

ADQUISICIÓN DEL DOMINIO EN EL DERECHO ROMANO: ¿ORIGINARIA O DERIVATIVA?

María de los Ángeles Soza Ried

Universidad de los Andes⁵⁷

1. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar al tema de fondo, en términos generales podemos decir que el fenómeno sucesorio se produce cuando un sujeto desaparece del mundo jurídico y otro se coloca en su misma posición en cuanto a sus derechos y obligaciones transmisibles. Esta situación llamada genéricamente subrogación y, en particular, sucesión, se produce en el momento de la muerte del sujeto. En cambio, cuando una persona traslada su derecho a otro o la propiedad de una cosa, en realidad estamos hablando de transferencia o traslación, y no de sucesión: el anterior titular no ha desaparecido del mundo jurídico como para que sea razonable que otro le sustituya u ocupe su lugar.

La adquisición del dominio en Roma descansaba en la existencia de unas formas concretas de aprehensión material que los juristas llamaban habitualmente causas (*causae*) y que Gayo⁵⁸ denominó posteriormente (siglo II d.C.) modos de adquirir el dominio: *modi acquirendi dominii Gai. Inst. 2,97: ...Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis adquirantur*⁵⁹, expresión que es tomada, más tarde, en las *Institutiones* de Justiniano (a.533 d.C.): *Iust. Inst., 2,9,6: ... videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis adquiruntur*. La expresión modos de adquirir el dominio, por influjo de la obra de Justiniano, se extendió y se hizo generalmente aceptada en el Derecho Común, pasando a los diversos códigos de tradición romanística.

Entre los modos de adquirir el dominio que conocemos, hay algunos que se caracterizan porque la relación entre el anterior titular de la cosa y el

⁵⁷ Este artículo forma parte del Proyecto Anillo –CONICYT, código SOC 1111.

⁵⁸ SAMPER, FRANCISCO (2000), *Institutiones Jurídicas de Gayo*, Texto y traducción, editorial Jurídica de Chile, Santiago.

⁵⁹ “Veamos ahora de qué modo realizamos las adquisiciones universales”. *Vid.* traducción de SAMPER, FRANCISCO, *Institutiones* cit.

posterior es muy tenue: es el caso de la ocupación o de la usucapión. Otros, en cambio, en que la posición del sujeto antecedente afecta más directamente al que adquiere: es lo que ocurre en el caso de la *mancipatio* o de la *traditio*.

2. LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO: ¿ORIGINARIA O DERIVATIVA?

Entre los juristas clásicos no hay duda de que el fenómeno adquisitivo depende esencialmente de la aprehensión material: *capere*, que significa tomar posesión, aprehender⁶⁰. Tan esencial es esta aprehensión para entender el concepto adquisitivo, que el mismo nombre de algunos de los modos de adquirir el dominio recogen este verbo. Así, *usu capio*, que viene de *usu capere* (coger por el uso), *occupatio* de *ob capere* (tomar por), *manu capere* (coger por la mano)⁶¹.

Esta afirmación lleva a un sector importante de la doctrina a sostener, en primer lugar, que, en el Derecho Romano, la adquisición dominical no era un concepto de carácter intelectual, sino real y material. Y, en segundo lugar, en atención a la misma preeminencia del acto de *capere*, el mismo sector afirma que los romanos no habrían conocido ni concebido la idea de transmisión de la propiedad, en otras palabras, que la adquisición dominical no sería derivativa, sino siempre originaria.

