaplicabilidad de la exigencia de conformidad con las buenas costumbres para los negocios jurídicos reales no es, en mi opinión, una consecuencia ineludible de la concepción abstracta. Y si lo fuera nos proporcionaría un decisivo argumento contra esta concepción.

6. La *praxis* del Tribunal Supremo en tema de casas de tolerancia ha dado pie a ataques especialmente fuertes contra la concepción abstracta (67). Pero estos resultados, como ya he dicho en otra ocasión (68), no descansan ni sobre la concepción abstracta ni sobre la desconexión del § 138, con el negocio real, de la cual acabo de tratar, sino sobre la extensión del párrafo 2.º del § 817 a los casos del primero (69). Debemos esperar que la próxima reforma impedirá esta extensión, y con ello eliminará sus resultados. Mas para ello la concepción causal no proporcionaría suficiente ayuda, de manera que estos problemas se apartan de nuestra cuestión.

7. Una mirada retrospectiva a los ámbitos de aplicación de que acabamos de tratar nos convence de que las reglas en cues-

(67) Vid. RUMPF, en *Ziv. Arch.*, 117, págs. 319 y ss.; en contra, TUHR, loc. cit., 120, págs. 1 y ss.

(68) HECK, *Die Ausdehnung des § 817 auf alle Bereicherungsansprüche*, en *Ziv. Arch.*, 124, págs. 1 y ss. Referente a la hipoteca de casas de tolerancia, vid. también *Grundriss des Schuldrechts*, § 144, IV, y *Grundriss des Sachenrechts*, § 82, IV.

(69) El comentario al BGB de los Magistrados del Tribunal Supremo en su 8.ª edición ha adoptado postura idéntica a la mía. Pero el Tribunal Supremo se ha aferrado a su antigua *praxis*, vid. tomo 151, págs. 70-74.

tión que no surgen necesariamente de la concepción abstracta, pero que se deducen de ella, en su mayor parte son contrarias a la realidad vital. La concepción causal eliminaría toda tentación de extraer esa clase de conclusiones, lo cual sería un recomendable efecto secundario de la reforma propuesta.

CAPÍTULO III

EL CONTROL DE LA EXPERIENCIA

§ 11. a) *El Derecho del pasado.*

I. El resultado de nuestro examen de los intereses en juego debe ser contrastado con una mirada al Derecho del pasado, en el cual se han sedimentado experiencias de largos años. Esta mirada retrospectiva es tanto más recomendable si consideramos que en la formación del BGB han tenido gran influencia las concepciones del Derecho romano y de los Derechos germánicos, dominantes en la época de su redacción (70).

II. Las ideas de aquella época pueden resumirse como sigue: se aceptaba que el Derecho romano solamente había conocido la concepción abstracta. Esta concepción no sólo había tenido vigencia en los antiguos actos formales de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, sino también para la tradición. Era suficiente, por tanto, el acuerdo de las partes acerca de la transmisión de la propiedad: el negocio causal solamente servía como medio de prueba de este acuerdo de voluntades. Es preciso llegar a las doctrinas del Derecho común de la recepción y la época siguiente para que, como consecuencia de una serie de malentendidos, se llegue a formular y aceptar la caracterización causal del negocio transmisivo, es decir, a la exigencia de una *iusta causa traditionis* en el sentido de una causa justificante. Este malentendido pasó lue-

(70) Exposición de Motivos, 3, pág. 6. Vid., *supra*, § 6.

go a las Leyes alemanas, así como a las grandes codificaciones de la primera parte del siglo XIX. La escuela jurídica histórica cooperó a que se reconociera a la concepción abstracta como la del Derecho romano, concepción que, así, se introduce en ulteriores leyes del siglo XIX, y especialmente en la Ley prusiana de adquisición de la propiedad de 15 de mayo de 1872. Tras esta evolución, la concepción causal de las Leyes germánicas antiguas viene a ser atribuida a la influencia decisiva de un error histórico.

Este cuadro debe ser rectificado en dos direcciones:

III. En primer lugar, la opinión de que la tradición del Derecho romano clásico estaba configurada abstractamente no es hoy, ni segura ni aun probable.

1. El Derecho romano había reconocido mediante el establecimiento de las *condictiones* la necesidad de una causa justificante para la conservación de una atribución. Este juicio de valor hubiera podido conducir consecuentemente a configuración causal de la modificación real (71). El impedimento del acto formal, existente en la *mancipatio* y en la *in iure cessio*, faltaba en la informal *traditio*. Mas ¿sacaron los romanos esta consecuencia? Esto es posible, pero no evidente. Pueden haberse contentado con la protección causal obligacional acordada en aquella época al acto formal. Incluso el tratamiento de los distintos supuestos de hecho puede haber sido diferente.

Dos pasajes de sentido muy general contenidos en las fuentes parecen contestar afirmativamente a nuestra pregunta (72). En ambos se exige, además de la *traditio*, la preexistencia de una *iusta causa*. El sentido del calificativo *iusta* tal vez supusiera la necesidad de una «causa justificante». Sin embargo, carecemos de decisiones indudables en casos concretos. Y el gran ámbito de aplicación de las *condictiones* parece proporcionar un argumento al punto de vista contrario.

En la antigua ciencia del Derecho común tuvo preponderancia, hasta la intervención de la escuela histórica, la tesis de que

(71) Vid., *supra*, § 3.

(72) PAULO, 41, cfr. 31: *nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit*, y en los *fragmenta* de ULPIANO, 19-7: *traditio propria est alienatio rerum nec Mancipi; harum rerum ipsa traditione adprehendimus scilicet si ex iusta causa traditae sint nobis*.

la tradición suponía una causa equitativa. Esta opinión, aun discutida, era la predominante. La generalización de este punto de vista condujo a la teoría, temporalmente vigente, de la dualidad de *titulus* y *modus acquirendi*. Tal teoría era, desde luego, una adición independiente y no una consecuencia necesaria de la teoría de la tradición causal (73).

Desde SAVIGNY (74), la teoría de la tradición causal fué sustituida por la teoría del contrato real abstracto. SAVIGNY (75) llegó a su tesis, no solamente a través de la consideración de las fuentes, sino a través de la suficiencia teórica del contrato puro para llegar a la transmisión; contrato cuya posibilidad y realidad se desprenden, para él, de la posición subordinada de la autonomía privada y del contenido de la voluntad de las partes dirigida al cambio real. El autor cree que esa suficiencia puede reencontrarse y fundamentarse en las fuentes (76). Ante esta formulación lógica las consideraciones teleológicas retroceden (77), como siempre, en la obra de SAVIGNY (78). Concordemente, el autor no tiene el menor inconveniente en concebir la *iusta causa*, a pesar del adjetivo *iusta* como *causa manifestans*. Para él, la efectividad de la transmisión de la propiedad en la donación manual es un argumento fundamental. Esta efectividad, empero, sólo elimina la concepción de la *iusta causa* como obligación independiente, dominante hasta entonces, y no afecta para nada a su significación como causa justificante. La cuestión de la conciliabilidad del juicio de valor que se deduce del establecimiento de las *conditiones* con la configuración abstracta de la «tradición» ni siquiera se plantea. La justificación de la concepción abstracta por los inte-

(73) Esto es indiscutido hoy día.

