

La unificación del Derecho Privado europeo en el ámbito contractual y la posibilidad de ampliación a la propiedad inmobiliaria (1)

por

M.^a DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

1. ELABORACIÓN DE UN MARCO COMÚN DE REFERENCIA. EL DCFR:
 - 1.1. ANTECEDENTES.
 - 1.2. EL *DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE*.
2. INTENTOS DE APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES EUROPEAS EN MATERIA JURÍDICO-REAL:
 - 2.1. INICIATIVAS DEL *STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE*.
 - 2.2. EL *DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE*, EN MATERIA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD MOBILIARIA.
 - 2.3. PERSPECTIVA UNIFICADORA DE LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA:
 - a) *Estado actual*.
 - b) *Argumentos y criterios favorables a la unificación*.
3. LA BASE COMÚN DE LA *TRADITIO* Y EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD. PERSPECTIVA HISTÓRICA-COMPARADA.

(1) Este artículo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La unificación del Derecho Privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro, II», cofinanciado por la Comunidad Autónoma de Madrid y la Universidad Autónoma de Madrid, para el año 2008, cuyo investigador principal durante ese periodo fue la Profesora Doctora M.^a del Rosario DÍAZ ROMERO (referencia: CCG07-UAM/HUM-1678).

4. SÍNTESIS DE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD Y SU PLASMACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS.
 5. INICIATIVAS PREPARATORIAS DE LA UNIFICACIÓN EN MATERIA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA EN LA UNIÓN EUROPEA.
 6. A MODO DE CONCLUSIÓN.
 7. BIBLIOGRAFÍA.
-
1. ELABORACIÓN DE UN MARCO COMÚN DE REFERENCIA. EL DCFR

1.1. ANTECEDENTES

La base del estado actual del Marco Común de Referencia se centra en el nacimiento de la denominada Red Común de Derecho Privado Europeo (2), una red de excelencia académica creada por la Comisión de las Comunidades Europeas, bajo el Sexto Programa Marco de la Unión Europea para la investigación en el tema de la Unificación del Derecho Privado Europeo (Towards a European Contract Law).

En esta Red participan también los siguientes Grupos de Trabajo:

- The Study Group on a European Civil Code (coordinador: Christian von Bar).
- The Research Group on the Existing EC Private Law, or «Acquis Group» (coordinador: Hans Schulte-Nölke).
- The Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law, or «Insurance Group» (coordinador: Helmut Heiss).
- The Association Henri Capitant together with the Société de Législation Comparée and the Conseil Supérieur du Notariat (Presidente: Michel Grimaldi).
- The Common Core Group (coordinadores: Ugo Mattei y Mauro Bus-sani).
- The Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules, or «Economic Impact Group» (TILEC - Tilburg Law and Economics Center) (coordinador: Eric van Damme).
- The «Database Group» (coordinador: Pauline Remy-Corlay).
- The Academy of European Law (ERA) (responsable: Angelica Fuchs).

(2) Véase, al respecto, VON BAR/SCHULTE NÖLKE (2005, págs. 165-168); VON BAR (2005, págs. 17-26).

El objetivo de esta Red era elaborar una propuesta para el Marco Común de Referencia (Common Frame of Reference, CFR), del Derecho Contractual Europeo, según indicaciones del Plan de Acción y Comunicación de la Comisión (Commission's Action Plan, COM [2003] 68 final) y Commission's Communication on «European Contract Law and the Revision of the Acquis: The Way Forward» (COM (2004) 651 Final) de 11 de octubre de 2004.

La propuesta consistía en la presentación de principios («Principios Comunes de Derecho Contractual Europeo» o «*Common Principles of European Contract Law*» = CoPECL), que incluirían definiciones, conceptos generales y normas legales. Estos Principios se complementarían con comentarios, información comparativa y con un análisis valorativo que incluiría un estudio de su posible impacto económico y social y de los problemas o formas de aplicabilidad de los principios.

El objetivo era establecer un Marco Europeo Común de Referencia con las pautas para consolidar la legislación existente y para la legislación futura.

1.2. EL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE

El objetivo está hoy más cerca de conseguirse, el borrador del Marco Común de Referencia (Common Frame of Reference —CFR—) sobre Derecho Contractual Europeo, vio la luz a principios del año 2008 (Draft Common Frame of Reference —DCFR—) , y ha logrado su texto definitivo en febrero de 2009 (3).

(3) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition. www.law-net.eu.

Table of contents:

Introduction.

Academic contributors and funders.

Principles.

Table of Destinations.

Table of Derivations.

Model Rules.

Book I General provisions.

Book II Contracts and other juridical acts.

Book III Obligations and corresponding rights.

Book IV Specific contracts and the rights and obligations arising from them.

Book V Benevolent intervention in another's Affairs.

Book VI Non-Contractual liability arising out of damage caused to another.

Book VII Unjustified enrichment.

Book VIII Acquisition and loss of ownership of goods.

Book IX Proprietary security in movable assets.

Book X Trust.

Annex.

Index.

www.law-net.eu; www.sellier.de

Este borrador ha sido preparado por el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law —Acquis Group— y está basado, en parte, en una versión revisada de los Principios sobre Derecho Contractual Europeo (4), elaborados por el Study Group, y dirigidos por Christian VON BAR (5).

(4) Principles of European Contract Law, editado por VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE y otros (2008).

(5) El Grupo elaboró un borrador ilustrativo de la posible estructura del Código (revisado en noviembre de 2004):

PREÁMBULO.

Libro I. Disposiciones generales.

Libro II. Contratos y otros actos jurídicos.

Capítulo 1. Disposiciones generales en contratos.

Capítulo 2. Formación de un contrato.

Capítulo 3. Autoridad de agentes en lo referente a contratos.

Capítulo 4. Validez de contratos (incluyendo ilegalidad).

Capítulo 5. Interpretación de contratos.

Capítulo 6. Contenido y efectos de contratos.

Libro III. Capítulo 7. Aplicación de las reglas anteriores a otros actos jurídicos.

Obligaciones [derechos y] Contractuales y Extracontractuales.

Capítulo 1. Cumplimiento de obligaciones contractuales.

Capítulo 2. Incumplimiento de obligaciones contractuales.

Capítulo 3. Remedios particulares frente al incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Capítulo 4. Aplicación de las reglas anteriores a las obligaciones extra contractuales,

Capítulo 5. Derechos y obligaciones condicionales (título provisional y colocación pendiente de ulterior debate).

Capítulo 6. Pluralidad de deudores y de acreedores.

Capítulo 7. Cambio de las partes.

— Determinación del derecho a cumplir.

— Sustitución del nuevo deudor.

— La transferencia de la posición legal de las partes (derechos y obligaciones).

Capítulo 8. Extinción.

Capítulo 9. Prescripción.

Libro IV. Contratos específicos.

Libro V. Intervención benévola (*negotiorum gestio*).

Libro VI. Responsabilidad Extracontractual por daños.

Libro VII. Enriquecimiento injusto.

Libro VIII. Transmisión de bienes muebles.

Libro IX. Los derechos de garantía sobre bienes muebles.

Libro X. Trust.

Apéndice I. Definiciones de términos. 9.

Y entre sus trabajos publicados se encuentran sus obras sobre *Principles of European Law*:

- «Benevolent Intervention in Another's Affairs» (VON BAR, 2006).
- «Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts» (HESSELINK *et al.*, 2006).
- «Service Contracts» (BARENDRECHT *et al.*, 2006).
- «Personal Security» (DROBNIG, 2007).
- «Lease of Goods» (LILLEHOLT *et al.*, 2007).
- «Sales Contract» (HONDIUS *et al.*, 2008).

En este borrador se presenta el primer Proyecto académico de un Marco Común de Referencia, en el que se contienen Principios, Definiciones y Reglas Modelo de Derecho Privado Europeo. Este esbozo de Edición Provisional tiene, entre otros objetivos, cumplir la misión encargada por la Comisión Europea en 2005, tras el encargo recibido por el Plan de Acción para armonizar el Derecho Contractual Europeo, en enero de 2003.

El DCFR es un texto académico en el que se exponen los resultados de un gran proyecto de investigación europeo que invita a la reflexión, promueve el conocimiento del Derecho Privado europeo y muestra un análisis comparativo de los ordenamientos jurídicos europeos que parten de una base común, y pueden aportar soluciones a los problemas y dudas jurídicas que se plantean ante los tribunales europeos y organismos oficiales encargados de armonizar y modernizar los Derechos nacionales y construir un Derecho Privado europeo (6).

2. INTENTOS DE APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES EUROPEAS EN MATERIA JURÍDICO-REAL

Las propuestas unificadoras del Derecho Privado europeo se han centrado hasta ahora en el ámbito del Derecho de Contratos, pero también se ha considerado la necesidad de efectuar algunas incursiones en materia de Derechos Reales, como es el caso del Libro Verde sobre el Crédito Hipotecario presentado por la Comisión el 19 de julio de 2005 (COM. 2005, 327 final), la Directiva 1993/7, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (I. 75) (DOCE L 74, de 27 de marzo de 1993, 74), la Directiva 1994/47, de 26 de octubre de 1994 (I. 70), sobre derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE L 280, de 29 de octubre de 1994, 83), el Convenio de La Haya, de 1 de julio de 1985, sobre ley aplicable al Trust (II. 35) y Principios de Derecho Privado Europeo de Trust (III. 20).

Sus trabajos de próxima aparición están proyectados, y serán, también, incluidos dentro de la obra común *Principles of European Law*:

- «Non-Contractual Liability Arising out of damage Caused to Another» (VON BAR, julio 2009).

- «Unjustified Enrichment» (SWANN/VON BAR, mayo de 2010).
- «Proprietary Security in Movable Assets» (DROBNIG, abril de 2011).
- «Acquisition and Loss of Ownership of Goods» (LURGER/FABER, abril de 2011).
- «Loan Contracts» (DENIS PHILIPPE, abril de 2011).
- «Trust Law» (SWANN, noviembre de 2010).
- «Donation» (SCHMIDT-KESSEL, agosto de 2010).
- «Mandate Contracts» (LOOS/BUENO DÍAZ, enero de 2011).
- «Terminology, Notion of Consumer, E-Commerce» (CLIVE *et al.*, agosto de 2009).

(6) http://www.law-net.eu/en_index.htm

Desde el mismo TCE, el artículo 295 se refiere al derecho de propiedad, estableciendo que: «el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros», y en la Carta de Derechos Fundamentales (DOCE C 364, 18/12/2000), el artículo 17 dispone que: «toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos...».

La referencia parece demasiado genérica, quizá para dejar amplio margen de actuación a las legislaciones nacionales para continuar con sus particularidades o intentar adoptar una regulación unitaria del Derecho de Propiedad y sus formas de transmisión.