Le mencionada doctrina toma cuerpo sobre la base de los escritos de De Francisci⁶², el cual sostiene que en Roma todas las adquisiciones de dominio eran originarias. El autor hace descansar su opinión en la idea de que el Derecho Romano no habría conocido una adquisición traslativa: en realidad es la cosa misma y no el derecho, en cuanto concepto jurídico abstracto, lo que se transfiere. Por esta razón, arguye,

⁶⁰ Esta es, según ARIAS B., JUAN ANTONIO, *Mortis causa capiones*, en *AHDE*.20 (1950)781ss., el uso común y vulgar de la expresión, pero existe un uso técnico jurídico, que se difunde a partir de las leyes Cincia y Voconia testamentaria, y, de modo especial, desde las leyes Julia y Papia Poppaea. Se trata de una serie de condiciones que permiten ejercitar el *ius capiendi*. Aun más restringido es el significado de *capere* en el caso de ciertas adquisiciones mortis causa que no encajaban en ninguna de las figuras conocidas (herencia, legado, fideicomiso), por ejemplo, lo que recibe un heredero a cambio de no aceptar la herencia. En el Derecho Romano estas modalidades de adquisición reciben el nombre genérico de *mortis causa capiones*.

⁶¹ Vid. D'ORS, ÁLVARO, *Derecho Privado Romano*, 10ª edición, EUNSA, Pamplona, 2004, §157; GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Derecho Privado Romano*, t.I, editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p.522ss.; SAMPER, FRANCISCO *Derecho Romano*, 3ª edición, Ediciones de la Universidad Católica de Chile, Santiago, 2009, § 72.

⁶² DE FRANCISCI, PIETRO, *Il trasferimento della proprietà, Storia e critica de una dottrina*, La Litotipo, editrice universitaria, Padua, 1924.

el adquirente comienza a ejercer el dominio desde que toma posesión de la cosa, y así, la adquisición se produce cuando un sujeto afirma su señorío sobre la cosa a consecuencia de que otro ha renunciado previamente al señorío sobre la misma. Consideradas las cosas de este modo, continúa, todos los modos de adquirir en Roma son originarios, y, en consecuencia, la distinción entre modos originarios y derivativos está de más⁶³.

La posición de este autor se encuentra preparada por una fuerte tendencia dogmática que se desarrolló en el ambiente jurídico alemán de la segunda mitad del siglo XIX⁶⁴. Según estos autores, la mutación de sujeto implica una mutación del derecho, de ahí que no puede hablarse realmente de una transferencia de derechos. Varios juristas contemporáneos y posteriores trasladaron estos argumentos generales al ámbito de la propiedad.

Para Ihering⁶⁵, debido al carácter materialístico de derecho primitivo, ideas como las de transmisibilidad del derecho, es decir, el ingreso de uno en los singulares derechos de otro, son desconocidas en el derecho antiguo, con excepción de la transmisión de la propiedad, ya que, en este caso, derecho y cosa se confunden. En otras palabras, la transferencia de

⁶³ En opinión de DE FRANCISCI, PIETRO, *Il trasferimento della proprietà* cit., cap. II, pp. 113ss., esta distinción entre modos originarios y derivativos habría tenido su origen en los juristas de la escuela iusnaturalista y habría surgido por primera vez en Grocio (*De iure belli ac pacis*, II, cap.6), que, en cuanto a la adquisición de la propiedad, pone énfasis en la voluntad de dar y recibir. Sobre las características de esta obra, que efectivamente distingue entre adquisiciones originarias y derivativas (*alienationes*), puede verse, GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *La sistemática del derecho privado en el "De iure belli ac pacis" de Hugo Grotius*, en *REHJ.*[Sección Historia del Derecho Europeo] 25 (2004), p.163 y 168ss. De todos modos, destaca el autor, Grocio, al referirse a las adquisiciones derivativas (*alienationes*), no se circunscribe sólo a la tradición, que es exigencia tan solo de algunos derechos positivos; el derecho natural, en cambio, exige únicamente una voluntad de transferir y de adquirir, que debe exteriorizarse de algún modo, de una forma similar a lo que ocurre con las promesas. --En cualquier caso, y aun aceptando que, desde el punto de vista terminológico, la distinción arranca efectivamente de Grocio, no hay que olvidar que el autor iusnaturalista piensa y desarrolla sus ideas en un esquema distinto al de los juristas romanos, y prescinde del concepto de tradición con significado posesorio tan propio del Derecho Romano. En otras palabras, la aparición de esta distinción en la obra de Grocio no significa que los romanos desconocieran un esquema de transferencia dominical derivativo.—Sobre las distinciones que se adecuan a los modos de adquirir el dominio en el Derecho Romano, y las que figuran explícitamente en las fuentes, puede verse SOZA, M^a. ÁNGELES, *Adquisición patrimonial y sucesión: una precisión de conceptos a partir del Derecho Romano*, en *REHJ.*XXI (1999) 97ss.; *La ampliación del concepto de 'successio' y la confusión con el de 'adquisitio'*, en *Caminos Romanos (Viae Romanae), Estudios en Homenaje a Francisco Samper Polo*, editor Juan David Terrazas, Universidad Andrés Bello, Santiago, 2006, pp.377-400.

