

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

C).—LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO DE EJERCER LIBREMENTE EL COMERCIO JURÍDICO AL CASO DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO SUIZO

Aunque el Derecho civil suizo conoce, como el alemán, el principio de la tradición en la transmisión de cosas muebles y el de la inscripción o Registro en materia inmobiliaria, el modo de adquisición de la propiedad no está regulado de manera idéntica en los dos sistemas.

El derecho alemán prevé, para que siga a la convención, un contrato real abstracto, que tiene por efecto transferir el derecho real; un signo exterior, tradición o inscripción, acompaña a este contrato o forma parte de él.

El principio base de las transferencias inmobiliarias en el Derecho suizo difiere de aquél que rige en la transmisión de las cosas muebles.

Estudiemos ahora la aplicación de la teoría en materia inmobiliaria.

El Derecho civil suizo ha encontrado una solución original para regular la transferencia de los inmuebles. El sistema adoptado no coincide con el del Derecho francés ni con el alemán.

Se admite, generalmente, que el artículo 665 del Código civil

(*) Véanse los números 100 a 108 de esta Revista.

suizo tiene por efectos reforzar los de la convención en materia inmobiliaria.

Tres interpretaciones han sido presentadas para explicar la relación existente entre el contrato generador de obligaciones y el acto de transferencia del derecho real.

Wieland se esfuerza en asimilar el sistema suizo al del derecho alemán (1); según este autor, el consentimiento para la inscripción debe ser considerado como un elemento del contrato real, el cual, en su opinión, existe, tanto en Derecho suizo como en Derecho alemán. Si el Código civil suizo considera la declaración unilateral del propietario como suficiente, es que presume el consentimiento del adquirente.

Debe reconocerse que es el ejemplo del Derecho alemán el que ha sugerido a Wieland esta idea de la existencia de un contrato real, ya que el Código civil suizo no atribuye en ninguna parte este carácter a los actos necesarios para efectuar la transferencia de inmuebles.

La idea del contrato real, siguiendo a la convención, obliga, de otro lado, a este autor a recurrir a la ficción del consentimiento del adquirente, acto jurídico del que jamás se ha hecho cuestión.

De otra parte, v. Thur (2) relaciona la solución suiza con la del Derecho francés. Declara que el Derecho suizo combina el sistema de la inscripción con el del efecto traslativo de la convención. El Código civil suizo no exige el consentimiento para la inscripción para que la transferencia de la propiedad se opere. Este consentimiento está ya adquirido por la convención y la requisición de la inscripción no es más que un medio *formal* de llegar a la inscripción, a fin de poner las enunciaciones del Registro de acuerdo con el contenido de la convención. Esta, como en el Derecho francés, tiene efectos traslativos, pero con una diferencia, y es que en Derecho suizo la convención no despliega sus efectos, incluso entre los contratantes, más que desde que la inscripción se ha cumplido. El enajenante conserva su derecho libre de disposición hasta ese momento.

(1) «Droits réels»; sobre artículo 963.

(2) Z. S. R. «Zeitschrift für schweiz Recht», 1921, pág. 40 y siguientes. O. R. «Allgemeiner Teil derschweiz», O. R. Tübingen, 1928, página 172, nota 15.

El autor insiste sobre la idea de que la convención contiene siempre la voluntad definitivamente decretada del enajenante de transferir el inmueble.

Sin embargo, Guhl (1) ha hecho notar que esta voluntad puede ser modificada hasta el momento de la inscripción y que puede estar sometida a una condición, por ejemplo, a la ejecución de la contraprestación por el adquirente. Por último, el párrafo primero del artículo 665 del Código civil suizo muestra con toda la claridad deseable que el vendedor no ha dispuesto de la cosa; si no, el texto alemán no podría hablar expresamente de un «*persönliche Anspruch*» hasta que la inscripción sea practicada.

Podrían refutarse estas objeciones de otra manera.

Siempre resulta que este sistema se concuerda muy mal con los principios que rigen el contrato de venta y según el cual la propiedad no se transfiere al momento de la conclusión del contrato.