Existen opiniones, como la de Esther ARROYO (7), que entienden que estos textos lo único que pretenden «es dejar claro que no es propósito de la Comunidad interferir en el sistema de adquisición de la propiedad y, en definitiva, que la construcción de una Unión Europea no significará su socialización». Sin embargo, tampoco existe obstáculo para deducir que la no referencia al sistema de transmisión de la propiedad, no implica una renuncia a su unificación futura si se logra el oportuno consenso.

De hecho, esta autora llega a afirmar que: «el Consejo Europeo de Tampere tampoco aludió únicamente al Derecho Contractual, sino que en su dictamen sobre la primera Comunicación de la Comisión reivindicaba la elaboración de un estudio sobre el Derecho de responsabilidad civil y el Derecho de Propiedad. Así pues, no resulta comprensible por qué la Comisión no constata que el marco de referencia y las restantes acciones pueden ir más allá del Derecho contractual. Sería deseable que se aclarara esta situación, sobre todo porque incluso en las negociaciones entabladas en el seno de la Convención no se contempla tal limitación» (8).

Textualmente el Consejo Europeo, celebrado en Tampere (Finlandia) los días 15 y 16 de octubre de 1999, llegó a reconocer, en su conclusión 39, que: «Por lo que respecta al Derecho material, se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles. El Consejo debería informar antes de finales de 2001».

2.1. INICIATIVAS DEL STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE

En este sentido, resulta adecuado hacer referencia a los propios trabajos e iniciativas del Study Group on a European Civil Code (9). Puede ser interesante recordar que este Grupo de Estudio se constituyó en 1998, examinando

(7) ARROYO I AMAYUELAS (2003, págs. 648-650).

(8) ARROYO I AMAYUELAS (2008, pág. 72).

(9) Ver al respecto, VON BAR (2000, págs. 127-139); <http://www.sgecc.net/>

do los resultados de la Conferencia Internacional «Hacia un Código Civil Europeo», organizada por el Ministerio holandés de Justicia, y celebrada en La Haya en 1997.

La Conferencia había sido convocada a propósito de las dos Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 (Resolution on Action to bring into line the private law of the member states, de 26 de mayo de 1989, DOCE de 26 de junio) y 1994 (Resolution on the harmonisation of certain sectors of the private law of the member states, de 6 de mayo de 1994, DOCE de 25 de julio), a favor de la unificación del Derecho Privado Europeo (10).

El Study Group presentó un borrador en el que sí se empezó a incluir, entre las materias a unificar en la actualidad, el régimen de la propiedad y su transmisión, ya que se dedica el Libro VIII a «la transmisión de la propiedad de bienes muebles», cuya dirección se encuentra a cargo de los profesores Brigitta Lurger y Michael Rainer, con sede en Salzburgo.

El Libro VIII, cuenta ya con seis capítulos esbozados sobre:

Capítulo 1. Disposiciones generales:

- Sección 1. Ámbito de aplicación y relación con otras disposiciones.
- Sección 2. Definiciones.
- Sección 3. Otras reglas generales.

Capítulo 2. Transmisión de la propiedad basada en el derecho o facultad de transmitir del transmitente:

- Sección 1. Requisitos de transmisión de la propiedad.
- Sección 2. Efectos.
- Sección 3. Consideraciones especiales.
- Sección 4. Disposiciones complementarias.

Capítulo 3. Adquisición de la propiedad de buena fe.

Capítulo 4. Adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva.

Capítulo 5. Adquisición de la propiedad por accesión, confusión y especificación.

Capítulo 6. Protección de la propiedad y protección de la posesión.

Capítulo 7. Otras reglas.

Cabe destacar que las reglas del *Libro VIII* sólo se refieren a los supuestos de *transmisión derivativa de la propiedad de bienes muebles* y establecen como requisitos básicos para que se realice válidamente la transmisión (capítulo 2, arts. 2:101, 2:102, 2:103, 2:104 y 2:105) (11):

(10) Ver sobre ambas Resoluciones, Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES (2002, págs. 387-389 y 121-122).

(11) LIBRO VIII. CAPÍTULO 2: TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD BASADA EN EL DERECHO O FACULTAD DEL TRANSMITENTE.

Sección 1: Requisitos de transmisión de la propiedad.

Artículo 2:101: Requisitos generales de transmisión de la propiedad [1] La transmisión de la propiedad de un mueble requiere: a) que los transmitentes tengan derecho o facultad

- a) La facultad de disponer del transmitente en el momento en que se transmite la propiedad, y si no la tuviera en dicho momento, la transmisión no se produciría, salvo obtención posterior de dicha facultad por el transmitente, o ratificación de la persona con facultades para ello.
- b) Existencia de obligación de transmitir (art. 2:103), ya sea como consecuencia de un contrato previo, oneroso o gratuito, otro acto jurídico (que no sea en materia de sucesión universal o expropiación forzosa —art. 1:101—), o por disposición de ley. Una obligación que debe ser existente, válida y eficaz, pues en caso contrario se entenderá que la propiedad no se transmite o no se ha transmitido nunca, con el consiguiente efecto retroactivo en caso de haberse producido la entrega (art. 2:203).
- c) Entrega (art. 2:104) de la posesión del bien por el transmitente al adquirente o un acto equivalente a la entrega (art. 2:105), en cuyo caso se estudian varias posibilidades:
 - Si el mueble está en posesión del adquirente, el surgimiento de la obligación tiene el mismo efecto que la entrega, salvo acuerdo entre las partes.
 - Si el mueble está en posesión de terceros, el efecto de la entrega se alcanzará cuando los terceros reciban la notificación del transmitente informando del hecho de la transmisión, salvo acuerdo entre las partes.
 - Cuando se elabora un documento (físico o electrónico) que da derecho al poseedor del documento a exigir la entrega del mueble, ya se encuentre éste en posesión del transmitente o de terceros, se entenderá efectuada la entrega salvo acuerdo entre las partes.

de transmitir la propiedad del mueble; b) la entrega o un equivalente a la entrega o a un acuerdo en cuanto al momento de transmisión de la propiedad [o el registro], y c) una obligación de transmitir la propiedad. [2] Cuando la obligación define el mueble en términos genéricos, la propiedad se transmite solamente cuando el mueble se identifica en el momento de cumplimiento de la obligación.

Artículo 2:102: Los transmitentes deben tener el derecho o la facultad de transmitir la propiedad del mueble en el momento de efectuarse la transmisión. Si el transmitente carece de dicho derecho o facultad de transmitir la propiedad en aquel momento, la transmisión se producirá cuando se obtenga tal derecho o la persona que lo ostente haya ratificado, posteriormente, la transmisión. Realizada la ratificación, la transmisión producirá los mismos efectos que si hubiera sido realizada inicialmente con dicha facultad.

Artículo 2:103: Obligación de transmitir la propiedad [1]. La obligación de transmitir la propiedad puede provenir de un contrato, de otro acto jurídico o disposición de la ley. [2] A efectos de este libro, una obligación en el sentido del artículo 2:101 también puede deducirse de una transmisión gratuita.

Artículo 2:104: Entrega [1]. A los efectos de este libro, la entrega de un mueble se produce cuando el transmitente otorga y el adquirente obtiene la posesión del mueble.

Por lo tanto, el requisito de la entrega se flexibiliza, en el sentido de respetar todas las formas de entrega, desde la entrega material, la equivalente, simbólica e instrumental, hasta la producida por acuerdo entre las partes, como la *brevi manu* y el *constituto posesorio*.

Pero esta entrega debe producirse como consecuencia de una previa obligación de transmitir, que ha de ser existente, válida y eficaz, por lo que no basta la mera voluntad de transmitir y adquirir de los transmitentes y adquirentes. Ello significa, claramente, la aplicación de la clásica Teoría del Título y Modo, acogida por el Código Civil español, el sistema de transmisión causal de la propiedad.

Parece, por tanto, que, dentro del Grupo de Estudio sobre un Código Civil europeo, el equipo de trabajo que se ocupa de estudiar y proponer reglas para la transmisión de bienes muebles, se decanta por acoger la Teoría del Título y Modo como base del sistema de transmisión de la propiedad de bienes muebles en la UE.

Decisión que creo es la más acertada, porque es la que proviene de nuestras raíces jurídicas comunes y la que conlleva mejor publicidad del acto jurídico de la transmisión, y mayor seguridad entre las partes y frente a terceros.

2.2. EL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE EN MATERIA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD MOBILIARIA

Fruto del borrador presentado por el Study Group sobre el régimen de la propiedad mobiliaria y su transmisión, el nuevo borrador del Marco Común de Referencia dedica, también, un Libro VIII a «la transmisión de la propiedad de bienes muebles»:

El Libro VIII reproduce casi íntegramente el texto del borrador presentado por el Study Group y presenta la siguiente estructura:

Capítulo 1. Disposiciones generales:

- Sección 1. Ámbito de aplicación y relación con otras disposiciones.
- Sección 2. Definiciones.
- Sección 3. Otras reglas generales.

Capítulo 2. Transmisión de la propiedad basada en el derecho o facultad de transmitir:

- Sección 1. Requisitos de transmisión de la propiedad.
- Sección 2. Efectos.
- Sección 3. Consideraciones especiales.

Capítulo 3. Adquisición de la propiedad de buena fe.

Capítulo 4. Adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva.

Capítulo 5. Adquisición de la propiedad por accesión, confusión y especificación.

Capítulo 6. Protección de la propiedad y protección de la posesión.

Capítulo 7. Efectos de la restitución de bienes.

Cabe destacar que las reglas del *Libro VIII* sólo se refieren, también, a los supuestos de *transmisión derivativa de la propiedad de bienes muebles* y establecen como requisitos básicos para que se realice válidamente la transmisión (capítulo 2, arts. 2:101, 2:102, 2:103, 2:104, 2:105) (12):

- a) Existencia de los bienes.
- b) Transmisibilidad de los bienes.

(12) LIBRO VIII. CAPÍTULO 2: TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD BASADA EN EL DERECHO O FACULTAD DEL TRANSMITENTE.

Sección 1: Requisitos de transmisión de la propiedad.

Artículo 2:101: Requisitos generales de transmisión de la propiedad: [1] La transmisión de la propiedad de un mueble requiere que: a) los muebles existan, b) que los bienes sean transmisibles, c) que los transmitentes tengan derecho o facultad de transmitir la propiedad del mueble, d) que exista obligación del transmitente de transmitir al adquirente en virtud de un contrato u otro acto jurídico, una sentencia judicial u otra causa legal, e) que exista un acto de entrega o un equivalente a la entrega o un acuerdo en cuanto al momento de transmisión de la propiedad y se cumplan las condiciones establecidas en ese acuerdo. Dicha entrega debe traer causa de un contrato u otro acto jurídico anterior o de la ley.

Cuando la obligación define el mueble en términos genéricos, la propiedad se transmite solamente cuando el mueble se identifica.

