

El "jus ad rem" en el Derecho civil moderno (*)

III

¿EXISTE EL «JUS AD REM» EN EL DERECHO CIVIL ACTUAL?

Toda sistematización jurídica debe tener por fin facilitar el comercio de los hombres, y ahora vamos a resumir las conclusiones que mejor puedan servir a ello.

De otra parte, por las necesidades y proyectos de esta Revista, y en justa y compensadora restricción a la desmesurada extensión que esta exposición ha alcanzado, me veré obligado a aludir, nada más que ligeramente, al problema que estamos investigando dentro del terreno del Derecho español, aspectos del mismo, que tal vez explanaré en trabajo posterior e independiente.

Acabamos de ver que en Derecho suizo el tercero cómplice de la inejecución de su obligación está obligado a reparar el daño causado al primer acreedor. Si esta hipótesis se presenta en el caso de transferencia de un derecho real, la reparación consistirá en la constitución de un derecho real en favor del primer adquirente. Si se trata de la adquisición de la propiedad de una cosa, el primer adquirente devendrá propietario.

Parece que los efectos prácticos de esta solución la aproximan a aquellos que se obtenían con la antigua teoría del *jus ad rem*.

En los dos casos, un tercero que ha tenido conocimiento de un contrato de enajenación entre su deudor y un primer acreedor

(*) Véanse los números 100 a 109 de esta Revista.

está obligado, aunque se haya realizado la tradición de la cosa, a transmitirla al primer adquirente.

Pero existen diferencias importantes entre las soluciones modernas y la del *jus ad rem*. Nos referimos a los dos artículos del Código civil prusiano, que han formulado de manera más precisa los principios del *jus ad rem*, Pr. Ld. R. I, 10, 25: «Aquel que en el momento de la inscripción o de la tradición *luyese conocimiento* de un título anterior de otro no puede prevaleerse, en perjuicio de éste, de la inscripción o de la tradición ejecutada»; 19, 5: «Si se puede probar que el adquirente *ha tenido conocimiento en el momento* de la toma de posesión del derecho personal de un tercero a la misma cosa, no puede prevaleerse frente a él de su derecho real, constituido por la tradición.»

La diferencia es evidente entre las dos teorías. En la del *jus ad rem* el tercer adquirente *no deviene propietario* de la cosa, a pesar de la tradición o de la inscripción, en todos los casos, respecto al primer adquirente. En el Derecho civil suizo actual *deviene propietario desde el momento de la inscripción o de la tradición*; pero queda obligado a transmitir la cosa adquirida al primer acreedor.

Esta diferencia no cambia en nada el resultado práctico definitivo, pues en los dos casos, efectivamente, es el primer adquirente quien al final gana la propiedad de la cosa.

Otra divergencia resulta de esas dos concepciones: el *jus ad rem* obliga al segundo adquirente a devolver la cosa por *haber tenido conocimiento* del derecho anterior de otro, y esto no se puede practicar, según la legislación actual suiza. Si Bartin, para el Derecho francés, se ha colocado en este punto de vista (1), es que no ha tenido en cuenta las ideas sostenidas por la jurisprudencia.

Ni en Derecho francés, ni en Derecho alemán, se puede declarar tampoco con certeza que el simple conocimiento de un contrato anterior haga al tercero responsable del daño causado, al concertar una convención con el mismo deudor, relativa a la misma prestación. Mas especialmente en la hipótesis de una enajenación, el caso del simple conocimiento no ha sido jamás juzgado ante el Tribunal alemán, y los Tribunales franceses, sobre todo en la *Cour de Casation*, han hecho siempre la distinción entre el

(1) Aubry et Rau, quinta ed., VI, pág. 338.

simple conocimiento y un hecho más reprehensible que se ha denominado fraude, connivencia o ya concierto fraudulento. El delito civil, a cargo de un tercero, no se basa en el simple conocimiento, el cual no le impide hacer uso de su derecho a contratar, sino más bien en una cierta actividad desplegada por él, y que implica un atentado contra el derecho al respecto del lazo contractual del primer acreedor; pero, además de esta actividad, se precisa también el elemento del conocimiento del contrato; si falta uno de estos dos, no hay delito, y no cabe plantear la cuestión de protección al interés legítimo de concertar los contratos como se quiera y con quien sea.

El resultado de la teoría contemporánea no es, pues, idéntico con el del *jus ad rem* prusiano. Si para el *jus ad rem* basta establecer el conocimiento del primer contrato, ahora, en cambio, es preciso probar que el tercero ha tomado medidas adecuadas para facilitar la conclusión de un segundo compromiso, incompatible con el primero.