(74) Vid., acerca de la historia de los dogmas y de la revolucionaria influencia de Savigny, el trabajo de Wilhelm FELGENTRÄGER: *Friedrich Karls von Savignys Einfluss auf die Uebereignungslehre*, en *Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen*, 3, 1927.

(75) *System*, tomo 3, §§ 140 y 141; *Obligationenrecht*, 2, § 78.

(76) Vid., *supra*, § 3.

(77) La consideración jurispólitica (*System*, 3, pág. 355) que FELGENTRÄGER (op. cit., pág. 49, nota 3) aduce como fundamento de la concepción abstracta se relaciona, en mi opinión, solamente con el tratamiento del error en los motivos.

(78) Como consecuencia del retroceso de la crítica teleológica es SAVIGNY, por ejemplo, fundador de la teoría libraria aún vigente, del contrato literal romano teoría que se estrella en su propia imposibilidad vital, induciendo así a una muy distinta comprensión de las fuentes. Vid. mi trabajo *Der altrömische Litteralkontrakt*, en *Ziv. Arch.*, 116, págs. 129 y ss.

reses del tráfico, tal y como la expone IHERING, es una adición suplementaria.

4. La teoría de SAVIGNY logró rápida preponderancia. En seguida fué bien común de todos los romanistas, y se introdujo en las obras doctrinales. Concretamente, el libro de WINDSCHEID, considerado casi con valor igual al de la Ley, la aceptó sin reservas (79). También influyó sobre la legislación de la segunda mitad del siglo XIX: por ejemplo, la Ley prusiana de adquisición de la propiedad de 5 de mayo de 1872 y, como ya hemos visto, nuestro BGB.

5. La teoría de la tradición abstracta había conseguido, pues, el predominio, pero la oposición no enmudeció nunca y resurgió constantemente. Especialmente interesante y bien fundamentada fué la de STROHAL (80). En el siglo XX se multiplican las objeciones, y en la doctrina moderna se rechaza dicha teoría de forma bastante general (81). Si bien los puntos de vista individuales difieren en muchos aspectos y la seguridad de juicio resulta turbada por la discusión en torno al contenido y alcance de las interpolaciones, sin embargo hay una casi total unanimidad acerca de que la tradición abstracta, en el sentido dado por SAVIGNY, es extraña al Derecho romano clásico, siendo los bizantinos quienes la adoptaron. También se mantiene que la exigencia de la *iusta causa* es un complemento del régimen de las *condictiones*, ya insuficiente (82). La más moderna exposición de la historia del Derecho romano (83) concreta el resultado actual de las investigaciones acerca de los presupuestos de la tradición de la propiedad en Derecho clásico, afirmando que «solamente tenía eficacia unida a una *iusta causa*, es decir, cuando podía ser reconocida como justa la transmisión de derechos en una relación interna (relación causal) entre transmitente y adquirente». También en la doctrina

(79) Vid. WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandekten*, § 171, 5; § 172, 16 a II; § 330. 5.

(80) En su crítica al proyecto, vid., *supra*, § 1. nota 3.

(81) KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, 1935, págs. 126 y ss.; Arnold EHRHARDT, «*Iusta causa traditionis*», 1930, y en Wissowas *Realenzyklopädie*, artículo *Tradition*; Heinrich LANGE, *Das Kausalelement im Tatbestand der Klassischen Eigentumstradition*, 1930; SCHÖNBAUER, en *Kritische Vj.*, 61. págs. 126 y ss.

(82) ERHARDT, en *Wissowa*, VII, pág. 232

(83) KRELLER, Hans, *Römische Rechtsgeschichte*, en *Grundrisse des Deutschen Rechts*, de Heinrich STOLL y Heinrich LANGE, 1936, pág. 72.

extranjera encuentra gran aceptación la teoría de la tradición causal (84).

IV. El segundo fallo del cuadro antes diseñado consiste en la subestimación de las grandes codificaciones y de las Leyes territoriales alemanas que las precedieron (85). Estas Leyes no son solamente la reducción a escrito de las concepciones entonces dominantes del Derecho romano, sino resultado y testimonio de los juicios de valor decisivos en la conciencia popular.

1. No se nos ha transmitido ningún sistema coherente de las causas justificantes proveniente de la época de los Derechos puramente nacionales. Correspondía al formalismo del Derecho antiguo el que la efectividad del acto formal no fuera afectada por la carencia de causa. No hay, así, paralelo posible con el Derecho romano de las *condictiones* (86). Solamente para casos especiales es preceptiva una garantía de la retransmisión: en estos casos individuales, según creo, la reclamación cabe tanto contra terceros como contra el primer adquirente (87). La protección causal no era una institución generalizada, pero donde existía tenía efectos reales.

2. En los siglos siguientes a la recepción, el Derecho inmobiliario fué reestructurado por numerosas Leyes territoriales sobre la base del Derecho recibido, aunque introduciendo en él abundantes modificaciones. Mas la concepción causal de la transmisión no fué alterada en ninguna de estas Leyes; por doquier se reconoce la trascendencia del negocio causal, puesta de relieve por el establecimiento de preceptos de forma.

(84) MONIER, *Manuel elementaire*, I, 1935, núm. 299, c. págs. 494 y ss.; el mismo, *Le malentendu sur la «causa traditionis»*, en *Studi Bonfante*, III, págs. 217 y ss.; BETTI, *Il dogma bizantino*, etc., en *Studi Bonfante*, I, págs. 303 y ss., especialmente pág. 330; el mismo, *L'attuazione de due rapporti causale attraverso un unico atto di tradizione*, separata del *Bull. dell Istituto de Diritto romano*, 41, 1933; el mismo, *Sul carattere causale della traditio classica*, en *Studi Riccobono*, 1934; ARCHI, *Il trasferimento della proprietà*, 1934; el mismo, *Il tema di trasferimento della proprietà della compravendita romana*, en *Studia et documenta historiae et iuris*, I, 155 y ss.

(85) Vid., *supra*, § 11, núm. 1.

(86) GIERKE, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, III, pág. 993.

(87) El testimonio más antiguo se encuentra en el *Allgemeinen Landrecht* 3 de Frisia. Cuando uno era raptado por los normandos y llevado fuera del país, y tras esto alguien compraba sus tierras, el cautivo, a su regreso, podía pedir la devolución de sus bienes; tal exigencia tiene eficacia real.

De este proceso debemos sacar como consecuencia que la protección causal real parecía tan recomendable a nuestros antepasados como a nosotros mismos. Son construcciones jurídicas alemanas las que tenemos como antecedentes.

3. Ello es así, en primer lugar, para las dos grandes primeras codificaciones, a saber, el Código prusiano y el Código civil austriaco. La historia de su nacimiento (88) prueba que la decisión de ambos Códigos a favor de la concepción causal no reposa sobre una aceptación ciega del supuesto Derecho romano, sino sobre una serie de conscientes esfuerzos para llegar a una solución acorde con nuestra conciencia jurídica.