Artículo 2:102: Los transmitentes deben tener el derecho o la facultad de transmitir la propiedad del mueble en el momento de efectuarse la transmisión. Si el transmitente carece de dicho derecho o facultad de transmitir la propiedad en aquel momento, la transmisión se producirá cuando se obtenga tal derecho o la persona que lo ostente haya ratificado, posteriormente, la transmisión. Realizada la ratificación, la transmisión producirá los mismos efectos que si hubiera sido realizada inicialmente con dicha facultad. Sin embargo, los derechos adquiridos por terceros anteriores a la ratificación no se verán afectados.

Artículo 2:103: El momento de transmisión de la propiedad puede ser determinado por las partes, excepto en los casos en los que la inscripción registral es requisito constitutivo según la ley nacional aplicable.

Artículo 2:104: Entrega [1]. A los efectos de este libro, la entrega de un mueble tiene lugar cuando el transmitente otorga y el adquirente obtiene la posesión del mueble.

Posesión. Si el contrato, acto jurídico, sentencia judicial o la ley imponen el transporte de las mercancías por el porteador o una serie de transportistas, la entrega de los bienes tiene lugar cuando el transmitente entrega la mercancía al transportista o el adquirente obtiene la posesión de los bienes.

Artículo 2:105: Equivalentes a la entrega.

Cuando las mercancías se encuentran ya en la posesión del adquirente, la retención de los bienes en virtud del contrato, acto jurídico, sentencia judicial o por ley, tiene el mismo efecto que la entrega.

En caso de que una tercera persona posea los bienes en nombre del transmitente, la entrega se producirá cuando el transmitente notifique al poseedor material la transmisión al adquirente, o en un momento posterior si así se establece en la notificación.

El mismo efecto que la entrega de las mercancías se logra cuando el adquirente ejercita las acciones posesorias que le correspondan.

Cuando un poseedor inmediato emite un documento, físico o electrónico, obligándose a entregar los bienes, éste es equivalente a la entrega.

- c) La facultad de disponer del transmitente en el momento en que se transmite la propiedad, y si no la tuviera en dicho momento, la transmisión se produciría cuando se obtuviera tal derecho o la persona que lo ostente haya ratificado, posteriormente, la transmisión. Realizada la ratificación, la transmisión producirá los mismos efectos que si hubiera sido realizada inicialmente con dicha facultad. Sin embargo, los derechos adquiridos por terceros anteriores a la ratificación no se verán afectados.
- d) Existencia de obligación de transmitir, como consecuencia de un contrato previo, acto jurídico, sentencia judicial o por.
- e) Entrega de la posesión del bien por el transmitente al adquirente o un acto equivalente a la entrega, en cuyo caso se estudian varias posibilidades:
 - Si el mueble está en posesión del adquirente, el surgimiento de la obligación tiene el mismo efecto que la entrega, salvo acuerdo entre las partes.
 - Si el mueble está en posesión de terceros, el efecto de la entrega se alcanzará cuando los terceros reciban la notificación del transmitente informando del hecho de la transmisión, salvo acuerdo entre las partes.
 - Cuando se elabora un documento (físico o electrónico) que da derecho al poseedor del documento a exigir la entrega del mueble.

Se conserva, pues, el requisito de la entrega, en todas sus formas, materiales y espiritualizadas, incluyendo el acuerdo entre las partes. Pero además, dicha entrega debe estar causalmente enlazada con una previa obligación de transmitir, derivada de un contrato, acto jurídico, sentencia judicial o ley, por lo que, como apuntaba el borrador del Study Group, no basta la mera voluntad de transmitir y adquirir de los transmitentes y adquirentes. Ello significa el acogimiento del sistema español de transmisión causal de la propiedad y la clásica Teoría del Título y Modo, recogida en el artículo 609 del Código Civil español.

No obstante, cabe volver a recordar que estas reglas de transmisión de bienes sólo se redactan en relación a *goods*, es decir, a bienes muebles, por lo que la propiedad inmobiliaria y su sistema de transmisión sigue fuera del proceso unificador, pretendido por el Marco Común de Referencia.

Por ello, aún es necesario insistir en la necesidad de que se incluya en un futuro cercano, ante la inseguridad jurídica que supone para el tráfico de bienes inmuebles en la Unión Europea, la existencia de los diferentes regímenes legales de transmisión de propiedad.

2.3. PERSPECTIVA UNIFICADORA DE LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

a) *Estado actual*

En materia inmobiliaria, los grupos de trabajos preparatorios del Derecho Privado europeo aún no han intentado la unificación de los sistemas de transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, pero también debería comenzar a plantearse en un futuro próximo, ya que la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2001 (13), en su punto 13, consideraba que «los problemas que se registran en la actualidad con la celebración, la ejecución y la resolución de los contratos no pueden solucionarse sin abordar cuestiones relacionadas con los requisitos formales generales o con las disposiciones legales relativas a la responsabilidad extracontractual, el enriquecimiento sin causa o los derechos reales» (14).

Y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 15 de marzo de 2003 (15), en su punto 41, advierte, preocupada, que «no debe olvidarse que la posibilidad de elegir la legislación sólo se aplica al Derecho contractual y no a las disposiciones sobre derechos reales (por ejemplo, el traspaso de la propiedad) a los que se aplica la legislación del lugar de ubicación de la cosa (*lex rei sitae*). Muchas empresas no conocen esta limitación. Se ha señalado que la legislación comunitaria (16) soluciona parte del problema al prever la posibilidad de hacer uso de una cláusula de reserva de la propiedad, pero no va más allá de esto.

En vista de estas preocupaciones, la Comisión encargó un estudio sobre estas cuestiones (2002/DO S154-122573, de 9 de agosto 2002).

Y aunque se reconoce que la materia de estudio por excelencia es, hoy por hoy, el Derecho contractual, entiende que también los trabajos de investigación deberían empezar a incluir el ámbito del Derecho de propiedad «para determinar si las diferencias de las legislaciones de los Estados miembros en estos ámbitos constituyen en la práctica obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior» (punto 63 b).

(13) Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros [COM (2001) 398-C5-0471/2001-2001/2187 (COS)].

(14) Aunque dentro de su plan de acción más inmediato no se persiga con prioridad y se quede, de momento, en el intento de unificación del Derecho de transmisión de la propiedad de bienes muebles. Punto 14 a).

(15) Comunicación de la Comisión, 15 de marzo de 2003 (DOC 15 de marzo 2003, núm. 63), sobre Plan de Acción para conseguir un Derecho contractual europeo más coherente [COM (2003/0068 final) y LCEur 2003/693].

(16) Directiva 2000/35/CE (LCEur/2000/2084) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DO L 200 de 8 de agosto de 2002).

Esta preocupación no es nueva en la doctrina española, pues juristas de reconocido prestigio ya habían mostrado su inquietud por la falta de «interés» en el ámbito de la UE por la unificación de los sistemas de transmisión de la propiedad, que tan interrelacionados están con el ámbito contractual.

En este sentido, Luis Díez-PICAZO, Encarna ROCA y Antonio Manuel MORALES (17), entre otros autores (18), han advertido que «alguna dificultad adicional surge por lo que se refiere a materias que en la tradición escolar del Derecho europeo continental es difícil situar en el Derecho de contratos o en lo que nosotros llamamos Derecho de cosas. Nos referimos, lógicamente, a los sistemas de transmisión de la propiedad que son muy difícilmente escindibles en una y otra rama del Derecho Privado, porque resulta enormemente difícil estructurar un Derecho de contratos sin referirse al problema relativo a la transmisión de la propiedad. Por estas razones algunos autores han entendido que ese pretendido Código Civil europeo debía ser un Código europeo de Derecho Civil Patrimonial» (19).

Para Sergio CÁMARA, los aspectos contractuales y de derechos reales relacionados con bienes inmuebles «son también dignos de atención en un mercado interior en el que la inversión inmobiliaria transfronteriza es notoria y cabe detectar problemas por falta de armonización» (20).

En este sentido puede advertirse cómo, incluso en el Draft Common Frame of Reference, se menciona indirectamente la cuestión de la transmisión de la propiedad, ineludiblemente ligada a los contratos con finalidad traslativa, en relación con el contrato de arrendamiento, pues al hilo del contrato de arrendamiento de bienes muebles se trata la figura del *Leasing*, cuya naturaleza jurídica parece acoger la fórmula del arrendamiento con opción de compra, que en último término transmite la propiedad al usuario del bien objeto del contrato. Con esta fórmula podría empezar a admitirse un sistema de transmisión de la propiedad basado en el «título y el modo», pues aquí se mantendría la entrega en la forma de *traditio brevi manu*.

No obstante, también es cierto, que aunque expresamente se declara que de dicha propuesta de regulación del contrato de arrendamiento de bienes muebles no se excluyen los arrendamientos en los que «el contrato tenga una finalidad de financiación, de que el arrendador tenga la función de parte financiadora o que el arrendatario tenga la opción de llegar a ser el dueño de

(17) Véase, Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/ MORALES (2002, pág. 123).

(18) PAU PEDRÓN (2004, págs. 9-21); VON BAR/DROBNIG (2004, pág. 319). Aunque para estos autores todavía no ha llegado el momento de la armonización de los sistemas de transmisión de la propiedad respecto de bienes inmuebles, en vista del poco interés suscitado en la práctica comercial.

(19) Díez-PICAZO (1995, págs. 40 y 43), ha partido siempre, como idea fundamental, de la «premisa de la irreductible unidad del Derecho Civil Patrimonial».

(20) CÁMARA LAPUENTE (2005, pág. 287), como ya advirtió anteriormente (2003, págs. 353-356).

los bienes», no sólo no se aborda la cuestión de la transmisión de la propiedad sino que directamente, se concluye advirtiendo que dicha propuesta de regulación se ocupa únicamente del aspecto contractual, obligacional, del arrendamiento de bienes muebles (21).

Respecto a la propia figura del *Leasing*, los países de la Unión Europea mantienen una regulación bastante uniforme, o, como mínimo, con pocas diferencias.

En los Ordenamientos jurídicos de la Unión Europea, la regulación del *Leasing* se plasma en leyes que otorgan a esta figura la naturaleza jurídica de arrendamiento con opción de compra. Destacan, en nuestra cultura más cercana (22):

- Francia: Ley de 2 de julio de 1966, número 66/455, sobre *crédit-bail*; Ordenanza de 28 de septiembre de 1967 y diferentes disposiciones de carácter fiscal (Decretos de 4 de febrero de 1972 y 4 de julio de 1972, núm. 72/665).
- Bélgica: Decreto Real número 55, de 10 de noviembre de 1967, sobre *location-financement* de bienes muebles.
- Italia: Ley de 2 de mayo de 1976, sobre *leasing* financiero.
- Alemania: Decretos del Ministerio de Economía y Finanzas de 19 de abril de 1971, sobre *leasing* de bienes muebles, 23 de marzo de 1972 y 22 de diciembre de 1975, sobre *leasing* de bienes inmuebles en el ámbito fiscal, dejando libertad de actuación a los interesados en el plano sustantivo.
- Portugal: Decreto-ley 149/1995, de 24 de junio, sobre el contrato de locación financiera, modificado por Decreto-ley número 265/97, de 2

(21) Part B.
Lease of goods.
Chapter 1:
Scope of application and general provisions.
IV. B. – 1:101: Lease of goods.