La regla podría aplicarse con rigor, exceptuando el contrato de venta; pero entonces se comprendería mal la utilidad de tal distinción.

Guhl ha propuesto un sistema original en Derecho suizo. La declaración del propietario, tal como está prevista por el párrafo primero de los artículos 665 y 963 del Código civil suizo (2), es de orden material.

Por este acto el propietario dispone de su derecho y ejecuta la obligación contraída en la convención.

Este acto jurídico es *unilateral*, en tanto que el acto jurídico correspondiente, en Derecho alemán, constituye un contrato real. La declaración del consentimiento para la inscripción puede ser acordada de manera completamente independiente, pues apenas si está unida a la convención, por consideraciones de orden cronológico o formal.

Puede ser hecha en el momento de la conclusión de la con-

(1) «*Personliche Rechte mit verstärkter Wirkung. Festgabe für das Bundesgericht*», 1924.

(2) Artículo 665, párrafo 1.º C. C. S.—«Celui qui est au bénéfice d'un titre d'acquisition peut exiger que le propriétaire fasse operer l'inscription; en cas de refus, il peut demander au juge l'attribution du droit de propriété...» Artículo 963, párrafo 1.º C. C. S.—«Les inscriptions s'operent sur la declaration écrite du propriétaire de l'immeuble auquel se rapporte leur objet.»

vencción o en el momento de la petición de la inscripción en el Registro, o de una manera independiente en cualquier otro momento. Este sistema se adapta, por consiguiente, a toda organización cantonal concerniente a los actos auténticos; pero el enajenante goza, sin embargo, de las mismas ventajas que en Derecho alemán.

Mas no se debe incurrir en el error de creer que los efectos traslativos del consentimiento para la inscripción sean absolutos, puesto que están sometidos a la condición de que la inscripción se opere. Hasta entonces el enajenante continúa titular del derecho real, en virtud del Registro, y puede disponer de su derecho.

En lo que concierne a la cuestión que estudiamos de si el derecho al respecto del lazo contractual por el tercero puede ser atacado en materia de transferencia inmobiliaria, la teoría de v. Thur y la de Guhl llevan, en definitiva, al mismo resultado. Se podría creer, a primera vista, que la teoría de los efectos traslativos de la convención, sostenida por v. Thur, se opone a esta solución: pero refiriéndonos al artículo publicado por este autor, se constata que admite sin restricción la posibilidad de una segunda enajenación del mismo inmueble.

Esta solución está corroborada por la interpretación del artículo 973 del Código civil suizo. *A priori* se podría sostener que este artículo no se armoniza con el resultado que acabamos de obtener. El artículo dice: «Aquel que adquiere la propiedad u otros derechos reales, fundándose de buena fe sobre una inscripción del Registro, será mantenido en su adquisición».

Se podría deducir, por tanto, que el tercero que con conocimiento del contrato de enajenación induce al vendedor a romper su compromiso y adquiere el inmueble no se funda con buena fe sobre una inscripción del Registro; luego por argumentación *a contrario* no debía ser mantenido en su adquisición.

Pero esta manera de ver no puede ser admitida, según el artículo 974 del Código civil suizo, que define exactamente el derecho inscrito indebidamente. Si se trata de un tal derecho, el segundo adquirente que hubiere conocido los vicios no podrá invocarlos frente al primer adquirente. Pero la cuestión que nos ocupa es precisamente la de saber si el derecho del segundo adquirente ha sido indebidamente inscrito.

«La inscripción está hecha indebidamente cuando ha sido realizada sin derecho o en virtud de un acto jurídico anulable», dice el artículo 974, párrafo segundo.

Y es lo cierto que no se dan ninguna de estas dos hipótesis, si el tercero adquiere en virtud de un contrato válido. La transferencia de un derecho real a un segundo adquirente es posible, incluso cuando el vendedor esté obligado, respecto a otro adquirente, a consentir la inscripción de este mismo derecho real, porque, como acabamos de ver, el antiguo propietario queda titular de su derecho durante todo el tiempo que su nombre figura en el Registro. Por consiguiente, el segundo adquirente deviene, en virtud del segundo contrato y de su inscripción, propietario del inmueble.