4. Tal valoración realizada por el Derecho antiguo no queda desvirtuada por el hecho de que la concepción abstracta penetra en las Leyes tardías del siglo XIX y concretamente en la Ley prusiana de adquisición de la propiedad de 15 de mayo de 1872. Puede demostrarse que esta legislación fué influida por una serie de errores: de una parte, por la teoría, entonces preponderante en el Derecho común, de la configuración abstracta de la tradición romana; de otra, por dos fallos de política jurídica, como son: a), la idea de que la seguridad del tráfico real, que entonces era un ideal altamente apreciado, sólo podía alcanzarse a través de la caracterización abstracta; y b), la creencia de que el principio abstracto facilitaba el tráfico registral. A ello hay que oponer que, como se dijo antes, la seguridad del tráfico, en todo cuanto debe ser deseada, ha sido ya lograda por la protección al adquirente de buena fe (89), y que la creencia *sub b)* es inexacta (90). Aquella legislación, por tanto, no puede ser aducida como testimonio de la conciencia jurídica de nuestro pueblo. Nuestra ojeada retrospectiva sobre la Historia nos ha conducido a un resultado opuesto a la teoría que inspira el BGB. La construcción causal de las Leyes antiguas no es el resultado de una mala inteligencia del Derecho romano, y, al contrario, esto es lo que le ocurre precisamente a la teoría abstracta, que reposa sobre

(88) Cfr. las cuidadosas consideraciones jurispóliticas sobre las que reposa la postura del Código austriaco. STROHAL, *Die Gültigkeit des Titels*, Graz, 1891.

(89) Cfr., *supra*, fin del § 5.

(90) Vid., *supra*, § 8, núm. 7.

errores, y en el fondo no es sino un cuerpo extraño, un desgraciado episodio en la historia de la evolución del Derecho alemán.

§ 12. b) *Derechos extranjeros.*

1. Las situaciones de intereses con las cuales hemos confrontado las divergentes concepciones abstracta y causal no presentan caracteres específicos de nuestro pueblo. Al contrario, pudieron haberse producido en otros de idéntico ámbito cultural. Por eso es preciso citar las experiencias de los Ordenamientos de distintos países al intentar la valoración jurispolítica de ambas soluciones. El resultado es inequívoco. Se halla generalmente reconocido el hecho de que nuestro Ordenamiento está casi aislado en su concepción abstracta del negocio jurídico real.

2. Es muy importante señalar el predominio de la concepción causal en los grandes ámbitos jurídicos del Derecho francés y del anglosajón.

Ambos Derechos, en tema de transmisión de la propiedad, se fundan claramente en la teoría del contrato, tanto para los bienes inmuebles como para los muebles: basta el acuerdo de las partes, sin que se exija una exteriorización de la transferencia distinta del mismo. Ni la inscripción ni la entrega son exigencias materiales (91). El contrato de transmisión de la propiedad es el mismo negocio causal: compraventa, donación, etc., y no un contrato real, diferenciado y separado del negocio causal, tal como lo concibe nuestro Derecho. Esta negación del contrato abstracto tampoco es una simple consecuencia de la teoría de la transmisión por el simple contrato, pues aun en un convenio libre de todo signo jurídico externo distinto de él mismo, pueden siempre ser separados ambos elementos del acuerdo causal y real (92),

(91) Vid. NEUNER, *Abstrakte und kausale Uebertragung beweglicher Sachen*, en *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Strafrecht*, tomo 14, págs. 9 y ss., 1926. Además, LOCHER, en *Rechtsvergl. Hb.*, I, v.º *causa*.

(92) Esta posibilidad se da en nuestro propio Derecho:

a) Para la cesión de un crédito, según el BGB, no es necesario ningún signo jurídico. Sin embargo, está generalmente reconocido que el negocio causal y el contrato de cesión son distintos, siendo tratado el contrato de cesión como

y el último ser configurado en forma abstracta. Rechazar la configuración abstracta es, por tanto, una toma de posición independiente de ambos Derechos que se ha formado y conservado a lo largo de la secular experiencia de estas dos grandes zonas jurídicas.

3. El peso jurispolítico de esta observación queda reforzado por el hecho de haberse desarrollado el Derecho francés y el inglés de forma totalmente independiente el uno del otro. El Derecho francés deriva de las antiguas teorías romanísticas, mientras el inglés, construido sobre la base de la *Common Law*, es el resultado de una jurisprudencia multisecular.

4. En la apreciación jurispolítica de tales Derechos se ha de tener en cuenta, además, que en ambos se mantuvo la concepción causal incluso para los bienes inmuebles, y ello aun cuando la protección de la adquisición de buena fe, que conoce nuestro Derecho alemán, se hallaba en ellos mucho menos desarrollada (93). Véase, así, cómo los mismos intereses del tráfico no han sido lo suficientemente fuertes como para implantar la concepción abstracta, aun en unos Ordenamientos en los cuales la protección a la buena fe es relativamente débil.

5. El Código civil francés ha servido de base para la redacción de gran número de Códigos: el ámbito de vigencia del Derecho francés es mucho más amplio, desde un punto de vista real, que el territorio de este país. Sus ideas se aceptan también en otras partes de Europa: concretamente, en España e Italia; en partes del Oriente; en toda Centro y Suramérica. El modelo francés sufrió grandes modificaciones, pero la concepción causal ha sido unánimemente aceptada, incluso en el tan independiente Código civil brasileño de 1 de enero de 1916, a pesar de que había tomado también como modelo nuestro BGB.

Es especialmente importante el que aun los textos legales eu-

abstracto. Lo mismo vale para todas las disposiciones sobre derechos distintos de los reales; vid., *infra*, § 14.

b) Tratándose de bienes muebles, según el punto de vista exacto, si bien generalmente rechazado, también el BGB ha abandonado la exigencia de un traspaso de la posesión (vid. *Grundriss des Sachenrechts*, § 56). Por esto no se excluye la validez de la concepción abstracta.

(93) Cfr. KRUSE, II, págs. 1.078 y ss.

ropeos promulgados tras la entrada en vigor de nuestro BGB y que tienen en cuenta meticulosamente su contenido hayan adoptado la concepción causal del Derecho francés, rechazando la concepción abstracta del nuestro. Así, el Código civil suizo de 10 de diciembre de 1907 (94) y la Ley danesa de bienes inmuebles (*Tinglysning*) de 31 de mayo de 1926.

