

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año IX

Diciembre de 1933

Núm. 108

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

A).—EL PROBLEMA EN DERECHO FRANCÉS

Una teoría más digna de interés se refiere a la idea de la acción pauliana. Esta interpretación ha sido sacada de la Historia. Los antiguos autores se basaban en la acción pauliana para anular la venta hecha en fraude de los derechos de un primer adquirente; así Ricard y Pothier (1), pero es preciso notar que el antiguo derecho no reconocía un principio de responsabilidad delictual general. Había establecido el estado de hecho de un cierto número de delitos particulares. Los jurisconsultos han elegido entre ellos los que se adaptaban mejor a la hipótesis y parece, por otro lado, que los autores que hablan a propósito de la doble venta de la acción pauliana se dan perfecta cuenta de las diferencias fundamentales que distinguen a ésta de la acción del primer acreedor, y que ellos no intentan hacer notar más que ciertas analogías (2). En el Derecho actual no es tan necesario tener que recurrir a expedientes parecidos, porque a los delitos particulares el legislador ha sustituido en el artículo 1.382 el principio amplio y flexible de la responsabilidad civil.

(*) Véanse los números 100 a 107 de esta Revista.

(1) Ricard: «Des donations entre vifs», núms. 949 s. Pothier: «Vente», número 320.

(2) Ved Merlin, citado por Hugueney, p. 186; compárese Mevius, Dec. VI, 153; Wernher, Obs. II, 370, para el mismo problema en Derecho común alemán.

Parece cosa extraña basarse hoy todavía sobre el principio de la insolvencia del deudor. Bien entendido que no se trata de una insolvencia absoluta, en el sentido en que éste término se emplea habitualmente, sino de una insolvencia *pro subjecta materia*; es decir, del estado de una persona que no puede ejecutar *in especie* la prestación a la cual está comprometida. Sin embargo, incluso aplicando la acción pauliana a este caso solamente, la solución que da esta teoría no concuerda con la de la jurisprudencia. Esto sería admitir la acción pauliana contra el adquirente a título honoroso por el solo hecho de que hubiese tenido conocimiento del estado de insolvencia presente o futura del deudor. La jurisprudencia a su vez declara que el simple conocimiento por un tercero de la enajenación anterior no basta para impedir el prevalecerse de la inscripción anterior.

Y así la «Court de Cassation» declara: «Celui qui achète un immeuble qu'il savait vendu antérieurement à un tiers et qui fait transcrire son titre le premier, ne commet aucune faute en profitant d'un avantage offert par la loi à l'acquéreur le plus diligent.»

Es sobre todo en el estado de conciencia y en las negociaciones del segundo adquirente en donde hay que buscar el criterio que permita distinguir el fraude y el simple conocimiento; es lo que resalta de una de las primeras decisiones jurisprudenciales sobre la materia.

La Court constata que X., conocedor de la venta de bienes inmuebles realizada por A. a B., y celoso de las ventajas que obtendría B., se llega a A., y después de asegurarse que esta venta no había sido transcrita, le persuade, ofreciéndole un precio más elevado, a consentir en su provecho una segunda venta de los mismos bienes con la intención y el fin de anticiparse a la transcripción de la primera y destruir los efectos de ésta en su provecho; y así se hace conscientemente el instigador y el cómplice de un estelionato (1).

Según otra sentencia (2), es preciso que el segundo adquirente haya jugado un papel activo en la preparación y en la consumación del fraude y que haya sido el instigador, y declara que el segundo

(1) S. 1859, I, 883.

(2) S. 1870, II, 35.

adquirente ha maniobrado para obtener en su provecho una segunda enajenación.

Por el contrario, no hay fraude cuando el segundo comprador no ha hecho más que informarse cerca del Notario para asegurarse si la primera venta había sido transcrita y se apresura a realizar la venta sabiendo que había de encontrarse en concurrencia con otro adquirente de los mismos bienes (1).

No basta, pues, hacer distinción entre la mala fe unilateral y bilateral para explicar las decisiones de la jurisprudencia.

La interpretación a que se refiere la acción pauliana no permite hacer distinción entre la hipótesis del simple conocimiento del tercero y aquella de la jurisprudencia según la que hay fraude de parte del segundo adquirente. Este es también en nuestro parecer el punto débil de la teoría de Hugueney, que de la connivencia entre el deudor y el tercero deduce la responsabilidad de este tercero. Según este autor, todas las sentencias exigen esta connivencia para condenar al tercero a indemnizar daños y perjuicios (2).