La cuestión que se plantea ahora para nosotros es saber si este segundo adquirente realiza un atentado al derecho de la personalidad, de efectuar libremente su comercio jurídico.

Basándonos en las conclusiones a las que hemos llegado, tratando la existencia de este derecho y la manera en que puede ser lesionado, respondemos afirmativamente, a condición, sin embargo, de que el segundo adquirente del inmueble haya conocido la existencia del primer contrato y de que hubiera determinado al deudor a consentir en una inscripción a su favor o que hubiere tratado deliberadamente y de concierto con el deudor para conducir o llegar a este mismo resultado. Ahora bien: incluso en esta hipótesis deviene propietario del inmueble, porque su mala fe no está prevista en el artículo 974, aunque esta circunstancia no impide, sin embargo, que las disposiciones de carácter general, como las contenidas en los artículos 41 del Código ordinario y 28 del Código civil suizo (1), se apliquen en tal caso, y en virtud del artículo 28 será considerado como un atentado a un interés personal aquel de no poder contar con la no intervención de los terceros en la esfera de las relaciones contractuales.

Por consiguiente, será aplicable el artículo 41, párrafo primero

(1) Artículo 28 C. C. S.—«Celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser.

Une action en dommages-interêts ou en paiement d'une somme d'argent a titre de réparation morale ne peut être intentée que dans les cas prévus par la loi».

del Código ordinario, y el segundo adquirente será condenado a reparar el daño causado por su intervención. Veremos más tarde cómo deberá hacerse esta reparación.

Ahora examinemos la aplicación de la teoría en la hipótesis de doble enajenación de muebles.

En lo que concierne a la transferencia de cosas muebles, el derecho suizo adopta las reglas del derecho común. En virtud del contrato el adquirente tiene un derecho personal contra el acreedor, que debe entregarle la cosa. La tradición hace nacer su derecho de propiedad sobre la cosa.

Se podría creer que en la venta la transferencia de los provechos y riesgos del vendedor al comprador confiere un carácter real al derecho de este último.

Así, Huber considera, en efecto, este principio como una concesión hecha al Derecho francés y constituyendo un efecto anticipado de un derecho real futuro (1).

Pero sería ir demasiado lejos si dedujéramos que el comprador adquiere, en virtud del contrato, un derecho más fuerte que un derecho de obligación. Por razones de orden práctico, uno de los efectos del derecho real ha sido enlazado a la convención, aproximándose así el contrato al acto traslativo de un derecho real. Por tanto, si la transferencia de la propiedad no ha tenido lugar, el adquirente no se halla todavía beneficiado más que con un derecho personal.

La cuestión de saber si el acto de disposición, que tiene por objeto el derecho real, es abstracto o causal, es decir, si existe independientemente de la validez del contrato, no nos interesa aquí. Las dos opiniones han sido sostenidas por los comentadores: la tradición es acto causal, según Wieland y Ostertag, y abstracto, según Huber, Leemann y v. Thur.

El problema que nos ocupa consiste en determinar hasta qué momento el propietario de la cosa puede disponer válidamente. Este momento se halla fijado por la tradición. Incluso si el segundo adquirente tenía conocimiento del derecho de obligación del primer adquirente, deviene propietario de la cosa.

Pero el adquirente puede siempre hacerse culpable de un atentado al interés personal del primer acreedor. Es, en nuestro pa-

(1) Huber, «Zum Sachenrecht», pág. 40.

recer, el caso de que, habiendo tenido conocimiento de la primera enajenación, haya tomado una parte activa en las maniobras que han llevado a la inejecución del contrato. Entonces está obligado a reparar el daño causado al primer adquirente.