6. El Código civil suizo, según la opinión general, es muy perfecto, y en lo fundamental acomodado a nuestra conciencia jurídica alemana. Merece una especial atención por parte de la futura legislación. Su postura con respecto a nuestro problema ha de estudiarse separando lo referente a bienes muebles e inmuebles.

a) Es un hecho evidente y generalmente admitido que la concepción causal es la base del Derecho inmobiliario suizo, y concretamente en el aspecto material. El artículo 974, párrafo 2, dice: «Es ilegítima la inscripción que se haya realizado sin causa jurídica o como consecuencia de un negocio jurídico sin fuerza de obligar». La inscripción ilegítima no transmite la propiedad. El causalmente perjudicado en consecuencia goza de protección real en los casos de ejercicio de una *condictio*. Tal afirmación es indudable, y sobre ella no se ha suscitado polémica alguna.

b) En cambio, el problema es discutido respecto a los muebles, porque el acuerdo real (acuerdo de transmisión) no es objeto de tratamiento específico por la Ley. Solamente el requisito de la adquisición de la posesión se exige de forma general para la adquisición de la propiedad (95). Ya la ausencia de un precepto más detallado es un argumento a favor de que no hay, para los bienes muebles, ninguna desviación del sistema causal establecido para adquisición de los inmuebles. Y, en mi opinión, la historia de la redacción del texto legal proporciona otro argumento: la Exposición de Motivos presupone un tratamiento idéntico para una y otra clase de bienes, y ni siquiera se refiere a la existencia

(94) La Ley civil de Liechtenstein de 31 de diciembre de 1922 está de acuerdo con esto.

(95) Art. 114, párrafo 1: «para la transmisión de la propiedad de bienes muebles es necesario el paso de la posesión al adquirente».

dé una concepción abstracta (96). Finalmente, el hecho de que la pretensión de enriquecimiento (*condictio*) sea obligacional no proporciona argumento alguno en favor de la configuración abstracta de la adquisición mobiliaria, pues también ocurre así en supuestos de configuración causal (bienes inmuebles; Derecho romano).

7. La Ley inmobiliaria danesa (*Tinglysning*), de 31 de marzo de 1926 es principalmente obra de un hombre, el profesor de Copenhague VINDING KRUSE, que también la ha publicado en alemán con una fundamentación exhaustiva (97). El Derecho nórdico-danés mostraba hasta ahora, no en las fuentes nacionales, sino en la doctrina, una preferencia por la caracterización abstracta de la tradición, tal y como se había impuesto en nuestro Derecho común desde SAVIGNY (98). Esta nueva Ley se decidió por la concepción causal del Derecho franco-inglés. KRUSE ha razonado esta postura tras un detenido análisis de nuestra legislación (99). Según el propio autor, en Noruega, un proyecto de Ley se ha adherido a la Ley danesa. En Suecia y Finlandia la concepción abstracta no ha tenido el menor éxito (100).

8. Este resumen confirma la opinión dominante sobre el sistema de los Derechos extranjeros. Las esperanzas de ZITTELMANN de que todos los pueblos se convencerían de las ventajas de la concepción abstracta (101) no se han cumplido hasta ahora. Podemos hacer la misma observación que al hablar de la historia de nuestro propio pasado: la construcción jurídica basada sobre

(96) Código civil suizo. *Erläuterungen zu dem Vorentwurf*, tomo 4. *Sachenrecht*, págs. 561 y 562: «se meditó sobre si no debería mencionarse el negocio jurídico como un modo de adquisición igual que en la propiedad inmobiliaria». Pero se prescindió de esto. «Para la adquisición de bienes muebles es suficiente que la Ley, junto al negocio de enajenación obligacional, vincule la entrega de la cosa a la adquisición de la propiedad. La obligación de tal entrega no necesitaba expresarse en el Derecho de cosas».

(97) Por ejemplo, TUHR, en *Zeitschrift für Schweizer. Recht*, 62, páginas 68 y 69.

(98) *Das Eigentum*, II, 1935 Esta obra merece el máximo reconocimiento desde el punto de vista metodológico. KRUSE no entra en la literatura metodológica, pero recalca siempre que solamente deben ser tenidos en cuenta los efectos sobre la vida real, y que la formación conceptual de normas debe rechazarse. Estas son las directrices de nuestro método teleológico.

(99) KRUSE, op. cit., pág. 1.246.

(100) KRUSE, op. cit., págs. 1.414 y ss.

(101) KRUSE, op. cit., prólogo, pág. IV.

los intereses y experiencias vitales de cada pueblo conduce a la concepción causal (102). La abstracta solamente se puede encontrar en aquellos lugares (Alemania y el Derecho anterior de Dinamarca y Noruega), en los que influyó la teoría savigniana de la tradición romana, tan en boga en su tiempo (103); por tanto, también del Derecho comparado resulta ser una norma nacida de un error teórico.

SEGUNDA PARTE

PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL DE LA CAUSALIDAD DE LA TRANSMISION

§ 13. a) *Los contratos obligacionales abstractos.*

1. En nuestra doctrina, los negocios abstractos del Derecho de cosas y los contratos obligacionales abstractos (promesas de pago autónomas del BGB) se reducen a un grupo único, el de los negocios abstractos, y generalmente se justifican mediante consideraciones comunes a todos ellos. Por eso, una valoración legislativa de los negocios jurídicos abstractos que no se ocupara de los obligacionales, parecería incompleta. A ello contribuye la idea de que los llamados *derechos reales mediatos*, es decir, los derechos de garantía y las cargas reales, pueden considerarse al mismo tiempo como relaciones de crédito (104), de manera que cabe plantear la cuestión de la aplicabilidad a tales garantías y cargas de los principios que rigen los negocios obligacionales abstractos.

La síntesis usual, empero, sólo está justificada en tanto en cuanto el contenido de cada precepto tenga suficientes caracteres comunes de una y otra especie de negocios. Pues si en ambas figu-

(102) KRUSE, op. cit., pág. 1.247

(103) Vid. *supra*, 1, nota 6.

(104) *Grundriss des Sachenrechts*, págs. 439 y ss.

ras se trata de la separación entre el efecto jurídico y la causa, los conflictos de intereses regulados y el fin vital de las normas son distintos: por eso, el estudio axiológico debe realizarse separadamente, y por eso una valoración común nos equivocaría con facilidad, especialmente si se entiende que los títulos-valores a la orden y al portador son un efecto del contrato abstracto de deuda (pero es más correcto separar uno y otro institutos). También en los derechos reales mediatos los problemas están configurados de manera distinta.

2. Si hacemos esta separación, y comparamos el contenido de intereses de los negocios jurídicos reales y los obligacionales, aparece claramente la diferencia jurispolítica. Ya hemos explicado más arriba cómo en los negocios jurídicos reales se trata de limitar la protección causal para favorecer al acreedor, y más aún al sucesor en el derecho, mientras que la facilidad de la prueba no tiene importancia alguna. En los contratos obligacionales abstractos, en cambio, se busca precisamente esa facilidad de la prueba en beneficio del contratante acreedor (105). La protección causal material no se suprime ni en beneficio del primer acreedor ni en el de los sucesores en su derecho. Así, pues, se trata de dos campos distintos de valoración de intereses que deben ser examinados separadamente para su solución jurispolítica.

En esta investigación hay que separar nuevamente las relaciones entre el contratante deudor y el acreedor y las que median entre aquél y los sucesores de éste.

3. El fin perseguido por las partes mediante el contrato obligacional abstracto es el de facilitar la acción del acreedor. En los contratos causales éste debe afirmar y probar aquella relación causal de la que se deriva su acción. No hay analogía con las presunciones jurídico-reales, a no ser que se quiera verla precisamente en los contratos obligacionales abstractos. Por la celebración de un contrato obligacional abstracto el acreedor queda liberado de probar. Esto tenía un significado especialmente importante en la época de la teoría formalista de la carga de la

(105) Vid., concretamente, M. E. RUMELIN, *Zur Lehre von den Schuldversprechen und den Schuldanerkenntnissen des BGB*, en *Ziv. Arch.*, 97, págs. 211 y 360; y 98, págs. 169-340.

prueba, pero incluso hoy día la declaración abstracta de obligarse desplaza dicha carga (106).