En sentir de Hugueney, la jurisprudencia distingue según que la mala fe exista solamente en el tercer adquirente, caso en el cual hay simple conocimiento, del en que la mala fe exista en el vendedor y en el tercer adquirente, en cuyo caso hay concierto fraudulento. Los Tribunales no anulan la segunda enajenación transcrita más que en el caso de que haya concierto fraudulento. El segundo adquirente debe tener conocimiento de la primera enajenación y, además, el vendedor debe saber que consintiendo una segunda enajenación causa perjuicio al primer adquirente. Pero no creemos se puedan clasificar de esta manera las decisiones de la «Court de Cassation». Puede ocurrir que sólo el segundo adquirente tenga conocimiento de la primera enajenación y exista ya un fraude susceptible de anular la adquisición. De otra parte, el vendedor y el comprador pueden ser los dos de mala fe sin que se puedan revelar los elementos constitutivos de un delito civil. Nos parece, ante todo, que la jurisprudencia considera que hay un fraude cuando el segundo adquirente ha jugado un papel activo, sea que haya realizado maniobras dolosas, sea que haya determinado por sus solici-

(1) D. 1896, II, 515.

(2) Hugueney, *ob. cit.*, p. 31.

taciones al vendedor a consentir la venta del inmueble vendido anteriormente. De otra parte, no hay nada de reprehensible en su acto si se limita a jugar un papel puramente pasivo, como es el caso en que el vendedor mismo le propone la venta del inmueble y él se concreta a aceptarla, aunque tuviera conocimiento de la enajenación anterior. En esta hipótesis, no hace más que aprovecharse de una ventaja que le concede la Ley, idea que nos parece haber sido ya expresada por una sentencia de la Court de Grenoble que establece la distinción entre el simple conocimiento y el fraude (1).

El artículo 1.382 es el arma apta para reprimir los actos dolosos del tercero. Los autores parecen estar actualmente de acuerdo sobre este punto. Pero el obstáculo que impide construir una teoría sobre esta base reside precisamente en la dificultad de poner esta disposición de acuerdo con las decisiones de los Tribunales. El derecho violado es el derecho al respeto del lazo contractual por el tercero. Pero este derecho no se lesiona—como se podría creer según lo expuesto por Demogue y Bartin (2)—por la conclusión de un segundo contrato, aunque el segundo adquirente hubiere tenido conocimiento de la primera convención, sino solamente por la actividad personal que éste despliega para conducir a este resultado. Hasta el día nadie ha encontrado en el campo del Derecho francés un sistema que permita explicar por qué el tercero, a quien no se puede reprochar más que su conocimiento del compromiso anterior, no es despojado de su derecho inmobiliario.

Esta última solución de la Jurisprudencia se impone, sin embargo, y no parece puede ser modificada por otra teoría.

Ahora bien, ¿cómo el tercero declarado responsable debe reparar el perjuicio que ha causado? En general, la indemnización en Derecho francés es de orden pecuniario, pero si la reparación no exige un hecho personal del deudor y si ella no contraviene a la regla *nemo precise cogi potest ad factum*, ella será más eficaz si se hace en natura. Estos principios se aplican a nuestro caso. Por ello se debe admitir, con Lyon-Caen, que nada se opone a que la indemnización sea concedida en natura, es decir, consista en la reparación directa del daño sufrido por el restablecimiento de las cosas.

(1) S. 1870, II, 35.

(2) «Traité Général des Obligations», III, p. 368, y Aubry et Rau, 5 ed., VI, p. 338.

en el estado en que se encontraban antes del daño causado. En la especie, la preferencia dada al primer acreedor sobre el segundo persigue precisamente este fin. Las decisiones de la Jurisprudencia se conforman en principio a esta regla.

LA ENAJENACIÓN DE MUEBLES CORPORALES

El artículo 1.138 del Código civil francés declara que la obligación de entregar la cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes: ella hace al acreedor propietario aunque la tradición no haya podido ser hecha. El solo consentimiento de las partes, por tanto, basta para operar la transferencia de la propiedad mueble. Es el resultado de una lenta evolución consagrada en diversos textos del Código civil: el artículo 1.138, para la transferencia en general; el artículo 1.583, para la venta, y el artículo 938, para las donaciones.