Sin embargo, las dos ideas no difieren mucho la una de la otra; si los autores encontraban en la regla del Código civil prusiano dificultades para explicar los elementos de este principio sintético, porque parecía imposible reprochar a los terceros un delito concreto y definido, este obstáculo ha desaparecido ahora. El principio de la protección del lazo contractual por un derecho inherente a la personalidad circunscribe exactamente el delito civil perpetrado. Ciertos autores del siglo XVIII, como, por ejemplo, Leysser, se han aproximado a esta idea en las soluciones que propusieron. Veían en el *jus ad rem* un derecho protector del acreedor contra el acto de un tercero, que hace imposible la ejecución del primer contrato. Como Hugueney lo hace en la época actual, ellos se esforzaron también en basar este derecho sobre la *responsabilidad del vendedor*, del cual el segundo adquirente sería el cómplice. Pero ya hemos visto que en Derecho francés esta explicación no abarca todos los aspectos del problema. El adquirente de una cosa, que tiene conocimiento de un contrato existente entre el difunto, propietario (precedente) de la cosa, y un primer adquirente, está obligado, según las reglas del *jus ad rem*, a transferir la cosa al primer adquirente, en tanto que la teoría de Leysser no lo resuelve así. Además, la idea que se tiene actualmente de

la separación de la responsabilidad delictual y de la responsabilidad contractual no había sido formulada con el mismo rigor en el siglo XVIII, y, en todo caso, es lo cierto que los autores de esta época se abstienen de precisar en qué consiste el delito cometido por el deudor.

La teoría contemporánea aporta, pues, nueva luz sobre este punto, y es tanto más de notar puesto que el interés, protegido por este derecho, no es uno de aquellos que nacen solamente en virtud de una regla expresa del derecho positivo. Es evidente que el derecho positivo puede admitirlo, suprimirlo o modificarlo; pero ello es que un interés existe, necesariamente, desde el momento que dos contratos pueden ser concertados entre el mismo deudor y dos contratantes sucesivos, siendo el objeto idéntico; hay un interés ciertamente protegido jurídicamente; luego el derecho existe.

Si ciertos adversarios de la teoría del *jus ad rem*, como Lenz y Gruchot, le han reprochado el basarse meramente en sentimientos de equidad, la construcción análoga contemporánea escapa a esta crítica.

Otros autores han estimado que era atribuir demasiada importancia al hecho de conocer el contrato anterior, al fundar el derecho del acreedor sobre esta base; pero esta objeción no se justifica para el derecho actual del acreedor, el cual nace solamente si el deudor se hace responsable de un acto más grave. Otro punto hay que destacar todavía. En tanto que en la teoría del Derecho común y del Derecho prusiano el primer acreedor estaba seguro de recibir la cosa, esta solución será también, por *regla general*, la del Derecho suizo. Sin embargo, no hay que confundir los resultados obtenidos en la legislación suiza y en el Derecho alemán. En este último el Juez estará siempre en condiciones de declarar que, en virtud de una circunstancia especial, el segundo adquirente, responsable en principio de la gravedad de su acto, no ha actuado de manera contraria a las buenas costumbres, y, por consecuencia, no está obligado a reparar el daño. Parece que falta en Derecho alemán un principio claro y estable a este respecto y que el Juez será guiado, ante todo, por un sentimiento de equidad. En Derecho suizo, por el contrario, la existencia de derechos inherentes a la personalidad permite establecer una regla segura y

fácil a seguir por el Juez, y, a la vez, bastante flexible para no ir contra la equidad. Se debe sentar el principio de que el segundo adquirente ataca el derecho del primer acreedor a realizar su comercio jurídico si, conociendo la existencia del contrato anterior, interviene activamente para devenir propietario de la cosa, y esta regla protege eficazmente el interés del primer acreedor para la ejecución de su contrato.

Ahora bien: si el deudor mismo inicia las tentativas conducentes a romper el lazo obligatorio primitivo, el tercero no podrá ser obligado a transferir la cosa, y el primer acreedor, que ha puesto su confianza en el deudor, debe culparse a sí mismo del engaño de que éste le ha hecho objeto, sin perjuicio de que tenga siempre el derecho de pedir daños y perjuicios en razón de la inejecución del contrato. De esta manera queda salvaguardado el interés que tiene el tercero de concertar libremente los contratos; derecho del que se le privaría, si el simple conocimiento de la convención primaria le obligara a renunciar la aceptación de una oferta hecha por el deudor.