LOS PRINCIPIOS DE LA REPARACIÓN EN NATURA

El artículo 43 del Código ordinario pone a cargo del Juez el cuidado de determinar el modo y extensión de la reparación. Para tomar su decisión debe basarse sobre las circunstancias y gravedad de la falta.

A menos que no se tratase de circunstancias especiales, su tarea será cumplida si establece el estado de hecho que habría existido, en el supuesto de que el acto dañoso no hubiere existido.

En nuestro caso, parece oportuno que, siguiendo el ejemplo del Derecho alemán, el Juez ordene, en principio, cuando menos, la reparación en natura. Sin el acto del tercero, el primer contrato se hubiera ejecutado y el primer adquirente habría devenido propietario de la cosa. El Juez, por tanto, condenará al segundo adquirente a devolver la cosa al primero, y establecerá así el estado de hecho que se hubiera dado en el curso normal de las cosas y sin la conclusión del segundo contrato.

Pero si esta solución no levanta, probablemente, ninguna objeción en materia mobiliaria, no será lo mismo en lo que concierne a la transferencia de inmuebles, puesto que si aquel que se funda en una inscripción del Registro no fuese mantenido en su adquisición se subvertiría con ello uno de los principios fundamentales que rigen el comercio de inmuebles. El resultado práctico de la solución propuesta parece dar razón a esta opinión. Por tanto, no se trata aquí de una interpretación extensiva y errónea del artículo 974, párrafo tercero, cuando dice: «Aquel cuyos derechos reales han sido lesionados puede invocar directamente contra el tercero de mala fe la irregularidad de la inscripción». El principio de que el titular inscrito en el Registro es el propietario, sin el cual toda la utilidad del Registro desaparecería, ha sido plenamente salvaguardado; pero el hecho de que el segundo adquirente haya devenido propietario del inmueble *no impide en nada*

al Juez ordenar la transferencia de la titularidad a otro si aquél se ha hecho culpable de un delito civil y con este modo de reparación corrige más eficazmente los efectos dañosos causados.

El Tribunal federal se ha pronunciado en favor de la reparación en natura, por la atribución del inmueble al demandante, cuando éste se halla beneficiado por una causa de adquisición; por ejemplo, un contrato de venta, e incluso si en el momento de realizarse el acto dañoso no era todavía propietario (1).

Una cuestión se plantea todavía. ¿Cuál será la posición del deudor? En virtud del artículo 51 del Código ordinario está obligado solidariamente con los terceros a reparar el daño. Si el Juez ha declarado que se debe restablecer el estado de los hechos tal como habrían existido sin la intervención de los terceros, el deudor está igualmente obligado a acatar esta decisión.

Caso de que la sentencia no deduzca la responsabilidad delictual del tercero, tendrá éste el derecho de demandar al deudor la restitución del precio de la segunda venta, y ello por sentimientos de equidad, que el Juez deberá tener muy en cuenta (2) al resolver la demanda del segundo adquirente, despojado de su derecho adquirido.

Si, además, otros factores han aumentado el daño causado al primer acreedor, como, por ejemplo, las costas judiciales, la regla establecida por el artículo 51, párrafo segundo, se aplicará nuevamente, y este daño será soportado, en primer lugar, por los terceros. Sin embargo, si hay connivencia entre el deudor y los terceros, el Juez los condenará, probablemente, al pago de sumas iguales.

Se podrá añadir todavía que, en caso de quiebra del deudor, parece, a primera vista, que nuestros principios llevan a atribuir al primer acreedor un derecho de persecución sobre la cosa, pero no se le reconoce un derecho de preferencia. El primer acreedor devendrá, en efecto, propietario de la cosa; pero no podrá colocar su crédito en rango privilegiado. Este punto de vista no es del todo exacto. No se puede hablar de un derecho de persecución, propiamente dicho, del primer acreedor. El tercero, que ha cometido un acto delictual, está obligado a transferir la cosa al primer

(1) R. O. 1924, II, pág. 381.