[1] This Part of Book IV applies to contracts for the lease of goods.

[2] A contract for the lease of goods is a contract under which one party, the lessor, undertakes to provide the other party, the lessee, with a temporary right of use of goods in exchange for rent. The rent may be in the form of money or other value.

[3] This Part of Book IV does not apply to contracts where the parties have agreed that ownership will be transferred after a period with right of use even if the parties have described the contract as a lease.

[4] *The application of this Part of Book IV is not excluded by the fact that the contract has a financing purpose, the lessor has the role as a financing party, or the lessee has an option to become owner of the goods.*

[5] *This Part of Book IV regulates only the contractual relationship arising from a contract for lease.* www.law-net.eu

(22) Según el riguroso análisis de Derecho Comparado del tema realizado por GIOVANOLI (1980, págs. 109 y sigs.).

Ver, actualmente, el extenso estudio realizado por GARCÍA SOLÉ (2008, págs. 121-177).

de octubre, y Decreto-ley número 285/2001, de 3 de noviembre. Este régimen se completa con el Decreto-ley número 72/95, de 15 de abril, sobre sociedades de locación financiera, y ha sido modificado por Decreto-ley número 285/2001 (23).

Por otro lado, también sería importante mencionar el moderno Derecho Uniforme contenido en el Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, que en sus artículos 30 y 41, dispone:

- Artículo 30: «El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención».
- Artículo 41: «El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el artículo 42».

No obstante, el artículo 4 establece que: «La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular:

- a) A la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso.
- b) A los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas».

En este sentido, ROJO AJURIA (24) advierte que, como la doctrina constata, «fueron las grandes diferencias existentes entre los distintos sistemas de transmisión de la propiedad las que obligaron a renunciar a toda pretensión de uniformidad en esta materia. Tal inconveniente queda atenuado por la regulación en la Convención de la transmisión del riesgo (arts. 66-70) y la conservación de las mercaderías (arts. 85-88).

La Convención establece la obligación de transmitir la propiedad de las mercaderías (art. 30), libre de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero (art. 41). Sin embargo, será el Derecho interno aplicable el que deter-

(23) Véase sobre el tema, TAPIA SÁNCHEZ (2003, págs. 133-138).

(24) ROJO AJURIA (2006, pág. 86).

mine el tiempo y las condiciones de transmisión de la propiedad y de la posesión en sentido técnico-jurídico. De la misma manera será el Derecho interno el que determine los posibles derechos de propiedad sobre las mercaderías de terceras personas. Los esfuerzos para establecer normas internacionales uniformes sobre los derechos de los adquirentes de buena fe todavía no han fructificado».

Sin embargo, como considera FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (25), «la entrega de la mercadería se realiza precisamente con la finalidad de que el comprador adquiera su propiedad. Esta es la nota que caracteriza el contrato de compraventa frente a los restantes tipos negociales en que —como sucede con el arrendamiento, por ejemplo— pueda mediar también la entrega de la cosa. El artículo 30 de la Convención de Viena —en relación con el art. 41 de la Convención de Viena (el art. 41 obliga al vendedor a «entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el art. 42»— anuda de forma expresa e inequívoca, entrega y transmisión de su propiedad como elementos configuradores de la posición del vendedor. La regulación de esta obligación deja, no obstante, imprejuzgada la cuestión de su cumplimiento».

Y añade que, en función de lo dispuesto en el artículo 4 de la Convención de Viena, se «renuncia a establecer, en cuanto tal, los cauces de carácter jurídico-real a través de los cuales la propiedad deba ser transmitida. La verificación de si esta última se ha producido queda, por consiguiente, remitida a las normas del Derecho interno, cuyas prescripciones formales deberán ser observadas asimismo por el vendedor».

Pero defiende, también, que «así las cosas —y dado el silencio que en esta materia guarda la Convención— parece razonable afirmar, a la vista básicamente de aquellos ordenamientos nacionales, que —como el nuestro o el alemán— subordinan la transmisión de la propiedad a la entrega de la cosa (sistema de venta obligacional por contraposición al de venta traslativa propio de los Derechos francés e italiano), que, en Derecho uniforme, el cumplimiento de la obligación de procurar tal transmisión se anuda a la exigencia de *entregar* estas últimas al comprador, en los términos previstos en el artículo 31 de la Convención de Viena. Esta última norma tipifica determinadas actuaciones del vendedor destinadas justamente a posibilitar que el comprador entre en posesión de la cosa».

Y en este sentido MIQUEL GONZÁLEZ (26) entiende que «la Convención excluye expresamente de su ámbito de aplicación los efectos que el contrato

(25) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2006, págs. 245-247).

(26) MIQUEL GONZÁLEZ (2006, págs. 362 y sigs.).

pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas (art. 4.b). Esta exclusión puede resultar extraña en los sistemas de transmisión por el simple contrato, pero es comprensible dadas las divergentes soluciones existentes en el Derecho Comparado y por supuesto es lógica desde la óptica de los sistemas que no otorgan a la venta dicha eficacia (Derecho alemán) o sólo se la otorgan en concurrencia con otros presupuestos y requisitos (Derecho español, austríaco, holandés o suizo).

b) Argumentos y criterios favorables a la unificación

En el camino de conseguir una real y efectiva unificación del Derecho Patrimonial de la Unión Europea, y, por tanto, del ámbito jurídico obligacional y real, los trabajos unificadores de la transmisión de la propiedad deberían tener por objeto tanto los bienes muebles como los inmuebles. Esta consideración ha sido manifestada ya por algunos estudiosos e investigadores europeos, por lo que es importante divulgar su encomiable labor en apoyo de la adopción o recomendación de unificar los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en la Unión Europea.

En este ámbito destacamos los estudios del Profesor Sjef VAN ERP, Catedrático de Derecho Civil y Derecho Privado europeo y Director de la Escuela de Posgrado de Derecho en la Universidad de Maastricht, que en varios de sus trabajos ha comentado la conveniencia de ampliar el Marco Común de Referencia, del mero ámbito obligacional, al aspecto jurídico-real del Derecho Contractual.

En este sentido destaca la ponencia pronunciada en el Symposium Internacional «Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law», organizado por el Centre for European Private Law (CEP) y la Westfälische Wilhelms-Universität de Münster, en diciembre de 2007 (27).

En su intervención, «DCFR and Property Law: the need for consistency and coherence», recoge sus comentarios e ideas expuestas en trabajos anteriores, acerca de la necesidad de armonizar o unificar el Derecho patrimonial europeo en su conjunto, sin dejar de lado la regulación del Derecho de Propiedad en el Marco Común de Referencia.

Su ponencia (28) resalta, así, la importancia de la regulación del Derecho de Propiedad, como causa o consecuencia directa de los contratos traslativos, en interés de la seguridad jurídica en Europa.

(27) Ver al respecto, la recensión a SCHULZE realizada por QUIÑONES ESCAMEZ (2008).

(28) SCHULZE (2008), obra en la que se recopilan las intervenciones de los participantes en el Congreso *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, celebrado en la Universidad de Münster en diciembre de 2007.

De hecho, en un trabajo posterior sobre «Security interests: A secure Start for the development of European property law» (29), declara que, antes de revisar los derechos reales de garantía, como la hipoteca, que sí van siendo objeto de estudio, sería necesario, como mínimo, un análisis profundo del Derecho de Propiedad en la legislación europea, desde su perspectiva histórica y comparada, tesis que ya manifestó en sus primeros estudios o aproximaciones a esta materia (30).

En otras palabras, dice Sjef VAN ERP, se trata de incluir también el Derecho de Propiedad en el Marco Común de Referencia, ya que la contratación que tiene por objeto la transmisión de la propiedad encuentra sus mayores obstáculos en la diversidad de regulaciones del Derecho de Propiedad.

En este sentido, señala este autor, que, ya en 1972, la Comisión Europea publicó un trabajo realizado por Wulf GRAVENHORST, Trevor HARTLEY y Ole LANDO, sobre «el Derecho de Propiedad en la Comunidad Europea». GRAVENHORST se ocupó de la legislación de los países fundadores de la Unión Europea (Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos). HARTLEY examinó Reino Unido e Irlanda, y LANDO analizó del Derecho de Dinamarca con algunos comentarios sobre la legislación noruega.

Sin embargo, y aunque su objetivo era preparar la unificación del Derecho Internacional Privado en el ámbito del Derecho de Propiedad, se centraron en los derechos de garantía sobre bienes muebles.

Como concluye este mismo autor, los esfuerzos de unificación o armonización no se centraron en las normas sustantivas del Derecho de Propiedad, ante la creencia de que era demasiado complejo y casi imposible encontrar un marco común entre el *Civil Law*, *Common Law*, y las tradiciones jurídicas de los países escandinavos.

Sin embargo, esta tarea no resulta tan inalcanzable para este autor (31), si se parte de principios y grandes reglas comunes en todos los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea, dejando al margen las diferencias técnicas de implantación legislativa o jurisprudencial, derivadas de las diversas opciones políticas y tradiciones de cada Estado miembro.

En definitiva, sobre lo que hay que ponerse de acuerdo es en la forma de extraer los principios y normas básicas comunes que subyacen en los distintos

(29) VAN ERP (2008, págs. 1-10). Texto que puede verse en: http://www.zerp.uni-bremen.de/deutsch/pdf/dp8_2008.pdf. y Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1297282>.

(30) VAN ERP (2006, pág. 14), S.: *European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?*, conferencia pronunciada en Sixth Walter van Gerven Lecture, Leuven Centre for a Common Law of Europe (Katholieke Universiteit Leuven, Faculty of Law), Ius Commune Research School/METRO (Maastricht University, Faculty of Law). Puede verse en [Http://www.europalawpublishing.com](http://www.europalawpublishing.com).

Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=99597>

(31) VAN ERP (2008, pág. 29 y sigs.).

Ordenamientos Jurídicos europeos, y en la forma de aplicarlas en los distintos Estados miembros, de forma rígida o con cierto grado de flexibilidad.

La obtención de dichos principios encuentra la primera dificultad en el origen del Derecho de Propiedad en los diferentes países europeos, pues los anglosajones conservan el *common law* arraigado en el sistema de propiedad feudal y los continentales abandonaron los sistemas feudales, y conservaron los principios y reglas del Derecho Romano. Por lo tanto, el Marco Común debe intentar conciliar ambas tradiciones jurídicas europeas, lo que significa que desde la perspectiva del *Civil Law* deberán admitirse ciertos elementos del sistema anglosajón y adoptar un tipo de pensamiento jurídico menos rígido, menos dogmático, y desde la perspectiva del *Common Law*, deben aceptarse, también, ciertos elementos del Derecho Romano y un estilo de razonamiento jurídico con más coherencia dogmática.