Pero es en el momento de la aplicación del principio de la reparación *en natura* cuando las divergencias entre el *jus ad rem* y la construcción del Derecho suizo, a la que hemos hecho alusión, podrá manifestarse. En principio, esta regla se aplica. Sin embargo, si esta orden del Juez tenía consecuencias poco conformes a la equidad, como, por ejemplo, si la restitución al estado anterior causaba gastos exagerados al segundo adquirente, competiría al Juez condenarlo a una indemnización pecuniaria.

Después de haber constatado algunas divergencias entre el *jus ad rem* y la teoría contemporánea, volvemos a la cuestión de la existencia del *jus ad rem* en el Derecho moderno. Es imposible, como acabamos de ver, el asimilar en todo esa construcción y efectos logrados en el Derecho moderno al *Recht zur Sache* prusiano. Sin embargo, el mismo principio esencial se encuentra en la base de los dos Derechos.

Se trata de proteger el interés que tiene el primer acreedor de conservar intacto el crédito que tiene contra el vendedor. Si se han aportado modificaciones a la manera de conceder esta protección será preciso atribuir las, ante todo, a las dificultades experimentadas en todo tiempo para encontrar una fórmula adecuada.

Como en principio las diferencias apuntadas no tocan a la idea de retransmitir la cosa al primer comprador, nos parece admisible continuar llamando a esta relación del Derecho *jus ad rem*. Esta es, de otro lado, la opinión de varios autores contemporáneos, y no debe creerse que la idea de la existencia del *jus ad rem* tenga nada absolutamente de revolucionaria. Aunque todos los autores alemanes que han comentado el nuevo Código, a fines del siglo último y primeros de éste, se hallan de acuerdo para decir que el *jus ad rem* ha desaparecido definitivamente, al menos bajo la forma de figura independiente, los juristas, que se han ocupado más especialmente de nuestro problema, se han dado cuenta pronto de que tal declaración era, por lo menos, exagerada. Así Fischer (1) reconoce la supervivencia del *jus ad rem*, el cual se manifiesta precisamente por la combinación de los artículos 826 y 249 del Código civil alemán. Para el Derecho suizo es Gelpke quien en su tesis (2) recoge esta idea, sustituyendo el artículo 41, párrafo segundo del C. O. al párrafo 826 alemán, y estimando que, con respecto a la reparación en natura, el Juez suizo seguirá el ejemplo dado por la disposición más rígida del Código alemán.

La noción del *jus ad rem* actual no nos permite explicar la naturaleza del derecho anotado. Si no se admite que el simple conocimiento del contrato anterior hace al segundo adquirente responsable, no es tampoco posible tomar la idea del *jus ad rem* como base del derecho anotado, ni declarar que la anotación no hace más que hacer pública la existencia del primer compromiso. Este resultado, aunque negativo, tiene, cuando menos, la ventaja de suprimir las dudas concernientes a la admisibilidad de la teoría del *jus ad rem* en esta materia.

La cuestión de la existencia del *jus ad rem* ha sido invocada también en otra hipótesis.

Una controversia se ha promovido respecto a la hipótesis legal, constituida por el artículo 837 del Código civil suizo (3).

(1) «Die Verletzung des Gläubigerrechtes als unerlaubte Handlung», 1905, página 161.

(2) «Die Verletzung eines vertraglichen Rechtes durch einen Nicht-Vertragsbeteiligten», pág. 30.

(3) Art. 837. Peuvent requérir l'inscription d'une hypothèque légale :

1. Le vendeur d'un immeuble, sur cet immeuble, en garantie de sa créance ;.

Según la opinión del Tribunal federal y de algunos autores, como Wieland, el acreedor hipotecario, antes de la inscripción del derecho de hipoteca, no tiene más que el derecho personal de obtener la inscripción. Si se inscribe otra hipoteca después del nacimiento de su derecho de obligación, pero antes de la inscripción de su derecho de hipoteca, éste toma rango después de la primera hipoteca inscrita.

Algunos comentaristas, como Huber y Leemann, se han colocado en otro punto de vista. El derecho del acreedor cualificado de hipoteca legal contiene un elemento real y es oponible a toda hipoteca inscrita después de su nacimiento.

La cuestión se plantea, pues, en saber si el derecho del acreedor es de orden personal o si tiene efectos más amplios, y de la misma manera los autores del siglo XIX se han preguntado qué carácter hay que atribuir al *jus ad rem*.

Esta similitud en la manera cómo se ha planteado la cuestión es lo que ha aproximado las dos ideas.