⁶⁴ GALLO, FILIPPO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, G. Giappichelli editore, Turín, 1955, p. 11ss.

⁶⁵ VON IHERING, RUDOLPH, *Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano*, Revista de Occidente Argentina, Buenos Aires, 1947, p. 265.

la propiedad no era la transferencia del derecho sino de la cosa misma. Así ocurre en la *mancipatio* y en la *in iure cessio*: el propietario procede a abandonar la cosa y el nuevo propietario toma posesión de la misma. De igual forma en la tradición. Solo después, en un tiempo más avanzado, que no precisa, la aprehensión posesoria de la tradición puede hacerse con la sola indicación del objeto (*traditio longa manu*). En consecuencia, no es posible, a su juicio, hablar de transferencia de propiedad, ya que es la cosa misma la que, en virtud del abandono realizado por el propietario, es adquirida por el nuevo dueño.

Betti⁶⁶, en una línea similar, describe la adquisición de la propiedad como un desdoblamiento del negocio real en dos actos sucesivos: el abandono voluntario y el apoderamiento. Según esta teoría, entonces, el derecho del enajenante se extingue y resurge *ex novo* en el adquirente.

Para estos autores, la identificación entre el derecho y la cosa en lo referido a la adquisición dominical es un fenómeno propio de la época arcaica. Sin embargo, dicha situación se desprende de una mera intuición de Ihering, que defiende un supuesto materialismo o prevalencia del elemento sensible en el derecho más antiguo.

De Francisci, reconociendo la debilidad de la argumentación del jurista alemán⁶⁷, en el sentido de aceptar que se trata de una mera intuición que no encuentra sustento alguno en las fuentes ni en argumentos lógicos irrefutables, lleva la tesis hasta sus últimas consecuencias, y sostiene que dicha concepción materialista del derecho persiste en la época clásica. El autor, sobre la base de argumentos textuales que supone interpolados, pretende probar que en el Derecho Romano clásico no hay transferencias derivativas, y que el concepto de traslación de derechos aplicado a la propiedad es una introducción del derecho bizantino.

Sin embargo, esta posición es criticada fuertemente en el ámbito de la romanística. Así, por ejemplo, Voci⁶⁸, para quien los argumentos lógicos y textuales que aporta De Francisci no son convincentes ni probatorios. Así, estima que no existe una relación necesaria entre la unilateralidad de un acto y la causa o título que la ha originado. Es el caso de la sucesión hereditaria, por ejemplo. En ella se advierte una completa continuidad

⁶⁶ BETTI, EMILIO, *La vindictio romana primitiva ed il suo svolgimento storico nel diritto privato en el processo*, en *Filangieri* 40 (1915) p. 325ss., p. 354 ss., citado por GALLO, FILIPPO, *Studi sul trasferimento* cit, p. 17ss.

⁶⁷ DE FRANCISCI, PIETRO, *Il trasferimento della proprietà* cit., p.4ss.