La segunda dificultad aparece con los diferentes sistemas de transmisión de la propiedad, ya que ello provoca una separación entre el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Propiedad en algunos Ordenamientos Jurídicos europeos, mientras que en otros no existe tal separación. Todo depende de si se adopta el modelo de transmisión consensual como en Francia o Italia, el sistema abstracto traslativo de Alemania, o el sistema de *traditio* causalmente enlazada al negocio jurídico que la precede, como en España.

VAN ERP aboga por una visión más global en la que el ámbito jurídico obligacional y el real no se encuentren tan separados.

Esta es la visión que VAN ERP mantuvo ya en sus primeros trabajos sobre esta cuestión, insistiendo en que: «puede resultar muy difícil, por no decir imposible, excluir el derecho de propiedad del Marco Común de Referencia», porque, en caso contrario, no podría dar una visión adecuada y completa incluso del derecho contractual. Es necesario, incluir algunos aspectos del derecho de propiedad (32).

De hecho, las reflexiones de Sjef VAN ERP no son completamente novedosas, pues juristas, también de reconocido prestigio, ya las habían manifestado con anterioridad y continúan insistiendo (33).

3. LA BASE COMÚN DE LA *TRADITIO* Y EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD. PERSPECTIVA HISTÓRICA-COMPARADA

Como mantiene Sjef VAN ERP en líneas anteriores, la unificación de los sistemas de transmisión de propiedad inmobiliaria requiere un previo análisis

(32) VAN ERP (2006, págs. 11-12).

(33) Véase, entre ellos, PARRA LUCÁN (2002, págs. 1167-1170); SACCO (2008, págs. 445-461).

profundo del Derecho de Propiedad en la legislación europea, desde su perspectiva histórica y comparada.

En este sentido es importante resaltar el estudio histórico, que tan magistralmente nos ofreció COING. Como bien resume este autor (34): «los preceptos sobre la transmisión de la propiedad son deducidos de textos de Inst. 2.1.40-42, D. 41.1.31, C. 2.3.20 y D. 12.4.3.8. De ellos resultan los dos elementos básicos de la regulación del Derecho Común. La transmisión válida de la propiedad presupone un acto de transmisión, la *traditio*, así como la voluntad de transmitir y de recibir la propiedad, una causa en un negocio jurídico, en particular un contrato, que esté dirigido a la transmisión de la propiedad, como compraventa o donación (*titulus, titre*). Con ello el *Usus Modernus* sigue, modernamente hablando, el principio de la tradición, no el principio contractual; además considera la transmisión de la propiedad no como un negocio jurídico real abstracto, sino como causal vinculado a un acto jurídico. La doctrina elaborada por GROCIO (*De iure belli ac pacis*, II, 6, 1) para el Derecho Natural, de que la transmisión de la propiedad exigía únicamente una declaración correspondiente de voluntad de las partes afectadas —GROCIO en oposición a los textos defendió que la *traditio* era un requisito del *ius civile*, no del *ius gentium*— no pudo imponerse en general en el Derecho Común, a la vista de textos tan claros como C. 2.3.20. Por el contrario, le siguieron en gran medida los iusnaturalistas alemanes, por ejemplo, Pufendorf y Wolff. Hay que destacar manifiestamente que muchos autores del *Usus Modernus* en conexión con Inst. 2.1.40-42 acentúan la necesidad de la voluntad de transmisión en el enajenante y de la voluntad de adquirir en el adquirente; en parte hasta se valora más la *traditio* que su expresión.

Mirando retrospectivamente (desde el desarrollo del Derecho Civil alemán) se puede hablar de que se anuncia la idea del contrato real. Pero esto precisamente sólo vale retrospectivamente; el *Usus Modernus* se atiene a las máximas contenidas en D. 41.1.31 pr. y C. 2.3.20 (35) y en la zona alemana ambos requisitos básicos fueron calificados y tratados en el marco de la doctrina general del *titulus* y *modus*, como *titulus* y *modus adquirendi dominium*. De acuerdo con ello, cuando una cosa es vendida varias veces, se atribuye una posición jurídica más fuerte a quien se le ha entregado la cosa».

«Como causa (*titulus, titre*) de la transmisión de la propiedad se considera todo negocio jurídico dirigido a la transmisión, *iusta et ad transferendum*

(34) COING (1996, págs. 383-391).

Véase, también, DIEZ-PICAZO (1966, pág. 555), recuerda que: «la tradición, dice un famosísimo pasaje de Ulpiano conservado en el Digesto justiniano (DIG. 19, 5, 7: *Traditio propria est alienatio rerum nec Mancipi. Hærem rerum dominia ipsa traditione adprehensimus, scilicet, si ex iusta causa traditæ sunt nobis*), es la enajenación de las cosas *nec Mancipi*. El dominio de estas cosas, continúa diciendo el jurisconsulto citado, lo adquirimos por la tradición si en virtud de una justa causa nos han sido entregadas».

(35) GORDON (1970, pág. 172).

dominium habilis, en particular, consiguientemente, el contrato de compraventa o donación, pero también v. gr., una disposición testamentaria, que instituye un legado genérico».

«La *traditio* se realiza en las diversas formas de transmisión de la posesión, tal como son descritas en el *Corpus Iuris*:

1. La doctrina intenta sistematizar los diversos *modi*; a este respecto las categorías son en particular diversas. Hay que destacar la división en *modi veri* y *ficti*. *Modi veri* son la entrega real de cosas muebles y la *introductio* en los inmuebles. *Modi ficti* son la *traditio brevi y longa manu* y sobre todo el constituto posesorio que el *Corpus Iuris* equipara a la verdadera entrega. Se califica de simbólica la tradición de objetos almacenados mediante la entrega de la llave.
2. El *constitutum possessorium* puede configurarse abstracta o concretamente, mediante indicación de la causa de posesión. La forma abstracta (llamado *constitutum simplex*) consiste en una declaración del enajenante *se rem ante suam nunc alieno nomine possidere*, añadida a un contrato dirigido a la transmisión de la propiedad, como la compraventa. Para ello se citan textos como D. 41.2.18 pr.; 41.2.21 pr. y 3; D. 6.1.77 y C. 8.54.26; en el constituto posesorio concreto, por ejemplo, se mencionan como causa el *precarium* y el *usufructus*.

Según la doctrina dominante, la forma abstracta basta para la transmisión de la propiedad, cuando existe una causa correspondiente (o un *titulus*) para la transmisión de la propiedad, como, por ejemplo, un contrato de compraventa. Se destaca de diferentes modos que la *traditio* es utilizada con frecuencia en la práctica por medio del constituto posesorio. ARAGÓN LISSA (GIL CUSTODIO DE LISSA Y GUEVARA, *Tyrocinium iurisprudentiae forenses, Cesar Augustae*, 1788, págs. 119-120) destaca que se transmite la propiedad si en el documento sobre el negocio causal (compraventa, donación) está recogida la *translatio possessionis*.

En el Derecho francés, la propiedad se transfiere por la compra de cosas muebles ya con el contrato de compra, pero sólo *inter partes*; frente a terceros sólo la tradición fundamenta el traspaso de propiedad. Por eso la cosa vendida antes de la entrega, todavía en manos del vendedor, puede ser hipotecada por un tercero. Esta es la base de la regulación de los artículos 711, 1.138 y 1.583 del *Code Civil*.

Por otra parte, en el Derecho escocés se rechazó fundamentalmente la *traditio ficta* y en particular el *constituto* posesorio y se exigió la entrega real.

La *traditio* conlleva la transmisión de la propiedad solamente cuando el enajenante tiene voluntad de transmitir, y el adquirente voluntad de conseguir

la propiedad. Esto se deduce de Inst. 2.1.40 y D. 41.1.9.3 y 4 y es destacado particularmente por muchos autores» (36).

Pero, ya en el siglo XIX, como continúa explicando COING (37), se produjeron considerables cambios en la regulación de la adquisición derivativa de la propiedad, apareciendo en la doctrina alemana la teoría del contrato real abstracto. La nueva teoría fue obra de SAVIGNY. SAVIGNY se basó para ello, por una parte, en una interpretación nueva de las fuentes romanas, y por otra, en una nueva teoría general de los contratos.

Por lo que a las fuentes se refiere, en contraposición a la doctrina dominante, que sobre todo se basaba en D. 41.1.31 pr. e Inst. 2.1.41, SAVIGNY partió de Inst. 2.1.40 y C. 4.50.6, así como del hecho de que en el derecho clásico la transmisión gratuita no tenía como base ningún contrato obligatorio.

SAVIGNY en su doctrina del contrato se enfrenta a la concepción tradicional de que el concepto de contrato era idéntico al de contrato obligatorio. Existen muchos contratos en todas las esferas del Derecho Privado, en particular, también en la de los derechos reales. Entre éstos SAVIGNY cuenta también la *traditio*. Así, la *traditio* es un verdadero contrato... pues contiene la declaración de voluntad de ambas partes orientada a la transmisión mutua de la posesión y de la propiedad y se fijan de nuevo las relaciones jurídicas de los contratantes (SAVIGNY, *System*. III, pág. 312).

Según esto la propiedad se transmite mediante un contrato, cuyo contenido único es la transmisión misma de la propiedad y cuya forma es la

(36) COING (1996, págs. 387-388), añade que: «numerosos derechos locales y territoriales preveían formas especiales para la transmisión de la propiedad en los *immuebles*, como declaración ante el consejo de la ciudad o ante otras autoridades y/o inscripción en libros públicos. Como ejemplos se mencionan v. gr., el derecho de Lübeck y sobre todo la regulación de las tablas territoriales (*Landtafeln*) de Bohemia y Moravia. Éstas permanecieron vigentes de acuerdo con los principios generales sobre la vigencia del Derecho Común.

Los juristas la comparan con la *mancipatio* del antiguo Derecho Romano y la conciben como una forma especial de *traditio*. No obstante, no son relacionadas con el negocio obligatorio que está en la base. Se acentúa que es válido el contrato de compraventa sin atender a la concesión. Por el contrario, se enseña que se atribuye mayor fuerza a la concesión estatutaria, judicial, que a la entrega de la posesión. Si el vendedor vende dos veces el inmueble y lo entrega a uno, y se lo concede judicialmente al otro, entonces éste ha adquirido la propiedad.

Los derechos exclusivos conectados con frecuencia a la concesión (*designatio*) por el derecho estatutario —según el derecho de Lübeck, todo tercero pierde su derecho sobre el inmueble concedido después de año y día— son concebidos como reglas especiales sobre la prescripción (*praescriptio*) de la acción.

En muchos territorios regían disposiciones especiales para la transmisión de bienes feudales, es decir, del *dominium utile*, en particular con frecuencia se exigía una nueva investidura por el señor y una entrega formal de la posesión.

En muchos derechos locales se mantuvo la regla medieval de que en una compraventa documentada, la entrega del documento (carta) substituye a la *traditio* de la cosa comprada».

(37) COING (1996, págs. 490-495).

traditio. No se entra en el contrato obligatorio que esté en la base. Incluso cuando es nulo, se transmite la propiedad. Aunque el enajenante condicione la enajenación de la cosa, no tiene la reivindicación, ya que con el contrato-tradición ha transmitido la propiedad.