Se podría pensar que en casos de ventas sucesivas de un mismo mueble corporal, la primera venta haya despojado al vendedor de todo derecho sobre la cosa vendida, de tal manera, que la segunda venta no sería más que una venta de cosa ajena y nula, según el artículo 1.599. Pero esto sería no tener en cuenta el artículo 1.141, el cual nos obliga a hacer una distinción. Si el vendedor ha entregado el objeto vendido al primer comprador, éste, desde entonces, se encuentra al abrigo de todo riesgo de ser eviccionado. Esta solución debe ser admitida incluso si el segundo adquirente es de buena fe. Si, por el contrario, la cosa ha sido entregada al segundo comprador, el artículo 1.141 despliega sus efectos. Dos hipótesis son posibles:

a) El segundo comprador es de mala fe. Entonces no puede adquirir la propiedad y el primero podrá reivindicar la cosa.

b) El segundo adquirente es de buena fe y ha sido puesto en posesión real de la cosa, y si es así, es preferido y permanece propietario aunque su título sea posterior en fecha (1).

La mayoría de los autores explican esta regla de la manera siguiente: el artículo 1.138 sienta un principio general y no distingue entre los muebles y los inmuebles.

(1) Art. 1.141.

En virtud de este artículo, la propiedad de los muebles corporales se transfiere inmediatamente y frente a todos por el simple consentimiento. A este principio se aporta el correctivo enunciado por el artículo 2.279 de que en materia de muebles la posesión equivale al título. La buena fe del segundo adquirente ha sido considerada en hipótesis, y como este último se encuentra, de otro lado, en posesión de la cosa, se halla beneficiado por la presunción refragable de propiedad establecida por la ley (1).

No es, pues, posible que un tercero de mala fe devenga propietario en materia inmobiliaria y, por tanto, la cuestión de la lesión de un derecho de la personalidad no se puede plantear en lo que concierne a la transferencia de muebles.

Sin embargo, es de interés referir brevemente que enfrente de esta teoría generalmente adoptada se levanta otra explicación desenvuelta en particular por Huc (2). Para los partidarios de esta segunda opinión, la propiedad de los muebles sólo se transfiere por la tradición, y hasta entonces el comprador no se reputa propietario más que frente a su vendedor. Volvemos a encontrar aquí la separación del contrato generador de obligaciones, y del hecho traslativo de propiedad y la cuestión de la responsabilidad se plantearía desde luego de forma idéntica que en materia de inmuebles. El legislador, al redactar el artículo 1.138, se contentó con poner los riesgos a cargo del acreedor. Incluso admitiendo el carácter lógico de esta teoría, hay que reconocer que no ha habido jamás una jurisprudencia en el sentido que estos autores atribuyen al artículo 1.141. La teoría clásica no ha sido quebrantada por esta interpretación original. La cuestión de saber cómo se debe aplicar la teoría de la responsabilidad del tercero en materia mobiliaria no se plantea, por consecuencia, en Derecho francés.

Notemos que en Derecho suízo, por el contrario, vamos a encontrar exactamente el estado de hecho tal como había sido admitido por Huc para el Derecho francés, y examinaremos entonces cómo la teoría del derecho al respeto del lazo contractual debe aplicarse.

(1) Aubry y Rau, 5.^a ed., II, p. 144; Planiol, I, núm. 2.496.

(2) «Commentaire du Code civil», t. VII, núm. 128.

B).—LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO AL CASO DE UNA DOBLE ENAJENACIÓN EN DERECHO ALEMÁN

En principio, el Código civil alemán regula el modo de adquisición de muebles y de inmuebles según la misma idea.

La convención de enajenación no transmite la propiedad, y ella no crea más que la obligación de transferir la cosa por la tradición en caso de muebles, y por la inscripción en el Registro de la Propiedad en materia de inmuebles. Este primer contrato generador de obligaciones es seguido por el contrato abstracto (*dinglicher Vertrag*), que se hace público por un signo exterior destinado a informar a los terceros, sea la tradición para los muebles, sea la inscripción para los inmuebles.

Si el contrato abstracto ha sido concluido y los actos de publicidad han sido realizados, la propiedad de la cosa está transferida, y ello independientemente de la validez del primer contrato generador de obligaciones.

El problema en materia inmobiliaria.—Respecto a la cuestión de saber si el segundo adquirente de un inmueble ya vendido a un primer comprador o donado a un primer donatario puede ser declarado responsable de un atentado a las buenas costumbres, no hay lugar a distinguir entre las enajenaciones a título gratuito y las enajenaciones a título oneroso. Las dos categorías de adquirentes son tratadas de la misma manera. Pero se impone otra distinción. Acabamos de ver que el contrato abstracto es indispensable para la transferencia de la propiedad. Dos hipótesis pueden presentarse: El contrato generador de obligaciones ha sido concluido y la inscripción en el Registro de la transferencia del derecho no se ha efectuado todavía. Un tercero se entiende con el vendedor, adquiere el inmueble y hace inscribir su cualidad de propietario. Esta intervención del tercero puede producirse ya antes, bien después de la conclusión del contrato abstracto.