Sin embargo, el *jus ad rem*, construido sobre las bases de los principios del Derecho suizo, no permite explicar el carácter de la hipoteca legal, puesto que el hecho de haber tenido conocimiento de un contrato anterior no basta para hacerlo nacer. No es, pues, apto para resolver la controversia, pero puede, sin embargo, contribuir a relacionar las soluciones dadas por las dos teorías. Incluso si se adopta el punto de vista de Wieland y no se admite el carácter *quasi real* del titular de la hipoteca legal, se debe reconocer que en ciertos casos el acreedor hipotecario puede exigir al segundo acreedor hipotecario que le transfiera el derecho real o que pueda oponer su hipoteca al adquirente del inmueble. El *jus ad rem* del Derecho civil suizo no despliega sus efectos más que si el segundo adquirente de la hipoteca de primer rango o del inmueble ha determinado al constituyente a concederle su derecho

2. Les coheritiers et autres indivis, sur les immeubles ayant appartenu a la communauté, en garantie des créances résultant du partage ;

3. Les artisans et entrepreneurs employés a des bâtimens ou autres ouvrages, sur l'immeuble pour lequel ils ont fourni des matériaux et du travail ou du travail seulement, en garantie de leurs créances contre le propriétaire ou un entrepreneur.

L'ayant droit ne peut renoncer d'avance a ces hypothèques légales.

o si ha aportado su concurso a la inejecución de la obligación de inscribir la hipoteca a nombre del titular legal.

Liquidados estos dos puntos accesorios, podemos ahora formular nuestra conclusión final. Si en Derecho suizo se puede admitir la existencia del *jus ad rem*, es preciso, sin embargo, atribuir a este término un sentido más restringido que en Derecho prusiano. La acción del primer acreedor se basa sobre el acto ilícito cometido por el tercero, constituido por el atentado realizado al derecho de la personalidad del primer comprador de poder ejercer libremente su comercio sin ingerencias de tercero, derecho lesionado por las negociaciones del segundo adquirente, pero que no se viola mediante la aceptación por parte de éste de una oferta del deudor tendente a la conclusión de un contrato incompatible con el primer compromiso, aunque tuviera conocimiento de su existencia. La reparación a que viene obligado el segundo acreedor responsable se hará en natura por la transferencia de la cosa adquirida por él, al primer adquirente.

Por tanto, este derecho a la cosa del primer adquirente nos parece sólidamente establecido.

Esta idea, que se basa sobre el acto ilícito cometido por el tercero, no permite, por contra, zanjar la cuestión de saber si entre los derechos reales y los personales se debe reconocer todavía una tercera categoría de derecho. La doctrina de la mitad del siglo XIX se ha extraviado identificando esta cuestión con la del *jus ad rem*. Tal concepción no constituye más que una tentativa de interpretar esta relación de derecho. Pero, incluso, sin lanzarse por este camino, los antiguos autores estaban inclinados a abandonar la teoría del *jus ad rem*, imposible de explicar claramente sobre la base de su sistema por la razón, sobre todo, de que el estado de hecho constitutivo de este *jus ad rem* no estaba bastante circunscrito. Habiendo desaparecido estos obstáculos, se debe reconocer en el Derecho suizo la existencia de una relación de derecho análoga que, llámese *jus ad rem* o de otra manera, permite al primer adquirente de una cosa determinada reivindicarla en las manos de un segundo adquirente, que, conocedor del primer contrato, ha contribuido, no obstante, a su inejecución.

¿Existe el *jus ad rem* en Derecho español? Recientemente, el ilustre profesor don Calixto Valverde lo ha negado en una nota

erudita sobre el origen del *jus ad rem* (1), pues para ello, afirma, sería preciso que la Ley lo reconociera, y mientras esto no ocurra, vencerá la tradición efectiva sobre la simbólica y, por consiguiente, será del que primero inscriba, y el comprador primero de la cosa no tendrá el derecho de reivindicarla si el segundo tuvo la posesión real sobre ella.

La necesidad del reconocimiento legislativo es fácil de refutar, puesto que el *numerus apertus* de nuestro Derecho positivo consiente la creación de nuevos tipos de derechos reales.

Las afirmaciones posteriores son de acuerdo con el articulado y principios de nuestro Derecho hipotecario, al menos por lo que se refiere a la doble venta de inmuebles en el caso previsto en el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código civil: como dicen los modernos correctores de los comentarios al Código civil de Manresa y Navarro (2): «Ya los autores de la ley Hipotecaria consignaron en la exposición de motivos que una de las bases del nuevo sistema es el principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero. Derivación de este principio es el artículo 17 de la misma Ley, que afirma que inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo del dominio o de la posesión de los inmuebles, o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de fecha anterior por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble, o derecho real, y los 23 y 25, que dicen que los títulos que no estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero, surtiendo, en cambio, efecto los inscritos aun contra los acreedores singularmente privilegiados. A su vez, el párrafo cuarto del artículo 38 expresa que las acciones rescisorias o resolutorias no se dan contra tercero que haya inscrito su derecho, por la doble venta de una misma cosa, cuando no haya sido inscrita alguna de ellas. Por su parte, el Código confirma este sistema en el artículo 606, al decir, casi con las mismas palabras de la ley Hipotecaria, que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no están debida-

(1) «Tratado de Derecho civil español». Tomo Apéndice. Valladolid, 1932. Apéndice del tomo II, página 1.^a

(2) «Comentarios al Código civil español». Manresa. Tomo X. Madrid, 1931, pág. 156.

mente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero.»