4. La protección causal material no se atenúa por el otorgamiento de una promesa abstracta de deuda. Incluso en ella puede hacerse valer la existencia de un enriquecimiento injusto. Cuando *A*, ha prometido a *B*, por escrito o por causa de una liquidación o cierre de cuentas, el pago de mil marcos, el promitente puede oponerse al pago alegando la inexistencia de causa jurídica conforme a los §§ 812 y ss. Esta oposición aparece formalmente como contrapretensión de la promesa de pago (§ 812, párrafo 2.º), y da lugar, según generalmente se reconoce, a una excepción contra el crédito surgido por causa de la promesa de pago. La protección causal, por consiguiente, no sólo es eficaz contra el contratante a quien se promete el pago, sino, al contrario de lo que ocurre en el Derecho de cosas vigente, también contra sus acreedores; por ejemplo, puede hacerse valer respecto a su masa concursal. Nuestra proposición de ampliar la protección causal en los negocios jurídicos reales corresponde así a aquella valoración de intereses que ya es Derecho vigente en el ámbito del Derecho de obligaciones.

5. Incluso en relación a terceros, el planteamiento del problema es distinto al del Derecho de cosas. El alcance práctico de la concepción abstracta del negocio jurídico real consiste en la protección del tercer adquirente y de sus acreedores a costa del causalmente perjudicado. Este efecto no se produce en absoluto en el contrato obligacional abstracto. La opinión anteriormente expuesta, según la cual mediante los contratos obligacionales abstractos se producen créditos especialmente aptos para la circulación (107), carece de fundamento, y hoy día apenas si es mantenida. La condición abstracta de la promesa de pago carece de importancia material para la capacidad de circulación del crédito: la ventaja que poseía el negocio jurídico real en la época

(106) La promesa oral de deuda es, prescindiendo del Derecho mercantil, insuficiente para liberar al acreedor de la carga de la prueba, incluso cuando en el contenido se haya afirmado así clara y seguramente. Pero a partir de estos presupuestos puede la promesa fundar una prueba *prima facie* de una relación causal afirmada por el promitente, y entonces la situación probatoria del acreedor es análoga a la de una promesa de deuda formalmente correcta.

(107) Por ejemplo, COLLATZ, *Iherings Jahrbuch*, 40, págs. 127 y ss.

del Derecho común para los ulteriores adquirentes no se reproduce en tal promesa. Así resulta de la siguiente consideración: la obligación normal, a diferencia de aquellos créditos materializados en títulos valores, no es apropiada para la circulación en amplios ámbitos de titulares; para ella es válida la frase *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, y el adquirente, con arreglo al § 404 del BGB, está expuesto a todas las excepciones oponibles contra un antecesor suyo, incluso la de enriquecimiento injusto.

El indicado obstáculo para el tráfico se da en todas las obligaciones corrientes, incluso en las surgidas de un contrato abstracto de deuda, pues el § 404 es válido para todas. De nuevo nos encontramos con el hecho de que aquel juicio de valor que recomendamos para el Derecho de cosas es ya Derecho vigente.

6. En los derechos reales mediatos interviene la eficacia de los signos jurídicos. La carga de la prueba se regula por las presunciones de los §§ 891 y 1.006, y la circulación, en cuanto no hayan intervenido títulos-valores, se regula a su vez por la protección a la creencia en los signos jurídicos: inscripción y posesión.

7. El destino a la circulación, que falta en las obligaciones corrientes, se encuentra en aquéllas materializadas en títulos de crédito al portador y a la orden. Estos documentos son tan signos jurídicos como las inscripciones en el Registro (108): la protección que prestan al adquirente puede designarse también como protección de la fe pública, con efectos correspondientes a los de dichas inscripciones (109), y sirven a las necesidades del tráfico, de igual modo que los signos jurídicos del Derecho de cosas. Protegen al adquirente según la medida de la apariencia jurídica, de la escritura, del contenido literal de la obligación. Este contenido es generalmente abstracto, como la inscripción en el Registro; pero excepcionalmente puede ser también causal (110). En el caso normal se trata de escrituras abstractas de deuda que no aluden a la relación causal: el causalmente perjudicado debe ceder ante el cesionario o adquirente de buena fe, de igual manera que debe

(108) *Grundriss des Schuldrechts*, págs. 403 y ss.

(109) Por esto se le llama, con razón, títulos-valores con fe pública: op. cit., núm. 2, nota.

(110) Op. cit., pág. 404, núm. 4, c.

ceder en el Derecho de cosas ante el *accipiens* de buena fe que se ampara en la posesión o en el Registro.

8. La opinión, frecuentemente sustentada, y también defendida por mi (111), de que los títulos-valores son un producto de los contratos obligacionales abstractos, se explica porque en estos documentos, por lo general, se prescinde de la causa a fin de hacerlos aptos para el tráfico. La declaración documental suele ser abstracta. Pero ello no obsta para que se puedan y deban separar ambas figuras jurídicas, es decir, el título-valor y el contrato abstracto. Se trata de dos institutos independientes que se nos aparecen separadamente. Hay muchos contratos obligacionales abstractos en los que no se redacta ningún documento con los caracteres del título-valor. Y, a la inversa, hay numerosas promesas causales de deuda en las que la prestación se incorpora a un documento apto para circular, sin que entre las partes haya mediado una promesa autónoma. Ante todo, no debe admitirse que por la emisión de un título-valor se realice una renuncia a la protección causal, puesto que ésta sigue interviniendo entre las partes originarias. La cambial contiene hoy (112), según el contenido de la declaración, una promesa abstracta; pero entre las personas ligadas por el contrato subyacente puede acordarse volver a la relación causal (113); la cambial no debe, pues, su capacidad de circulación a la abstracción del contrato subyacente, sino a otras circunstancias, y concretamente a la protección al adquirente de buena fe.

9. El tráfico de los títulos de crédito se realiza según principios del Derecho de cosas. Por esta razón, tendría importancia práctica sustituir la concepción abstracta por la causal. Pero la

(111) Op. cit., § 129, núm. 2, nota.

(112) La declaración cambial, históricamente considerada, es una declaración causal, puesto que la cláusula cambial era originariamente una indicación de la causa, del negocio de cambio que estaba en el fondo de la operación y a cuya realización total servía la letra. La importancia de esta cláusula disminuyó posteriormente, y hoy ha llegado a ser mera fórmula. Vid. LOCHER, *Das Handels und Wechselrecht*, en *Stammlers Enzyklopädie*, § 45, núm. 1, apartado 3, y § 46, núm. 2, apartado 2: la teoría de LOCHER sobre la evolución del *pactum de cambiando* tiene su origen en trabajos míos. Cfr., además, Goldschmidt, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 3ª edición, pág. 433, núm. 115.