He aquí cómo la primera hipótesis se presenta: B. tenía adquirida la parcela número 1, y A., propietario de la parcela vecina, se obliga a no levantar ninguna construcción. Antes que ambos hubieran procedido al acuerdo o inscripción, A. vende su parcela

número 2 a C., quien tenía conocimiento del contrato que tendía a la constitución de la servidumbre (1).

Los esposos P. venden un inmueble a la hermana de la señora P., casada con S. bajo el régimen de la comunidad de bienes. Poco tiempo después, viviendo la señora S. con sus parientes y para impedir a S. adquirir la propiedad del inmueble, los esposos P. lo venden a parientes de las dos mujeres y les transfieren la propiedad mediante la inscripción en el Registro (2).

En los otros casos prácticos en que se trata de la hipótesis más sencilla de una doble enajenación, en la cual se interesan tres personas, es igualmente antes de la conclusión del contrato abstracto, cuando el tercero interviene.

En todos los ejemplos citados la situación es la misma. El segundo adquirente está inscrito como propietario o titular del derecho real en el Registro, en tanto que el primer comprador o donatario no ha llegado a cambiar su derecho de obligación en un derecho real. Se puede, pues, plantear la cuestión de saber si este segundo acreedor no se ha hecho responsable de un atentado a las buenas costumbres.

Pero este acto del tercero puede intervenir también más tarde que nosotros hemos supuesto hasta ahora. En esta segunda hipótesis, la primera enajenación, la convención generadora de obligaciones, ha sido seguida del contrato abstracto, pero la inscripción de transferencia del derecho no se ha operado todavía.

Determinemos ahora cuál es la naturaleza de este contrato abstracto, designado con el nombre de *Einigung*, en general, y de *Auflassung*, en lo que concierne a la enajenación de un inmueble.

Dos teorías se han edificado para explicar su carácter. La mayoría de los autores consideran este acuerdo de voluntades como un *contrato real abstracto*. Es este acuerdo el que contiene las dos declaraciones de los contratantes, sin las cuales el contrato no se perfecciona. Sus efectos traslativos están, sin embargo, subordinados a la condición de que se proceda a la inscripción de la transferencia en el Registro (3).

Por último, el contrato es abstracto, puesto que sus efectos no

(1) Gruchot, 50, 971.

(2) R. G., 62, 137.

(3) Gierke, II, § 119, 39.

derivan de la convención, e incluso si ésta es nula, no tiene ninguna consecuencia sobre el valor del acuerdo.

A esta teoría se ha opuesto otra. Enneckerus y Wolff declaran que el acuerdo y la inscripción deben ser considerados como un solo acto jurídico, de suerte que la inscripción no es más que uno de los elementos del contrato. Según ellos, un contrato puede contener otra cosa además de las dos declaraciones de voluntad indispensables.

El acto de Derecho público constituido por la inscripción no tiene un carácter extracontractual. El acuerdo no es, por consecuencia, más que una parte del contrato real abstracto, y si se emplea para designar el término del contrato, se corre el riesgo de crear una confusión.

Estos autores citan en favor de su teoría el hecho de que el Código civil alemán, hablando de la *Einigung* y de la inscripción conjuntamente, dice «acto jurídico» (1) o «contrato» (2), y que el acuerdo solo no se califica jamás de contrato.

Las dos teorías parecen conducir, en lo que concierne a nuestra cuestión, al mismo resultado práctico.

Sea que la inscripción forme parte del contrato, sea que deba ser considerada como un elemento extracontractual, los autores concuerdan al decir que el vendedor tiene la posibilidad de disponer de la cosa en favor de un tercero hasta el momento de la inscripción. La jurisprudencia alemana ha admitido igualmente este punto de vista.

Hay, sin embargo, autores, como Endemann y Staudinger-Kober, que sobre la base del § 873 pretenden lo contrario (3). Según ellos, el acuerdo concluido con las formas legales impide al propietario disponer ulteriormente de su derecho, pero la doctrina dominante defiende la opinión contraria (4), y la *Reichsgericht* se pone definitivamente de su lado (5).

(1) *Rechtsgesohaft*, 892.

(2) § 914, párrafo 2.

(3) Endemann: «*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*», Berlín, 1908; v. Staudinger-Kober: «*Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*», 7-8; Auflage: 1912-14.

(4) Wolff: § 38, p. 105.

(5) R. G., 113, 407.