Esta nueva doctrina, que según el Derecho común era válida tanto para muebles como inmuebles, se impuso en la Pandectística. Windscheid, por ejemplo, la sigue en sus *Pandekten* (parágrafo 171).

Según esta doctrina, la transmisión de la propiedad presupone materialmente el acuerdo del enajenante y del adquirente sobre la transmisión de la propiedad y formalmente la *traditio* (en una de sus formas legítimas). Es un acto formal en el sentido de que sólo la voluntad de las partes produce el efecto jurídico, sin tener en cuenta la base de la disposición, el negocio en que se basa (*Pandekten*, párrafos 171, 172, en particular nota 16 a). Esto tiene importancia sólo como fuente de conocimiento para la pregunta de si existió una voluntad de transmitir la propiedad; para la consistencia del acuerdo no tiene ninguna importancia.

En la nueva concepción, sin embargo, existieron matices en los detalles. Hay que mencionar sobre todo la doctrina desarrollada por ARNDTS de que «en la base de la voluntad de transmitir la propiedad siempre hay una intención jurídica». La intención es determinada por el negocio base (por ejemplo, donación o cumplimiento de una obligación), es decir, por la *causa traditio-nis*. Así se acepta aquí, de nuevo, el negocio base, la causa, como elemento del querer subjetivo de las partes (38)...

Esta doctrina estuvo representada sobre todo en la Pandectística austríaca (Kart LUDWIG ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, 9 ed. Stuttgart, 1877, parág. 145, págs. 225-226).

Otra teoría iba en el sentido de que había que considerar la voluntad de transmisión como *iusta causa de la traditio* (PUCHTA, *Pandekten*, parág. 148).

Finalmente, algunos rechazaron por completo la nueva doctrina y mantuvieron la importancia del negocio base (Josef KOHLER, *Gesammelte Abhandlungen*, Mannheim, 1873, pág. 19 y sigs., se declaró a favor del principio consensual francés).

La doctrina de la transmisión abstracta permitía armonizar bien con la transformación del Derecho Inmobiliario mediante la introducción del Registro de la Propiedad, porque independizaba los negocios jurídicos reales registrables de los negocios jurídicos obligatorios que estaban en la base. Esto se correspondía precisamente con los principios que siguió la ley prusiana de 1872.

La doctrina fue utilizada después por el BGB alemán como base de la configuración de la adquisición derivada de la propiedad, a saber, incluso

(38) Aunque, como también recoge COING, este autor consideraba que «el negocio base no es preciso que sea válido; sólo cuando está prohibido la transmisión es nula, ya que se dirige a una finalidad prohibida».

para los bienes muebles, a pesar de la considerable crítica de importantes juristas (parág. 929 y sigs. del BGB).

Hasta la ciencia privatística austriaca, después de su giro hacia la Escuela Histórica, aceptó esta doctrina a pesar de que el ABGB (parág. 424, 425), partía de otras concepciones...

La ciencia jurídica prusiana, por el contrario, mantuvo la exigencia de *causa* y *traditio* hasta la nueva regulación del derecho inmobiliario mediante la ley de 1872. Ciertamente la doctrina de la transmisión abstracta no se mantuvo para siempre en la ciencia jurídica austriaca. La moderna doctrina austriaca ha retornado al principio de la transmisión causal.

La interpretación del Derecho de Obligaciones suizo de 1881 siguió, también, a la Pandectística (BGE 55 —1929—). El Código Civil, sin embargo, para la adquisición de inmuebles fijó de nuevo que el presupuesto de la adquisición era un negocio base válido, es decir, en este punto volvió al principio causal (arts. 655, 657 del ZGB) y se discutió la cuestión de si estaba configurado abstracto o causal. El Tribunal Federal suizo, sin embargo, posteriormente se decidió por el principio causal.

Por otro lado, las reglas sobre la ejecución de la transmisión de la posesión no quedaron afectadas por estos cambios. En particular, se reconocen como formas legítimas de transmisión de la propiedad la *brevi manu traditio*, el *constitutum possessorium*, y en el caso de que un tercero ejerza el poder real a favor del enajenante, la indicación del enajenante al tercero de que en el futuro posee a favor del adquirente o la cesión de los derechos de reivindicación...

Mientras en el Derecho alemán durante el siglo XIX se impuso la idea del contrato real abstracto como base de la transmisión de la propiedad, el derecho francés con el *Code Civil*, por así decirlo, dio un paso en dirección contraria al introducir el principio contractual (*Code Civil*, art. 711).

Según el artículo 1.138 y siguientes, el contrato obligatorio, que tiene como objeto la entrega de una cosa, transmite ya su propiedad al receptor; no es necesario la entrega: «*la propriété se transfère par simple consentement*». Se expresa especialmente esta eficacia real del contrato obligatorio en el caso de la compraventa y de la donación (arts. 938, 1.583). El principio contractual básicamente vale también para los inmuebles.

El sistema francés es seguido por el *Codice Civile* italiano de 1865 (arts. 710, 1.125, 1.448, 1.062).

Por el contrario, el Código Civil holandés de 1838 y el Derecho español mantienen el requisito de la *traditio*.

En definitiva, como bien resume COING (39): «las reformas en la esfera del Derecho Inmobiliario condujeron a que para la transmisión de inmuebles rigieran reglas distintas que para los muebles...»

(39) COING (1996, págs. 494-495).

1. En el sistema francés las modificaciones fueron relativamente escasas. Se mantuvo, incluso después de la Ley de 1855, la norma de que el negocio obligatorio operaba ya la transmisión de la propiedad. Únicamente se limitó en cuanto que la transmisión tiene lugar sólo *inter partes*. En cuanto a los derechos que se adquieren sobre el inmueble frente a tercero, la transmisión opera desde que se realiza la transcripción. La teoría francesa elaboró en detalle quién es considerado a este respecto como tercero (Aubry et Rau, II, parr. 209 C). Esta norma es seguida, también, por el Derecho belga e italiano.
2. Un cambio mayor se produjo en los derechos que introdujeron el sistema registral:
 - a) La transmisión de la posesión perdió su importancia para la transmisión de la propiedad inmobiliaria. Fue sustituida por la inscripción en el Registro de la Propiedad. Con todo, el Derecho español tiene una solución divergente. Aquí es necesaria la entrega del inmueble. La inscripción da eficacia a la transmisión sólo frente a terceros.
 - b) Por lo que se refiere a la importancia del negocio base (causa), la configuración jurídica fue diferente.

En Alemania se pasó al sistema del contrato real abstracto, primero en Prusia, con la Ley de 1872, después con el BGB. La propiedad inmobiliaria se transmite mediante la cesión de la propiedad con la inscripción en el registro; el negocio base no es un elemento del acto transitorio (parág. 873, 925 BGB). Análogamente a la concepción de la *traditio*, el acuerdo y la inscripción son considerados como un negocio jurídico real abstracto.

El Derecho suizo, por el contrario, mantuvo que la existencia de un negocio base válido constituye un presupuesto para una transmisión válida de la propiedad inmobiliaria.

También en Austria se volvió a la idea de la transmisión causal.

En definitiva, como ha afirmado DE PABLO CONTRERAS: «la lectura de los textos romanos con elementos conceptuales aportados por la escolástica y la influencia canónica, propicia la aparición, en el Derecho intermedio, de la llamada *teoría del título y el modo*. Ésta, sobre la distinción aristotélico-tomista entre potencia y acto, o entre causa remota y causa próxima, convierte lo que eran requisitos de la *traditio* romana como modo de adquirir en elementos conceptualmente diversos. Así el elemento volitivo (*animus*) se identifica con el contrato que sirve de justa causa de la tradición, el cual contiene la transmisión de la propiedad simplemente en potencia: la hace posible, pero no la realiza por sí mismo. Para que esto último tenga lugar

hace falta la entrega de la cosa, real o fingida. El primer elemento (el contrato de finalidad transmisiva) es el título y el segundo (la entrega) el modo.

A través de este planteamiento se consolida la idea de que el acuerdo de voluntades requerido por la *traditio* no tiene entidad autónoma, sino que va comprendido en los contratos que operan como título. Y en la misma está la base de la trivialización en el entendimiento del modo de adquirir que, como se verá, ha dado lugar a los sistemas de transmisión consensual, por el mero acuerdo de voluntades incorporado al contrato o título, cuyo paradigma se encuentra en el Código Civil francés» (40).

4. SÍNTESIS DE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD Y SU PLASMACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS

Todo lo expuesto desemboca en la existencia en la actualidad de, básicamente, tres sistemas de transmisión de la propiedad en la Unión Europea:

EL SISTEMA DE LA TRANSMISIÓN CONSENSUAL DEL DOMINIO: CÓDIGO CIVIL FRANCÉS E ITALIANO

Como pone de relieve la doctrina, «la incorrecta comprensión de la *traditio* romana en que terminó desembocando la teoría del título y el modo se traduce en la afirmación, por el Código Civil francés, de que, en los contratos de finalidad traslativa (compraventa, permuta, donación), el acuerdo de voluntades manifestado por las partes, al mismo tiempo que hace nacer obligaciones, provoca por sí mismo la transmisión de la propiedad. Eso es lo que preceptúa el artículo 1.138 del *Code*, según el cual la obligación de entregar la cosa es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes y hace al acreedor propietario, correspondiéndole a éste desde entonces soportar los riesgos, excepto que el deudor incurra en mora respecto a su obligación de entrega» (41).

El Código Civil italiano, en su artículo 1.125, acogió la línea del *Code* francés en relación al sistema de transmisión de la propiedad y derechos reales, pero el Código de 1942 matizó este sistema transmisivo consensual, diferenciando dos clases de contratos:

- Los de efectos reales (art. 1.376) en los que «la transmisión de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transmisión

(40) DE PABLO CONTRERAS (2003, pág. 956).

Véase, también, PÉREZ ÁLVAREZ (2006, págs. 201-248).

(41) DE PABLO CONTRERAS (2003, pág. 956).

de un derecho real o bien la transmisión de otro derecho», se produce «por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado».

- Los de efectos obligatorios (art. 1.470), en los que la naturaleza del objeto (genérico, futuro o ajeno), o los acuerdos de las partes, postergan la transmisión. En este tipo de contrato, la transmisión no se produce de forma simultánea a la emisión del consentimiento, lo que surge es una obligación del vendedor de procurar al comprador la adquisición del derecho (42).

El sistema francés se ha adoptado por el Código Civil belga (art. 1.583), que requiere, también, la inscripción registral de inmuebles con efecto frente a terceros.

La vía intermedia italiana se ha seguido por el Código Civil portugués (arts. 408-409).

EL ACUERDO TRASLATIVO ABSTRACTO. BGB ALEMÁN

Como ponen de manifiesto los autores, el sistema alemán de transmisión de la propiedad proviene de la interpretación de la Pandectística alemana de los textos del Derecho Común romano, respecto de la *iusta causa de traditio* (43).