⁶⁸ VOCI, PASQUALE, *Modi di acquisto della proprietà*, Dott. A. Giuffré editore, Milán, 1952, p.3ss.

entre la posición jurídica del antecesor y del sucesor⁶⁹, a pesar de que la adquisición (si se trata de un heredero voluntario) opera en virtud de la adición, acto unilateral.

Por otra parte, critica la tesis de De Francisci, según la cual sería necesaria tan solo la voluntad del *accipiens* en la transferencia dominical. A su juicio, y se refiere concretamente a la tradición como paradigma de modo derivativo de adquisición dominical, la voluntad de tradente sí es necesaria⁷⁰. Para apoyar esta tesis, se refiere a D. 39, 5, 10-Paul.15 *ad sab.*⁷¹, donde se exige no solo la voluntad del *accipiens* sino también la del *tradens*. También se apoya en el argumento del *error in dominio*: es cierto que el error por el cual el *tradens* entrega una cosa ajena creyendo que es propia no invalida el traspaso de la propiedad, pero de esta afirmación no puede deducirse que la voluntad del *tradens* no tiene ninguna relevancia. Caso paradigmático se presenta en lo que la doctrina suele llamar *error in causa*: cuando no hay congruencia entre ambas causas de adquisición por parte de *tradens* y *accipiens*, la tradición es inválida.

Esta doctrina también es objeto de críticas por parte de Gallo⁷², cuyas objeciones se centran sobre todo en la vehemencia con que De Francisci sostiene el carácter posclásico de la idea de transferencia o traslación del dominio apoyándose en expresiones como *dominii transferre*, *dominii traslatio* (transferencia o traslación del dominio) y similares. A juicio de Gallo, es posible que haya habido un desarrollo conceptual del término *res*, y afirma que este término no solo pudo usarse para indicar la cosa misma sino también el dominio sobre el objeto. El autor apoya su afirmación en valiosos textos, algunos de los cuales, por ejemplo, para referirse a la mancipación de la cosa, usan indistintamente *rem mancipare* (mancipar la cosa) o *proprietatem mancipare* (mancipar la propiedad).

Teniendo en cuenta las objeciones hechas por Gallo, puede decirse que la argumentación de De Francisci tiene fundamentalmente dos puntos débiles.

⁶⁹ VOCI, PASQUALE, *Modi di acquisto* cit., p.91.

⁷⁰ VOCI, PASQUALE, *Modi di acquisto* cit., p.94.

⁷¹ D. 39, 5, 10-PAUL.15 *AD SAB.*: Absenti, sive mittas qui ferat, sive quod ipse habeat sibi habere eum iubeas, donari recte potest. sed si nescit rem quae apud se est sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum eius cui donabatur missa fuerit, nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat.

⁷² GALLO, FILLIPO, *Studi sul trasferimento* cit., p. 36ss.

a) En primer lugar, aun reconociendo que Ihering no explica la razón por la que en el derecho primitivo habría existido una supuesta confusión entre derecho y cosa y admitiendo que deja sin resolver la cuestión del modo y del tiempo en que esta concepción antigua habría cambiado, se adhiere completamente a dicha concepción. Es cierto que De Francisci intenta explicar por qué esta concepción habría cambiado con posterioridad, pero lo hace sobre la base de un argumento de autoridad no probado. Por otra parte, en vez de detallar las razones que habrían motivado el cambio, atribuye esta modificación de pensamiento dogmático a los juristas bizantinos.

b) En segundo lugar, y tiene relación con lo anterior, vincula excesivamente la cuestión de la transferencia dominical con el dilema acerca del concepto clásico de *successio*. Esta conexión está influida, a nuestro juicio, por la cuestión suscitada entre Longo y Fadda a propósito del concepto de *translatio dominii*, que pasamos a explicar.

Según Longo⁷³, las fuentes prejustinianas no conocieron la sucesión particular, es decir, no se usaba el verbo *succedere* a propósito de la transferencia de propiedad. Habrían sido los bizantinos los creadores de una contraposición entre sucesión universal y sucesión singular. En otras palabras, la sucesión es siempre universal y *mortis causa*, de modo que no habría existido una sucesión a título particular o singular.