(113) WIELAND, *Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen*, 1901, tiene toda la razón cuando se opone a la usualísima sobreestimación de la abstracción.

situación de los intereses es, en la circulación de tales documentos, la misma que para el tráfico de las otras cosas. La presencia de este gran ámbito de aplicación no hace sino fortalecer el peso de los argumentos que hablan a favor de nuestra propuesta.

10. La figura de los títulos-valores ha encontrado también aplicación en el ámbito del Derecho de cosas: lo son la cédula o carta hipotecaria, y la deuda fundiaria (114). La fe de la literalidad ha desplazado a la de los signos jurídicos, de la inscripción y de la posesión. La sustitución de la concepción abstracta por la causal actuarial en estos documentos jurídicos-reales con la misma eficacia, y tendría igual justificación que en los obligacionales.

11. En este trabajo no podemos entrar en los restantes problemas que plantea la nueva organización del instituto de los títulos-valores. A nosotros sólo nos tocaba demostrar que los contratos abstractos del Derecho de obligaciones no representan ninguna objeción contra la concepción causal del negocio jurídico real abstracto, tal como ha sido propuesta. Y esta demostración me parece realizada.

§ 14. b) *Otros negocios dispositivos.*

1. El BGB no ha limitado la concepción abstracta a los negocios reales, sino que la ha extendido a todos los negocios dispositivos. Esta extensión resulta, para la creación y cesión de un crédito, del texto y la historia de los §§ 397 y 398; para otros derechos, como, por ejemplo, el del autor, de la aplicación general de la cesión regulada en el § 413. Como consecuencia de esta asimilación, es necesario determinar si nuestra propuesta de regular conforme a una concepción causal las modificaciones jurídicas reales puede transplantarse también a otros negocios dispositivos.

2. La fundamentación del idéntico tratamiento abstracto de todos los negocios de disposición, reales y obligacionales, que proporcionan los motivos del BGB es insuficiente, e incluso cabe decir que, en cuanto al fondo, falla totalmente. Dos únicos pasajes

(114) *Grundriss des Sachenrechts*, págs. 439 y ss.

encontramos al respecto, ambos de igual redacción, y referidos, respectivamente, al nacimiento y la cesión de la deuda. Literalmente dice el uno que «la declaración de deber es, según la concepción del proyecto, un contrato de enajenación, un llamado contrato real, y, por ende, un contrato abstracto, un negocio jurídico independiente de la causa desde el punto de vista de su eficacia, análogo al desistimiento» (115). Y más adelante dice el otro que «la cesión es, como la declaración de deber (la tradición, la transmisión registral, etc.), un contrato de enajenación llamado contrato real, y, por tanto, es un contrato abstracto, independiente de la causa en lo referente a su efectividad» (116). En estas consideraciones, la justificación de la concepción abstracta en todos los contratos de disposición se da por supuesta, pero no se fundamenta. La costumbre antes predominante de designar todos los contratos de enajenación como contratos reales no es una justificación. En la doctrina anterior los contratos de enajenación no eran llamados abstractos porque se los tomara por contratos reales, sino porque se les consideraba tan abstractos como los contratos reales, y por esta causa, eran erróneamente designados también con la misma palabra (117). La razón de ser explicada para el contrato real, supuesta la necesaria separación entre Derecho de obligaciones y Derecho de cosas (118) no sería adecuada para la transmisión de créditos. Pero la falta de una justificación expresa no es sino un defecto estético, y el hábito de designar a cualquier contrato de enajenación como *contrato real* tiene una explicación en la fundamentación lógica de la concepción abstracta mencionada antes (119), la cual, en efecto, podría ser válida para todos los contratos de enajenación (120). Lo peor es que, jurispolíticamente, esta fundamentación es tan poco adecuada para los negocios jurídicos no reales como para los reales, al ser idéntica en ambos la situación de los intereses:

(115) Exposición de Motivos, 2, pág. 114.

(116) *Ibidem*, 2, pág. 120.

(117) Esta locución ha sido combatida durante mucho tiempo por injustificada. Cfr. TURR, 2, pág. 256, núm. 123, e indicaciones ulteriores.

(118) Vid., *supra*, § 6.

(119) Vid., *supra*, § 3.

(120) Este acierto de la fundamentación explica también el más amplio sentido usual de la locución de «contrato real». La terminología «abstracto» sobrevino posteriormente.

también refiriéndola a los negocios obligacionales encontramos un causalmente perjudicado que debe ser protegido hasta ciertos límites, y las mismas dos formas de conflicto que hemos investigado, con lo que la consideración de ambas formas nos conduce a preferir la configuración causal. Veámoslo.

3. En caso de un conflicto entre el causalmente perjudicado y el primer adquirente y sus acreedores, insisto en que la situación de los intereses es exactamente la misma que en los derechos reales. Modifiquemos nuestro ejemplo (121) de modo que *A* se crea obligado, por un legado inexistente a: 1), devenir deudor de *X*, ó 2), ceder a *Y* un crédito contra *X*, ó 3), transmitir a *Z* unos derechos de autor de su causante. El conflicto de intereses debe ser resuelto, tanto en relación a *X*, *Y* y *Z* como en relación a sus acreedores, de la misma manera que en el ejemplo primitivo. No hay ningún motivo para hacer depender la solución de si las atribuciones en cuestión afectan a una cosa o a cualquier otro bien.

4. En la segunda forma de conflicto existen desviaciones en tanto en cuanto, de una parte, en los créditos también ha de tomarse en consideración la situación del tercero deudor, y, de otra, la protección al adquirente de buena fe, a que tanta importancia dábamos al tratar de los problemas jurídico-reales, no interesa para las disposiciones obligacionales. Cabe preguntarse, por ende, si estas desviaciones no pesan a favor de la concepción abstracta.

5. Si, en particular, contemplamos la cesión de un crédito, me parece que la concepción abstracta no favorece el interés del tercer deudor. TUHR (122), por cierto, ve una ventaja de ésta en el hecho que «el deudor solamente puede y debe examinar la validez de la transmisión de la deuda, y no la de la relación jurídica subyacente»: los efectos a favor del cesionario se producirían (123), incluso, si la cesión carece de justificación obligacional, como veremos más adelante. Pero debe negarse que esto constituya una ventaja para el deudor, el cual, en cualquier caso, debe pagar contra presentación del documento de cesión o tras

(121) Vid., *supra*, § 3.

(122) *Allgemeiner Teil*, III, pág. 121, núm. 3.

(123) *Schuldrechts*, pág. 202, núm. 11, c.

la denuncia del anterior acreedor (§ 410, BGB). Y si paga sobre la base de esta legitimación queda liberado (§ 409).

Es de suponer que estas medidas de protección persistirán bajo cualquier sistema, por lo cual, incluso con la concepción causal, la falta de causa en la relación entre los dos acreedores en cuestión no tiene efecto perjudicial para el deudor.