Por ello, tratándose de la doble venta de inmuebles, había que dar la preferencia al que primeramente hubiese inscrito su derecho.

Mas lo que no expresó la ley, lo encontramos en la jurisprudencia, y así la sentencia de 13 de Mayo de 1908, «en donde el desprecio de los principios hipotecarios se exterioriza con cierto escándalo» (1), se dijo que el precepto del artículo 1.473 del Código civil, relativo a bienes inmuebles, ha de entenderse siempre sobre la base de la buena fe prescrita en el párrafo primero, por no poderse entender que el legislador haya querido horrar y sancionar *la mala* sólo por el cumplimiento de una *mera formalidad*, que ni en las verdaderas cuestiones sobre terceros prevalece en determinados casos.

¿ Hay posibilidad en esa dirección de que triunfe el primer comprador que no inscribió sobre el segundo que había adquirido el *jus in rem* conociendo la primera venta?

Así triunfaría también el *jus ad rem*, pero «aun forzados a dar cartas de naturaleza en el Derecho hipotecario español al principio de buena fe», no creemos pueda prosperar ese empeño.

No es que la buena fe se halle ausente de los Registros de la Propiedad, porque de «igual modo que la contratación sobre mueble gira alrededor de la posesión con buena fe, la protección hipotecaria se desenvuelve sobre la inscripción y la buena fe» también.

Ahora bien, la buena fe en sentido hipotecario hay que restringirla a los supuestos de *inexactitud o deficiencia* del Registro y no bastará para que haya *la mala* «el conocimiento de tratos en curso y ni aun de pactos o promesas de carácter meramente obligatorios, sino que deberá alegarse por el perjudicado y probarse contra la legitimidad presuntiva del acto inscrito la existencia de un *estado real* contradictorio o modificativo de la inscripción vigente».

Por ello ya Morell decía que en el caso cuarto del artículo 38 de la ley Hipotecaria no se podría tratar siquiera de acción resolutoria ni rescisoria ni aun propiamente de nulidad, porque en el sistema hipotecario vigente rige el principio cardinal *prior tempore*

(1) Ver «Principios hipotecarios». Jerónimo González. Madrid, 1931, página 197.

potior jure, resultando, por tanto, impropia la inclusión de esta causa en dicho artículo 38. Ahora bien, el mismo Morell decía que todo ello era sin perjuicio de la competencia de los Tribunales para dirimir el litigio que ulteriormente pudiera suscitarse si se pretendiera hacer valer el otro contrato o exigir cualquiera otra responsabilidad que pudiera existir.

¿Quid de la responsabilidad autónoma del segundo adquirente que inscribe y es cómplice del vendedor que realiza dos ventas sucesivas del mismo inmueble? (1).

Por ahora no podemos entrar en ninguna cuestión nueva.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario

(1) Sobre responsabilidad del tercero cómplice del deudor, ved Valverde, obra citada. Nota en el Apéndice del tomo III, pág. 11.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas
Capital desembolsado 51.355.500 —
Reservas 65.208.261,45 —

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

Sucursal Urbana: Glorieta de Bilbao, 6
400 Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo
Ejecución de toda clase de operaciones de Banca y Bolsa

TIPOS DE INTERES

Desde 1.º de Julio de 1933, y a virtud de la norma del Consejo Superior Bancario, de observancia general y obligatoria para toda la Banca operante en España, este Banco no podrá abonar intereses superiores a los siguientes:

I.—Cuentas corrientes.

A la vista 2 por 100 anual.

II.—Operaciones de ahorro.

A) *Libretas ordinarias de ahorro* de cualquier clase, tengan o no condiciones limitativas 3 1/2 por 100 anual.

B) *Imposiciones*

Imposiciones a plazo de tres meses 3 por 100 anual.

Idem a seis meses 3 60 — —

Idem a doce meses o más 4 — —

Regirán para las cuentas corrientes a plazo los tipos máximos señalados en esta norma para las imposiciones a plazo.