Fadda, en cambio, admite el concepto de sucesión singular como de origen clásico: en las adquisiciones derivativas hay transferencia de derechos y, por tanto, sucesión particular. La argumentación de este autor, en mi opinión, es llevada a un extremo: el hecho de que haya textos en que se hable de transferencia de dominio *cum sua causa*⁷⁴, y otros, en los que queda de manifiesto una cierta identidad entre la posición del antecesor y el posterior titular, no basta para afirmar que los romanos clásicos admitían que en todas las adquisiciones “derivativas” había técnicamente *successio*.

A nuestro juicio, y, asumiendo los notables descubrimientos de Longo, el concepto clásico de *successio* es idéntico al de *hereditas*, en el sentido de

⁷³ LONGO, CARLO, *L'Origine della successione particolare nelle fonti di Diritto Romano*, en *BIDR*, 14 (1900) 150ss. En esta obra, el autor advierte acerca de una serie de interpolaciones en las fuentes clásicas en las cuales es patente la extensión del concepto de *successio*. En estos pasajes intervenidos, se empezó a hablar de herederos y sucesores, cuando en la época anterior no había más que un sucesor: el heredero.

⁷⁴ Es el caso, por ejemplo, de D.18,1,67-Pomp. *ad Quint.Muc.*: *Alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset, idque toto iure civili ita se habet, praeterquam si aliquid nominatim sit constitutum, y de D. 41,1,20 pr. y 1-Ulp. 29 ad sab. que se cita infra*

que en dicha época no hay más sucesores que los herederos⁷⁵. Sin embargo, esta conclusión no debe llevar a otra que consiste en negar que exista adquisición derivativa en el Derecho Romano clásico. En otras palabras, se puede sostener que hay transferencia de dominio en Roma sin por ello afirmar que los romanos clásicos admitieran una sucesión particular o singular entre tradente y accipiente. El concepto de *successio* tiene claramente un alcance restringido en las fuentes: en definitiva, el único sucesor es el heredero, no hay más que una sucesión, la cual es universal y mortis causa.

Por otra parte, podemos recurrir a unas interesantes reflexiones de A. d'Ors⁷⁶ en torno al concepto de propiedad en Roma. En su opinión, la propiedad no aparece en Roma espontáneamente como un derecho. En la época más antigua es más bien una potestad doméstica, un poder de amplias dimensiones que alcanzaba a todos los bienes del señor de la casa: "se trataba de pertenencia de la cosa y no de un derecho de propiedad sobre ella: la cosa misma, sin más, en cuanto propia, era ya la propiedad de ella"⁷⁷. Posteriormente el vocablo *proprietas*, que nació, por un lado, para designar un dominio de segunda categoría referido a tierras provinciales y, por otro, la nuda propiedad del dueño cuando se había constituido sobre la cosa un usufructo, se generaliza y termina por desplazar al término *dominium*. El autor insiste en que la propiedad nunca llegó a concebirse como una relación jurídica estricta entre un sujeto y un objeto, sino más bien como una posición preferente o potestad personal para exigir abstenciones de los demás, que se manifiesta en la posibilidad de prevalecer con una acción procesal (*rei vindicatio*).

A nuestro juicio, y haciéndonos cargo de las opiniones de Gallo y d'Ors, realmente puede decirse que en el transcurso del tiempo pero aun en el

⁷⁵ Esta cuestión conecta con la extensión del concepto de *successio* en la época de los bizantinos, que se halla probada por no pocos argumentos textuales. En efecto, en la época en que fue elaborado el *Corpus Iuris Civilis*, ya se había desarrollado la idea de *universitas* como entidad abstracta en la que se comprende tanto el activo como el pasivo, de modo que se pensaba que el hecho de adquirir esta universalidad producía el fenómeno sucesorio y justificaba, por ende, la asunción de las deudas hereditarias. Así se explica la opinión de BONFANTE, PIETRO, *Corso di diritto romano. Le successione VI*, Roma, 1930, p.3ss., para quien, en la época posclásica la extensión del concepto de *successio* se habría hecho aplicable incluso a las adquisiciones derivativas de dominio.