6. En lo referente a los intereses de los sucesores en el derecho de crédito, es exacto que la concepción abstracta los hace prevalecer sobre los del causalmente perjudicado, mientras que la concepción causal los pospone en este conflicto. Es posible que, en ella, la posposición afecte a cesionarios muy alejados en el tiempo del primitivo acreedor: la debilidad duradera que IHERING ataca tan enérgicamente refiriéndose a la propiedad (124) intervendría en los derechos del crédito..., pero solamente para créditos ordinarios, cuya adquisición es siempre un azar. Es más: las excepciones del causalmente perjudicado son un peligro menor que otros, como la falta de derecho en la persona de un cedente anterior, las excepciones que dejan ineficaz el crédito, etc.; por lo demás, si el crédito se materializa en un título-valor recibe la misma protección que la propiedad inmobiliaria. Ciertamente, pues, el adquirente de un crédito ordinario no viene favorecido en su confianza por nuestro Derecho (§ 404), pero es que tampoco hay motivo alguno para favorecer a un adquirente de esta clase precisamente a costa del causalmente perjudicado.

7. La disposición sobre derechos distintos de los ya mencionados está sometida esencialmente a las normas de la cesión según el § 413. Tales normas constituyen un Derecho general de las enajenaciones de derechos no reales. De donde resulta, a partir de las anteriores consideraciones, la mayor conveniencia de la solución causal, aun para esos derechos. Podrán, sin duda, establecerse normas especiales en interés del tráfico, pero en ningún Ordenamiento jurídico se reconoce la necesidad de proteger al adquirente contra defectos causales, mientras se niega la de protegerlo contra otros defectos jurídicos del antecesor.

(124) *Supra*, § 1.

TERCERA PARTE

ESTRUCTURACION Y SINTESIS

§ 15. a) *Problemas individuales de la estructuración.*

1. La tarea del legislador no se agota con la decisión de principio en favor de la concepción causal: al contrario, tal decisión nos plantea cuestiones individuales de estructura, cuya solución, por lo demás, en la mayor parte de los casos, viene preordenada por los principios de la nueva regulación. Por esta causa debo limitarme a unas pocas consideraciones en este trabajo parcial y concreto.

2. La concepción causal puede realizarse de una doble manera: o con eficacia automática, de forma que las modificaciones juridico-reales se vinculen absolutamente a la existencia positiva de una causa justificante, o haciendo depender tales modificaciones de la decisión del causalmente perjudicado de manera que éste tenga un derecho a impugnarlas.

La modalidad del derecho a la impugnación es defendido por STROHAL (125). A favor suyo hace valer que la inseguridad de la situación jurídica real que ciertamente es consecuencia de la concepción causal y se utiliza como argumento en contra suya, debe tener una limitación temporal. Pero me parece que este temido inconveniente no es, en realidad, tan grave como parece. Y, por otra parte, conceder un simple derecho de impugnación representaría una fuerte limitación de la protección causal, y configuraría toda la situación jurídica de modo muy confuso. El régimen de la *condictio*, vigente hasta ahora, se ha conservado sin conocer una especial limitación temporal. Incluso nuestro Derecho vigente ha establecido la eficacia automática de la inexactitud del Registro, y no la ha hecho depender de un derecho de im-

(125) Op. cit., págs. 402 y ss.

pugnación sometido a determinado plazo. Hay que advertir que todos los numerosos Derechos que conocen o que conocieron la concepción causal han conservado su efectividad automática. De ahí deduzco yo que tal regulación es muy recomendable para nuestro Ordenamiento.

3. La presente exposición no ha distinguido, hasta ahora, entre las distintas causas de la *condictio*, entendiendo que no hay motivo para un tratamiento distinto de los casos de accesión mobiliaria y de los de pago de lo indebido (distinción que se seguiría del «argumento de la unidad») (126), si se atiende debidamente al «precepto de la justificación», tal como ha sido defendido en el presente trabajo. En cambio, podríamos preguntarnos si no es recomendable un tratamiento especial para aquellos casos en los que la causa desaparece ulteriormente. STROHAL, a pesar de su apasionada intervención en favor de la concepción causal, cree recomendable excluir la eficacia real en los supuestos de desaparición posterior de la causa (127).

Tenemos que contemplar dos grupos de casos a los que se alude en el § 812, párrafo 2.º: la desaparición de la causa jurídica originariamente existente, la *condictio causa finita*; y la no intervención del resultado pretendido, la *condictio causa data, causa non secuta*.

A, por causa de permuta, ha entregado a B una cosa en propiedad y en la forma jurídica correcta. La contraprestación deviene imposible por una circunstancia inimputable a ambas partes. En este caso, B debe devolver la cosa recibida por cuanto media enriquecimiento injusto (§ 323, párrafo 2.º). Según el Derecho vigente, B sigue siendo propietario, y solamente está vinculado obligacionalmente a devolver la propiedad a A. Caso de admitirse la concepción causal, B perdería la propiedad en el mismo momento en que se produjera la imposibilidad, y A devendría de nuevo propietario, exactamente igual que en el caso de una condición resolutoria (§ 158, párrafo 2.º).

Naturalmente, con una concepción de esta índole los preceptos acerca de la adquisición realizada a un no titular serían

(126) Vid., *supra*, § 3, nota 9.

(127) Op. cit., pág. 403.

igualmente aplicables, tal y como hoy está previsto para el caso de la condición (art. 161, párrafo 3.º): si la situación jurídica en caso de condición resolutoria hasta la definitiva realización o no de ella puede ser designada como estado de pendencia, la relación del negocio con la causa produciría como efecto el mismo estado. Cuando se contemplan estas consecuencias puede llegarse a la conclusión de que en ambos casos de *causa finita* y de *causa non secuta* el peligro para la seguridad jurídica que acarrea la concepción causal es mayor que cuando hay falta originaria de causa. Es comprensible que STROHAL quiera tratar estos casos de manera distinta: al principio, yo me inclinaba a estar de acuerdo con él, pero, tras un examen más detenido, he cambiado de parecer, y entiendo que no hay motivo suficiente para decidir de modo distinto: la necesidad de protección causal es la misma, y el peligro para la certidumbre jurídica apenas es mayor, en cuanto se permite la intervención de la protección a la buena fe.

En particular, hay que distinguir entre bienes muebles e inmuebles.

a) En las transmisiones de bienes muebles, el Derecho vigente permite la condición resolutoria. Hasta ahora, no han surgido inconvenientes por este motivo. Tenemos que contar, así, con la persistencia de esta norma en la nueva ordenación. Ahora bien: si se permite la incertidumbre voluntariamente producida mediante la condición, menos debe ser prohibida aquella incertidumbre necesaria para facilitar la protección de los intereses tutelados por la Ley.

b) En la transmisión negocial de la propiedad de inmuebles, el Derecho vigente excluye la condición, y sufraga el ideal de la certidumbre de modo importante mediante el sustituto de la anotación preventiva. A falta de puntos de apoyo para la opinión contraria, hay que contar también con la pervivencia de esta regulación. Pero, en mi opinión, no hay motivo ninguno para extender esa pervivencia a la validación de defectos jurídicos. El problema es el mismo que en el caso de falta originaria de causa jurídica. De nuevo se trata de la elección típica entre los ideales de la configuración jurídica acorde con la realidad o la configuración jurídica clara. De nuevo creo que hay que preferir más el ideal de la realidad.