«Sus bases contractuales se encuentran en SAVIGNY, para quien lo esencial en orden a la transmisión de la propiedad es la mera voluntad de transferirla, de manera que la *iusta causa*, entendiéndolo por tal la existencia de un contrato antecedente de finalidad transmisiva, sólo es relevante en la medida en que sirve para constatar la existencia de esa voluntad; pero, por lo demás, éste carece de trascendencia, y por eso la transmisión del dominio, si hay voluntad de transmitir, se producirá igualmente aunque el contrato antecedente sea nulo o impugnado, e incluso aunque no exista. Esta autonomía del acuerdo traslativo respecto del contrato antecedente es la que permite calificar a aquél como un negocio abstracto, que basta con constatar sin que sea preciso indagar sobre si existe o no una razón jurídica —una causa— que lo justifique» (44).

Como precisa este autor: «la gran innovación alemana consiste en la abstracción del acto dispositivo. La titularidad real nace exclusivamente de éste, formado por el acuerdo en transmitir y adquirir (*Einigung*) más la inscripción (que es constitutiva), tratándose de inmuebles (§ 873 BGB); y por dicho acuerdo más la entrega de la cosa tratándose de bienes muebles (§ 929 BGB). Y ello con total independencia del negocio obligacional antecedente

(42) DE PABLO CONTRERAS (2003, pág. 958).

(43) COING (1996, págs. 490-495).

(44) DE PABLO CONTRERAS (2003, pág. 959).

(la venta, la permuta, la donación), de modo que, si éste adoleciera de algún defecto o llegara a faltar, queda en pie el cambio real, que no depende de él, y únicamente procederá, en su caso, el ejercicio *inter partes* de una acción personal por enriquecimiento injustificado (§ 812 BGB)» (45).

LA TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO. EL SISTEMA DE TRADICIÓN CAUSAL ESPAÑOL

Explican los autores (46) que: «el Derecho español está fundado en la teoría del título y el modo. La Base 20 de la Ley de Bases de 1888 decía: “Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante”. El artículo 609 del Código Civil, siguiendo el mandato de la Ley de Bases, hemos visto que habla de una adquisición y transmisión del dominio y demás derechos (reales) sobre los bienes “por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”. Enlaza así nuestro Código con el Derecho histórico español, abandonando la idea clave en esta materia del Proyecto de 1851, que aceptó el sistema francés de la adquisición y transmisión por el mero consentimiento».

Advierte Luis Díez-PICAZO que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 recuerda nuestro Derecho tradicional expresando: «Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición» (47).

Este sistema del título y modo tradicional otorga al contrato la categoría de elemento iniciador del proceso transmisivo, que debe ser completado con

(45) DE PABLO CONTRERAS (2003, pág. 960).

(46) Díez-PICAZO/GULLÓN (2001, pág. 62).

Ver, en este sentido, DE PABLO CONTRERAS (2003, pág. 962).

(47) Díez-PICAZO/GULLÓN (2001, pág. 62): «la jurisprudencia, acorde con esta línea, declara reiteradamente que el Código Civil, al aludir a “ciertos contratos” a los que se les aplica el requisito de la tradición para la adquisición del dominio y derechos reales, se refiere a los traslativos de dominio (compraventa, permuta, etc.). Esos contratos son el título que al ser completado con la *traditio* produce la adquisición. Exige también que esa *traditio* o entrega vaya acompañada de estos requisitos: preexistencia del dominio o posesión (a título de dueño) en el *tradens*, y la intención de las partes de adquirir y transmitir respectivamente (sentencias de 18 de febrero de 1965, 3 de junio de 1969, 9 de marzo de 1994 y 18 de febrero de 1995). Nuestro sistema, de acuerdo con esas premisas, se nos presenta sumamente casualizado, ya que la *traditio*, por sí sola, es insuficiente para adquirir el dominio o derecho real: ha de apoyarse en un título hábil al efecto. La Dirección General de los Registros tiene como doctrina la de que para inscribir cualquier título traslativo se requiere que aparezca manifiestamente como tal, en virtud de causa onerosa o gratuita (Resolución de 19 de enero de 1994)».

la *traditio* y acompañado de otros elementos, como la voluntad de transmitir y adquirir (48), el dominio (49) y la posesión del *tradens* (50).

Como mantiene José M.^a MIQUEL: «un sistema de transmisión por contrato y tradición presupone que la propiedad se transmite porque las partes así lo quieren, a través de los cauces que el ordenamiento valora como suficientes. La transmisión de la propiedad por contrato y tradición es un efecto derivado de la autonomía privada. Ambos —contrato y tradición— son actos voluntarios a los que el Ordenamiento reconoce eficacia, porque las partes la desean. La voluntad traslativa se expresa tanto en aquellos ciertos contratos que, por su tipo, son hábiles (justos, en el sentido de los precisos) para transmitir la propiedad, como en la tradición. La voluntad traslativa no se encuentra solamente en el contrato, también es preciso que la entrega se verifique con voluntad de transmitir y adquirir, aunque esa voluntad sea tácita en muchas ocasiones» (51).

«De modo muy especial la voluntad del poseedor es decisiva para la existencia del fenómeno posesorio, por lo que no es extraño que la posesión se pueda transmitir por el acuerdo de voluntades y que este mismo acuerdo pueda modificar el concepto posesorio» (52).

En definitiva, para este autor: «esto significa que la tradición, para transmitir la propiedad, requiere determinadas condiciones subjetivas de capacidad y legitimación, distintas de las exigidas al contrato obligatorio. Por otra parte la conexión con el contrato a consecuencia del cual se efectúa, exige que la

(48) Como afirma MIQUEL GONZÁLEZ (2008, págs. 351-355).

(49) MIQUEL GONZÁLEZ (1993, pág. 1547). Para este autor, «la expresión del Código Civil es bastante lacónica pero suficiente para dejar claro que la transmisión se produce en virtud de la concurrencia de ciertos contratos y la tradición. Se trata de un supuesto de hecho complejo en el que participan tanto la tradición como el contrato. Ahora bien, hay que preguntarse enseguida por la propiedad y/o el poder de disposición del transmitente. Es indudable que la transmisión de la propiedad exige este presupuesto, sin perjuicio de los supuestos de adquisición *a non domino*, en cuya enumeración no voy a entrar. Este presupuesto suscita inmediatamente la cuestión de si es una exigencia del contrato o de la tradición, o independiente de ambos. Parece claro que nuestro Código Civil no exige, para celebrar el contrato de compraventa, ser propietario del objeto vendido (STS 5-V-83), porque para contraer obligaciones en nombre propio no se precisa una especial legitimación...

El poder de disposición debe exigirse para que la tradición produzca su efecto como modo de adquirir la propiedad (muy exacta la formulación del Pr. de 1836, art. 697: «También se adquiere el derecho de propiedad por la entrega legítima». Artículo 698: «Llámase entrega legítima la que se hace por el dueño u otro autorizado en su nombre, precediendo cualesquiera de los justos títulos capaces de transferir el dominio según las leyes de este Código».

En definitiva, para este autor: «la tradición será eficaz como modo de transmitir la propiedad, si el tradente es propietario o está autorizado por él».

(50) MIQUEL GONZÁLEZ (1993, págs. 1546-1551).

(51) MIQUEL GONZÁLEZ (2008, pág. 352).

(52) MIQUEL GONZÁLEZ (1993, pág. 1546).

tradición se haga voluntariamente en el mismo concepto posesorio al que se refiera el título» (53).

A la teoría del título y modo del Ordenamiento Jurídico español, se han sumado el sistema austriaco (§§ 425 y sigs. ABGB), suizo y holandés (art. 84), pero, además, requiere la inscripción en caso de transmisión de inmuebles.

SISTEMA ADOPTADO POR EL *COMMON LAW*

Los Ordenamientos Jurídicos con tradición en el *Common Law*, «mantienen su incomunicabilidad con los ordenamientos europeos continentales en materia de bienes inmuebles, pero cabe apreciar una cierta aproximación conceptual a aquellos en lo que se refiere a los bienes muebles en virtud de la *Sale of Goods Act* de 1893, reformada en 1979. En ella (sección 2), se mantiene que, tratándose de la compraventa de bienes específicos o determinados, la propiedad se transmite al comprador en el momento en que las partes establezcan, pero, salvo que éstas hayan previsto lo contrario, el efecto del contrato es la atribución de la propiedad al comprador. El contrato es *sale* cuando la propiedad se transfiere inmediatamente al comprador, y *agreement to sell* cuando obliga a una transmisión posterior (sección 27). Al momento de transmisión de la propiedad se conectan la facultad de disponer de los bienes comprados, la asunción por el comprador de los riesgos (sección 20) o el derecho del vendedor a exigir el pago del precio (sección 49). El comprador, empero, sólo puede exigir la entrega de la cosa cuando haya pagado su precio (sección 28), a cuyo efecto se concede al vendedor un derecho de retención (sección 39)» (54).

5. INICIATIVAS PREPARATORIAS DE LA UNIFICACIÓN EN MATERIA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA EN LA UNIÓN EUROPEA

Fruto de todas estas reflexiones compartidas por algunos investigadores y estudiosos de la materia, se han creado ya grupos de investigación que se ocupan de la posible armonización en el ámbito jurídico-real, en especial respecto de la transmisión de la propiedad inmobiliaria.

En concreto, destaca el trabajo realizado en materia de Transmisión de Propiedad de Bienes Inmuebles, realizado por los profesores Elisabeth COOKE (Inglaterra), Luz MARTÍNEZ (España), Andrea PRADO (Italia) y Kåre LILLEHOLT (Noruega), que elaborando diferentes estudios y organizando diversas acti-

(53) MIQUEL GONZÁLEZ (1993, pág. 1549).

(54) DE PABLO CONTRERAS (2003, pág. 964).

vidades científicas, muestran un interés cada vez más creciente por incluir el ámbito jurídico real al Marco Común de Referencia. Prueba de ello es el Proyecto sobre Transmisión de Bienes Inmuebles que están desarrollando, y que se inicia con la preparación de un cuestionario sobre esta materia, cuyo borrador se elaboró en Trento, en julio de 2006. En julio de 2007 celebraron un encuentro en Turín para reflexionar sobre los resultados y las respuestas de los participantes en el cuestionario, por lo que la versión final aún no se ha finalizado (55).

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

En definitiva, resulta patente la necesidad de unificar también el sistema de transmisión de la propiedad inmobiliaria, aunque ello resulte una ardua tarea.

No parece, pues, desmesurado, pensar en la posibilidad de acoger, en un futuro no muy lejano, un sistema de transmisión de la propiedad, mobiliaria e inmobiliaria, uniforme, al menos, para todos los Estados de la Unión Europea.