⁷⁶ D'ORS, ÁLVARO, *La función de la propiedad en la historia del ordenamiento civil*, en *Temas de Derecho*, vol. VI N^o 2, 1991, Universidad Gabriela Mistral, Santiago, Chile (anteriormente publicado en *Historia del Derecho privado. Trabajos en homenaje a Ferrán Valls*, editorial de Manuel S. Peláez, Barcelona, 1989, Promociones Publicaciones Universitarias, tomo X, pp. 2841-2865).

⁷⁷ D'ORS, ÁLVARO, *La función* cit., en *Temas de Derecho*, cit., p. 21.

contexto del Derecho Romano, la propiedad fue adquiriendo matices de derecho en el sentido propiamente romano⁷⁸. En efecto, y aunque no conocemos con certeza el concepto de dominio en la época arcaica, nada impide pensar que la propiedad fuese considerada en un estadio más avanzado como un verdadero *ius* en cuanto posición preferente, que en este caso, al ser real, puede hacerse valer contra cualquiera (*erga omnes*). De ahí a pensar que los romanos pudieron admitir una transferencia de propiedad en cuanto derecho no hay más que un paso. A nuestro juicio, realmente puede decirse que los romanos ya concebían una cierta derivación del dominio, aunque no hablaran explícitamente de ella y no puedan encontrarse muchos textos en este sentido. La afirmación puede apoyarse en el funcionamiento de ciertos modos de adquirir el dominio en que se observa una continuidad o derivación de la posición del antecesor respecto del adquirente. Es el caso paradigmático de la tradición, que no convierte al adquirente en dueño si es que el enajenante no lo era. Pero también puede señalarse el caso de la ocupación (modo incausado de adquirir el dominio), en el cual el adquirente no logra hacerse dueño si la cosa fue abandonada por un no dueño. Otro tanto ocurre en el caso de la usucapión cuando el adquirente toma posesión de una cosa hurtada (*res furtiva*), lo cual le impide conseguir el dominio porque se encuentra afectado por un vicio que acompaña la cosa misma y que deriva de la conducta de un anterior adquirente.

En definitiva, coincidimos con A. d'Ors en cuanto a que el concepto de propiedad debe entenderse como una posición preferente y no como un derecho subjetivo. Y añadimos, por otra parte, que puede admitirse que en la época clásica del Derecho Romano se habría producido un fenómeno de espiritualización de la propiedad, con lógicas consecuencias respecto de la noción de transferencia. En efecto, si la propiedad se concibe ya como un *ius*, como una posición preferente, defendida con acciones, esta condición debe reflejarse en el mismo proceso de la transferencia: lo que se transfiere no es ya la cosa misma, sino el poder o posición preferente sobre ella. De otro modo, el funcionamiento de varios de los modos de adquirir el dominio no encuentra explicación.

⁷⁸ Hacemos abstracción de lo que habría ocurrido en el periodo arcaico, ya que no contamos con datos suficientes como para afirmar que existía una confusión entre la cosa y la propiedad sobre la misma, como ya advertíamos *supra*.