(2) Artículo 50, párrafo 2, C. O.

acreedor a título de indemnización. El resultado sería igual si éste tuviese un derecho de reivindicación; pero el carácter jurídico del derecho del acreedor es diferente. No es de orden real, de manera que no tiene nada de sorprendente si no deriva de él ningún derecho de preferencia.

Resumiendo: nos parece que la aplicación de la teoría del derecho a ejercer libremente el comercio jurídico debe hacerse de la manera siguiente, cuando se trata de la transferencia de la propiedad.

Aquel que conociendo la primera enajenación de una cosa se la procura por maniobras activas y de acuerdo con el deudor determina a este último a transferirle la propiedad de aquélla, estará obligado, en beneficio del primer adquirente, a deshacer lo actuado. En caso de doble venta por el deudor, el primer adquirente podrá intentar contra el segundo adquirente una acción tendente a devolverle la propiedad de la cosa.

Esta solución no ha sido jamás rechazada directamente en Derecho suizo.

Si Wieland no la admite cuando dice que «la obligación asumida por el vendedor de no transferir a un tercero el inmueble vendido no vale más que respecto a las partes en causa y no para un adquirente subsidiario, incluso si éste ha comprado teniendo conocimiento de la venta anterior» (1), el resultado práctico al cual llega es idéntico al de nuestra teoría.

Nosotros no admitimos tampoco que aquel que tuvo un simple conocimiento de la existencia del contrato anterior sea condenado a la restitución del inmueble adquirido.

De otra parte, en razón de las ideas desenvueltas antes sobre la existencia del deber de no intrusión, es imposible aceptar que el contrato de venta no valga respecto al tercero si ha faltado a este deber.

La admisión del principio que nosotros rechazamos habría tenido todavía otro inconveniente en lo que concierne a la aplicación del Derecho civil suizo en el cantón de Vaud.

Habría consagrado la supresión de la regla tradicional del derecho de este cantón, que quiere que aquel que adquiere de mala fe un inmueble no pueda oponer su derecho al del adquirente no

(1) «Droits réels», pág. 561.

inscrita todavía. Este principio había sido establecido por la Ley de 20 de Enero de 1882 sobre la inscripción de los derechos reales inmobiliarios, artículo 14, cuyo texto ha sido reproducido en el artículo 17 de la Ley de 11 de Mayo de 1897, sobre la inscripción de los derechos reales inmobiliarios; «Toda constitución de un derecho real sobre un inmueble consentida por el propietario inscrito después que lo ha enajenado, es válida y puede ser inscrita en tanto que el adquirente no la ha presentado su título a la inscripción. No obstante, si el tercero en provecho del cual el derecho real ha sido constituido lo ha adquirido a título puramente gratuito, o si es de mala fe, su derecho no puede ser opuesto al adquirente no inscrito todavía». Sin volver a esta idea, nuestra teoría, que admite la responsabilidad del tercero, cómplice en el incumplimiento de una obligación, disminuye el espacio que hay entre la concepción del derecho de este cantón y el principio que considera irresponsable al tercero, que se basa sobre la inscripción del Registro.

Creeemos que el Derecho suizo ha realizado por su cuenta el deseo expresado por Vareilles-Sommieres en un interesante estudio titulado «Del conflicto de créditos y del derecho de preferencia entre acreedores» (1), cuando decía así al tratar de nuestra hipótesis:

«El hombre que se hace prometer y transferir la propiedad de una cosa que sabe es debida a otro por el mismo deudor, es un hombre desvergonzado.

»Contribuye conscientemente y sin excusa válida a inducir al deudor al incumplimiento de su deber hacia el primer acreedor. Impide injustamente el ejercicio de un derecho. La conciencia aplaudiría a una legislación en la cual el primer acreedor pueda tomar posesión de la cosa, obteniendo así justa y completa satisfacción en lugar de quedar reducido a obtener una indemnización que corre el riesgo de ser inferior al valor material de la cosa y, sobre todo, al valor de afección que ésta tenía para él».

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Concluirá.)

(1) «Rev. Crit.», 1905, núm. 27.