En favor de la rescisión automática del negocio transmisivo, puede aducirse que en la hipoteca la desaparición de la causa por extinción de la acción personal (§ 1.163) obra de manera automática, sin que por ello se hayan notado desventajas.

4. NEUNER (128), que, por lo demás, está a favor de la concepción abstracta, defiende una excepción para la transmisión de la propiedad de dinero contante, y precisamente porque la negación de la transmisión de la propiedad conduciría a resultados inadecuados, como consecuencia de las reglas sobre la mezcla o *commixtio*. De todas maneras, estas reglas dan ya en la jurisprudencia actual resultados desmedidos, pero solamente porque se trata a la copropiedad que la mezcla produce como un estado duradero, y no como algo inestable (129); si se valora exactamente el fenómeno, desaparecen las desventajas, que no surgirían en la concepción causal. En el caso de sustitutivos del dinero, a que alude NEUNER, el problema se plantea de la misma manera. Incluso en la transmisión de créditos la contraposición entre la concepción causal y la abstracta desempeña el mismo papel (130). Por esto creo que no existe ningún motivo para configurar la protección causal en estos casos, nada irrelevantes, de manera más débil que en otros.

5. STROHAL (131) investiga la cuestión de si un acuerdo *inter partes* puede sustituir la concepción causal por la abstracta. Consta en sentido afirmativo, pero, sin embargo, considera precisos determinados preceptos de forma. Por mi parte, creo que todo precepto es superfluo: si las partes pueden renunciar a la pretensión de enriquecimiento deben poder excluir asimismo el influjo de la causa jurídica sobre la modificación real. Me parece indudable que las partes pueden acordar, respecto de una prestación que, caso de no producirse el resultado buscado, en vez de una acción de recuperación, nazca una pretensión de daños y perjuicios o a una pretensión al subrogado. A través de tal acuerdo, puede excluirse también la rescisión con efectos reales. Según creo, no es necesaria una forma determinada; los intereses

(128) Op. cit., pág. 30.

(129) Cfr. *Grundriss des Sachenrechts*, § 63, núm. 3, págs. 260 y 261.

(130) Vid., *supra*, § 13.

(131) Loc. cit.

de terceros no quedan afectados, y no hay motivo alguno para proteger a las partes contra su precipitación excesiva.

6. La redacción del nuevo principio podría hacerse, en mi opinión, basándose en el artículo 974, párrafo 2.º, del Código civil suizo (132). Por esto propondría yo añadir el siguiente aditamento al texto de los §§ 873 y 929, en caso de que sigan vigentes: «la modificación jurídica (la transmisión de la propiedad) no se produce cuando falta una causa justificante, y cesa cuando la causa desaparece».

Las palabras usadas en el artículo 974, II del Código civil suizo, «o que sean consecuencia de un negocio jurídico no vinculante», me parecen superfluas, puesto que está claro que entonces falta una causa justificante.

La mención de la falta de causa como impedimento de la transmisión debe adaptarse al tenor de la Ley sobre la distribución normal de la carga de la prueba, pero no debe contener una regla acerca de este extremo, como la que por varios modos se inducía de las correspondientes redacciones del BGB (133).

7. En lo referente a los efectos sobre las restantes partes de nuestro Derecho, hay que destacar que la concepción causal no nos lleva a rechazar las pretensiones obligacionales por enriquecimiento injusto, tal y como las establecen los §§ 812 y ss.; por el contrario, deben ser conservadas en todo su alcance. Incluso en la concepción causal del negocio jurídico real surgirán numerosos casos en los que la protección real fallará, y solamente podrá sernos útil la obligatoria, como, por ejemplo, en los de destrucción de la cosa sin pérdida de su valor; pérdida de la propiedad por adquisición de buena fe o por mezcla, etc. Pero no por esto hay motivo para regular las pretensiones obligatorias de enriquecimiento como remedio subsidiario. El perjudicado obligacionalmente debe tener la elección entre hacer valer su derecho real o su pretensión obligacional. Solamente la acumulación de ambos recursos jurídicos asegura la protección cómoda e independiente de situaciones procesales, de los intereses causales.

(132) «Es ilegítima la inscripción que sea consecuencia de un negocio jurídico no vinculante o que carezca de causa».

(133) Vid., *supra*, § 9.

8. EL BGB y otras Leyes han aplicado los preceptos acerca del enriquecimiento injusto de los §§ 812 y ss. a gran número de otros supuestos de hecho dispersos. Estos casos de aplicación pueden ser designados como casos de remisión, casos paralelos extravagantes (134). En lo referente a nuestro proyecto de dotar a las *condiciones* de efectividad real, se plantea la cuestión de si esta regulación es adecuada para los casos de remisión. No es posible contestar a esta pregunta dentro del ámbito del presente trabajo, puesto que la regulación y configuración futuras de dichos casos son bastante problemáticas. La adecuación deberá ser examinada para cada supuesto concreto: no creo que quepan consideraciones generales.

§ 16. SÍNTESIS.

Las consideraciones anteriores permiten una determinada toma de posición respecto a los problemas legislativos que ya hemos explicado. La vigencia actual de la concepción abstracta procede históricamente de ideas jurídico-conceptuales (135), y no puede resistir a la crítica jurispolítica basada en el examen de los intereses.

El método de la jurisprudencia de intereses no es fácil de dominar, incluso para el legislador. Frecuentemente es muy difícil contemplar en conjunto la gran diversidad de las circunstancias vitales, y ver todas las situaciones y conflictos de intereses operantes en cada ámbito. Muchas veces es imposible proteger idénticamente todos los ideales que intervienen en la realidad: la elección del preponderante sólo puede realizarse con dudas y vacilaciones.

Nuestro problema no pertenece a la categoría de los difíciles o los insolubles. Los conflictos de intereses afectados por nuestra solución pueden abarcarse completamente y no existe ninguna duda en cuanto a la comparación entre intereses distintos. Que los intereses causales merecen protección ha quedado ya bien pro-

(134) *Grundriss des Schuldrechts*, pág. 418, núm. 6.

(135) *Cfr.*, *supra*, § 6.

bado, y de los que se presentan como desprotegidos o pospuestos, es decir, los intereses del tráfico y de la prueba, ha de tenerse en cuenta que los intereses de los adquirentes participes en el negocio no son dignos de protección y los de la prueba no juegan en el problema. Solamente queda el interés jurispolítico de la claridad. En todo caso, debemos admitir que la concepción abstracta facilita un cuadro más simple que la concepción causal para la sistemática, y tal vez para las relaciones jurídicas. Pero esta ventaja de la mayor claridad, que debe existir a ser posible, ha de retroceder ante los ideales más elevados, y ya existentes, de la adecuación de las normas a la realidad vital.

La concordancia de nuestra posición con la vida viene afirmada por la experiencia; ya la de nuestro propio pasado, ya la que han adquirido otros pueblos de nuestro mismo ámbito cultural a lo largo de la formación de su Ordenamiento jurídico.

Sobre la base de estas consideraciones no puede caber la menor duda a nuestro legislador acerca de la decisión a tomar.

Traducción de

MANUEL GÓMEZ VALENZUELA.

Revisada por

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.