3. CARÁCTER DERIVATIVO DE LA *TRADITIO* EN EL DERECHO ROMANO

Aunque las consideraciones dogmáticas anteriores se referían en general a las adquisiciones derivativas de dominio, en esta tercera parte se pretende aplicar dichas afirmaciones concretamente a la *tradio*, paradigma de modo derivativo de adquirir el dominio. En efecto, los argumentos dados a propósito de la adquisición derivativa en general no pueden sino aplicarse en especial a este modo adquisitivo de propiedad

a) Veamos, en primer lugar, el argumento de Voci en relación con la necesidad de contar con la voluntad de ambas partes. Dicha voluntad se advierte especialmente en la causa que fundamenta el traspaso posesorio, que no solo debe existir, sino que además debe ser congruente entre las partes (el *error in causa* invalida la tradición en el caso de que las partes no coincidan específicamente en la causa que sustenta el traspaso). Esa voluntad se requiere también en el momento de la toma de posesión material de la cosa, que exige, tanto en el *tradens* como en el *accipiens*, una mínima conciencia de lo que ocurre en ese instante.

b) En segundo lugar, el carácter derivativo de la tradición se demuestra en la clara dependencia que existe entre la posición del que entrega y del que recibe, principio que se vierte en una regla de derecho enunciada de dos formas distintas:

-Nadie puede transferir más derechos que los que tiene: esta regla se apoya en el siguiente texto:

D.50,17,54-Ulp. 46 ad ed.:

*Nemo plus iuris ad alium transferre
potest, quam ipse haberet.*

Con este pasaje se pretende fundamentar la conexión o dependencia entre el *dans* y el *accipiens*, que parece descansar precisamente en la transferencia de un derecho que se mantiene idéntico. Sin embargo, en opinión de D'Ors⁷⁹, esta regla, enunciada en relación con la *in iure cessio hereditatis* -(Paling. II col.722) nótese que se habla de un *ius*; la

⁷⁹ D'ORS, ÁLVARO, *Derecho Privado Romano* cit., §158s. En efecto, el agnado llamado a suceder *ab intestato* y que cede *in iure*, no es él mismo heredero, pese a lo cual transmite al cesionario el derecho de herencia. Por otra parte, agrega D'Ors, lo mismo sucede en relación con el acreedor pignoraticio, el cual, en caso de existir un pacto *de vendendo*, transmite al comprador la propiedad de la prenda, aun no siendo él mismo propietario, sino mero poseedor.

propiedad, en cambio, se identifica con la cosa misma- no tiene un valor absoluto. En definitiva, la regla tiene un ámbito de aplicación muy restringido: se refiere a la sucesión y si se la quisiera hacer aplicable al ámbito de las adquisiciones derivativas, nos encontramos con casos en que claramente el que adquiere mejora el derecho del que transfiere.

-Nadie da lo que no tiene (*nemo dat quod non habet*), que recoge, aunque no literalmente, lo que se señala en D. 41,1,20 pr.-1, que se refiere a la transferencia de la propiedad hecha por un no dueño. La misma idea se expresa también en D.50,17,54 y D.50,17,120.

D.41,1,20 pr.-Ulp. 29 *ad sab.*:

Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert. 1. Quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui accipit tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit: si servus fuit fundus, cum servitutibus transit, si liber, uti fuit: et si forte servitutes debebantur fundo qui traditus est, cum iure servitutum debitarum transfertur. si quis igitur fundum dixerit liberum, cum traderet, eum qui servus sit, nihil iuri servitutis fundi detrahit, verumtamen obligat se debeatque praestare quod dixit.

c) Por último, el argumento general relativo a la evolución del concepto de propiedad, enunciado de modo general, es válido en todos sus términos en lo que se refiere a la tradición. A nuestro juicio, ya en la época clásica romana habría existido un concepto de propiedad como *ius*, en el sentido romano de la palabra, de modo de poder hablarse ya en dicha época de una transferencia de dominio entendiendo éste como derecho. En otras palabras, el proceso de la transferencia hace referencia al derecho en el sentido de poder o posición preferente sobre la cosa.

d) Uniendo las ideas enunciadas con anterioridad, a mi juicio, no puede sostenerse el carácter derivativo de la tradición y de otros modos de adquirir el dominio sin admitir a la vez el carácter de derecho que habría adquirido el dominio en un determinado momento. De otro modo no puede explicarse la continuidad -el lazo- que existe entre el anterior titular y el nuevo.