Entre otras conclusiones, parece oportuno recordar una certera reflexión del profesor Díez-PICAZO, en la que advierte que resulta curioso el fenómeno de la *traditio* y su progresiva espiritualización desde el Derecho Romano (56). En palabras de este autor: «los Derechos primitivos exigieron siempre que la voluntad traslativa se manifieste a través de una serie de actos solemnes y formales (*mancipatio*, *cesión in iure*, etc.). La tradición aparece precisamente como una vía idónea para flexibilizar estas rígidas solemnidades primitivas, atendiendo a las exigencias de rapidez y de celeridad que el tráfico económico impone sobre todo en materia de mercaderías. Sin embargo, y a pesar de que toda la evolución del fenómeno traslativo parece consistir en una progresiva espiritualización del elemento formal, subsiste la necesidad de que los actos traslativos encarnen en una conducta objetivamente identificable. De esta manera, la tradición, que originariamente es la simple entrega material de la cosa, al irse progresivamente espiritualizando, permite que el requisito del consentimiento de las partes vaya ganando terreno hasta dejar reducido el acto material de entrega a un puro símbolo primero y a la nada después, hasta que termina por imponerse el principio *nudum consensus parit proprietatem*. Sin embargo, la evolución continúa y termina por exigirse, al menos respecto de aquellos bienes de gran valor, como son los inmuebles, que el *consensu* deje de ser desnudo y se vista con un documento solemne. Todo ello constituye, además, una ineludible exigencia económica» (57).

(55) Vid. las websites: <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/>; <http://wpia.uwm.edu.pl/immovables/tiki-index.php>

(56) Díez-PICAZO (1966, págs. 558-564).

(57) Díez-PICAZO (1966, págs. 558-559).

A la luz de lo expuesto merece, también, una especial atención la conclusión de DE PABLO CONTRERAS, que desde el origen histórico romano hasta nuestros días, se muestra como la más acertada y práctica: «Así las cosas, parece de todo punto más sensato *desandar lo andado*, volviendo los ojos a la tradición común en la que todos los sistemas tienen su origen último. Ello supondría priorizar el sistema causal frente al puramente consensual y al de abstracción. Aquél tiene la ventaja, frente al segundo, de situar el acuerdo traslativo en el propio acuerdo contractual, lo que resulta más conforme con el significado que, en la conciencia social, se concede a los contratos de cambio —cuyo paradigma es la compraventa— que ubicar aquél en un segundo acuerdo abstracto, lo que resulta por completo artificioso. Coincidiendo en esto con los sistemas de transmisión del dominio por mero consenso, los planteamientos causales se revelan más útiles para favorecer la contratación y simplificar el tráfico de los bienes, pero, al requerir de un elemento de forma o exteriorización, se revelan más capaces que aquéllos para procurar la seguridad jurídica en la existencia y contenido de las titularidades reales. Por último, pensando en que un futuro Derecho privado europeo habría de dar cabida a países con muy diversas situaciones de hecho en el uso y disfrute de los bienes, especialmente en lo que se refiere a la propiedad fundiaria, los sistemas causales, por simple fidelidad a su origen, acogen con menores disfunciones técnicas las instituciones —especialmente la usucapión— que complementan al mecanismo de adquisición derivativa.

De admitirse esta perspectiva —avatares del destino—, el sistema español podría jugar un cierto papel como punto de partida, en la medida en que —me parece— es el que en mayor grado se ha mantenido fiel a esa tradición común que valdría la pena intentar recuperar.

En cualquier caso, a la espera de que culmine el proceso —lo que no parece cercano— acaso los esfuerzos deban centrarse en procurar que todos los países dispongan de sistemas registrales fiables, armonizando en lo posible los efectos jurídicos y —en un orden práctico— poniendo su información al alcance de todos» (58).

Por tanto, no parece muy descabellada la idea de un posible acogimiento de la tradicional e histórica «Teoría del título y el modo», vigente en España, y aplicar el sistema de la *traditio* causalmente enlazada al negocio jurídico que origina la transmisión de la propiedad, en aras de una mayor seguridad jurídica en las transacciones de la Unión Europea.

(58) DE PABLO CONTRERAS (2003, págs. 964-965).

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO I AMAYUELAS, Esther (2003): «Textos Básicos de Derecho Privado Europeo, *Acquis communautaire* y Derecho Civil futuro», en *Bases de un Derecho Contractual Europeo. Bases of a European Contract Law*, Valencia, págs. 648-650.
- (2008): «La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho Contractual Comunitario», en *Derecho Privado Europeo: Estado actual y perspectivas de futuro (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007)*, Thomson-Civitas, Aranzadi, Navarra, págs. 49-157.
- (2005): Recensión a VON BAR, C. y DROBNIG U.: «The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A comparative Study», Sellier, München, 2004, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LVIII-1, Madrid, pág. 287.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2003): «El hipotético Código Civil europeo: ¿porqué, cómo y cuándo?», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, T. I, Madrid, págs. 353-356.
- (2005): Recensión a VON BAR, C. y DROBNIG U.: «The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A comparative Study», Sellier, München, 2004, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LVIII-1, Madrid, pág. 287.
- COING, Helmut (1996): *Derecho Privado Europeo*, T. I. *Derecho Común más antiguo (1500-1800)*, München, 1985, traducido por la Fundación Cultural del Notariado, Madrid, págs. 383-391.
- (1996): *Derecho Privado Europeo*, T. II. *El siglo XIX*, München, 1989, trad. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, págs. 490-495.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro (2003): «La propiedad y la transmisión de los derechos reales», en Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, págs. 951-966.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1995): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, III, Civitas, Madrid.
- (2003): «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XIX, Fascículo III, 1966, pág. 555.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN, Antonio (2001): *Sistema de Derecho Civil*. Vol. III. *Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna, y MANUEL MORALES, Antonio (2002): *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, págs. 387-389 y 121-122.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis (2006): «Comentario al artículo 30 de la Convención de Viena», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Aranzadi, Navarra, págs. 245-247.
- GARCÍA SOLÉ, Fernando (2008): *La opción de compra en el leasing financiero*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.
- GIOVANOLI, Mario (1980): *Le crédit-bail leasing en Europa: développement et nature juridique: étude comparative avec référence particulière aux droits français, allemand, belge, italien et suisse*, París.
- GORDON, William (1970): *Studies in the transfer of property by traditio*, Aberdeen University Press.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María (1993): «Comentario al artículo 609 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, págs. 1543-1551.

- (2006): «Comentario al artículo 41 de la Convención de Viena», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Aranzadi, Navarra.
- (2008): «La reserva de dominio. Referencia al Derecho europeo», en *Derecho Privado Europeo: estado actual y perspectivas de futuro*. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007, Thomson-Civitas, 2008, págs. 281-376.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles (2002): «Apuntes sobre la unificación del Derecho Privado en Europa: ¿es posible un Código Civil europeo?», en *Actualidad Civil*, núm. 36, págs. 1167-1170.
- PAU PEDRÓN, Antonio (2004): *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Pilar (2006): «La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho Privado europeo», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 14, págs. 201-248.
- QUINONES ESCÁMEZ, Anna (2009): «Hacia un Derecho contractual europeo», recensión a Reiner SCHULZE, *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, Munich, 2008, en *InDret* 1/2009 (www.indret.com)
- ROJO AJURIA, Luis (2006): «Comentario al artículo 4 de la Convención de Viena», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, ed. Aranzadi, Navarra.
- SACCO, Rodolfo (2008): «Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad en el Derecho», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, Fascículo II, págs. 445-461.
- SCHULZE, Reiner (2008): «DCFR and Property Law: the need for consistency and coherence», en *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, Munich.
- TAPIA SÁNCHEZ, María Rosa (2003): «Régimen jurídico del *leasing* en Portugal», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 40, págs. 133-138.
- VAN ERP, Sjef (2006): «European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?», en *Sixth Walter van Gerven Lecture*, Leuven Centre for a Common Law of Europe (Katholieke Universiteit Leuven, Faculty of Law), Ius Commune Research School/METRO (Maastricht University, Faculty of Law). © Europa Law Publishing, Leuven CCLE.
- (2008): «Security interests: A secure Start for the development of European property law», *Faculty of Law*, Maastricht University, SSRN, págs. 1-10.
- VON BAR, Christian (2000): «Le group d'études sur un Code Civil européen», en *Revue Internationale de Droit Comparé (RIDC)*, 2001/1, págs. 127-139.
- (2005): «Working Together Toward a Common Frame of Reference», en *Juridica International*, núm. 10, págs. 17-26.
- VON BAR, Christian, y DROBNIG, Ulrich (2004): *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A comparative Study*, Sellier, München.
- VON BAR, Christian, y SCHULTE NÖLKE, Hans (2005): «Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld und Sachenrecht», en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 5, págs. 165-168.
- VON BAR, Christian; CLIVE, Eric, and SCHULTE-NÖLKE, Hans y otros (2008): *Principles of European Contract Law*, Sellier, München.

- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Interim Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law.
www.sgecc.net/pages/en/home/179.new_draft_common_frame_of_reference_interim_outline_edition_in_print.htm

RESUMEN

DERECHO PRIVADO EUROPEO PROPIEDAD. INMUEBLES

Las propuestas unificadoras o armonizadoras del Derecho Privado europeo se han centrado, esencialmente hasta ahora, en el ámbito del Derecho de Contratos. Sin embargo, la necesidad de incluir los efectos jurídico-reales de las relaciones obligatorias se ha hecho patente ante los problemas de seguridad jurídica que su no consideración podrían provocar, sobre todo en materia de transmisión de propiedad. Por ello, son ya numerosas las voces, que a instancia, también, de las instituciones europeas, proponen la necesidad de ampliar un poco más el contenido del Marco Común de Referencia, a la vista de los argumentos e iniciativas, en este sentido, de investigadores y estudiosos de la materia. Se hace, por tanto, indispensable incluir el Derecho de Propiedad, tanto de bienes muebles como de inmuebles, y, sobre todo, el modo y efectos de su transmisión, aun conscientes de los diferentes sistemas de transmisión vigentes en los estados miembros de la Unión Europea. Pero una mirada al origen histórico de las reglas de transmisión de la propiedad y a los efectos reales en la práctica actual de cada ordenamiento jurídico, en aras de la seguridad jurídica, podría facilitar un punto de encuentro para conseguir la unificación.

ABSTRACT

EUROPEAN PRIVATE LAW PROPERTY. IMMOVABLES

The purposes of harmonisation or unification European Private Law have focused essentially in the area of Contracts Law. However, the need to include the real legal effects of obligatory relation it has become apparent to the problems of legal certainty that its failure could result, especially in the field of transfer of property. Therefore, many voices are now, at which also the European institutions, suggest the need to expand a bit more content Common Frame of Reference, in the light of the arguments and initiatives in this respect of researchers and studios in the field. It is therefore essential to include the property right, both movables and immovables, and especially the legal model and purposes of its transfer, even aware of the various transferability systems in force in member states of the Union Europe. But a look at the historical origins of the rules on the transfer of property and real effects in the current practice of law for procure of legal certainty, it could facilitate a meeting point for unification.

(Trabajo recibido el 12-6-2009 y aceptado para su publicación el 26-7-2010)