Es, pues, posible que un tercero se interponga en la relación entre vendedor y adquirente hasta el momento en que la inscripción se opere, y como esta inmisión puede revestir un carácter in-moral, nuestro problema puede surgir hasta ese momento. La cuestión, pues, se plantea ahora en saber qué hecho del tercero debe ser considerado como contrario a las buenas costumbres.

Se había creído poder encontrar una solución especial al Derecho inmobiliario sin que fuese necesario recurrir a los principios de la moral. Esta solución estaría basada sobre el § 892 (1).

Según los defensores de esta teoría, el artículo garantiza a cada uno el derecho de adquisición en tanto que el Registro no mencione la existencia de un derecho de otro. Para que el adquirente sea de mala fe y lesione, por consecuencia, la regla del § 892, debe haber sacado su conocimiento del Registro. Si ha conocido la existencia del derecho del primer adquirente por otra vía, adquiere, a pesar de todo, la propiedad del inmueble, a menos que el párrafo no sea aplicable, en razón de otro hecho no previsto en nuestra hipótesis.

Parece, por tanto, que el resultado de esta interpretación, lejos de impedir la aplicación de la teoría de la responsabilidad del tercero, la hace precisamente posible. Es erróneo creer que el problema esté liquidado una vez que la propiedad esté atribuida al segundo adquirente. Incluso si el adquirente deviene propietario de la cosa, puede por su acto implicar atentado a las buenas costumbres.

Una opinión diferente deberá basarse sobre la idea de que el § 892 excluye *ipso facto* la aplicación del § 826. Pero la definición de la mala fe exigida por el § 892 no coincide con la que se hace de la mala fe fuera de toda relación con el Registro. Es, pues, posible que ninguna restricción se imponga al adquirente en virtud del § 892, pero puede, no obstante, en razón de otra

(1) Si alguno adquiere por acto jurídico un derecho sobre un fundo o un derecho sobre un derecho análogo, el contenido del Registro se considera exacto en su provecho, a menos que una contradicción de la exactitud no haya sido inscrita o que la inexactitud no haya sido conocida por el adquirente. Si el titular de un derecho inscrito en el Registro sufre en la facultad de disponer una restricción en provecho de una persona determinada, esta restricción no tiene efecto frente al adquirente más que si tuvo conocimiento de ella o ésta aparece claramente del Registro.

disposición, serle imputado el haber cometido un acto censurable, y en nuestra hipótesis puede ser muy bien que la adquisición de un inmueble vendido a un primer comprador deba ser colocada entre los actos contrarios a las buenas costumbres. En los primeros años de la aplicación del Código civil, la jurisprudencia alemana se colocaba en este punto de vista, declarando que no era preciso apartarse de los principios establecidos por el § 826 en el caso de colisión entre un derecho real y un derecho personal (1). El hecho de que un derecho personal se oponga a la adquisición de un derecho real no impide por sí solo la constitución de este derecho real, aunque el adquirente tuviera conocimiento del derecho personal. Pero si esta adquisición causa, en contra de las buenas costumbres, un daño al titular del derecho personal, nada se opone a la aplicación del § 826.

La dificultad resultante del § 892 ha sido superada, y sólo restaría indicar el resultado de la aplicación a la práctica de la teoría de la responsabilidad del tercero en materia inmobiliaria. ¿Qué ha resuelto la jurisprudencia alemana?

El hecho de que un tercero tenga conocimiento de la conclusión de un contrato y de haber concertado el mismo un compromiso incompatible con el primero no constituye por sí solo un acto contrario a las buenas costumbres.

Pero no parece que la situación del individuo que induce a otro a faltar a su compromiso deje de estar acompañada de circunstancias especiales. Sin embargo, se podrá deducir de la decisión J. W. 1925, 1.752 (2), por argumento *a contrario*, que el instigador a la inejecución atenta a las buenas costumbres. Se ha establecido en todo caso que el concierto fraudulento entre deudor y tercero será siempre castigado. Pero para volver al caso de la instigación se podrá también aplicar la regla generalmente admitida por la jurisprudencia alemana, según la cual el hecho de inducir a un contratante a la ruptura de su compromiso no constituye un acto contrario a las buenas costumbres, a menos que se trate de un acto de concurrencia desleal. Parece, en efecto, que la complicidad no lleva consigo la responsabilidad del tercero, puesto que

(1) Gruchot: 50, p. 971.

(2) J. W.: «Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltvereins», 1925, p. 1.752. Berlín, 21 Febrero 1925.

las sentencias insisten sobre la necesidad de un concierto fraudulento, lo que hará difícil la condena del instigador.

Las decisiones del Tribunal Supremo alemán no nos permiten resolver este problema de manera cierta. Por el contrario, se establece por ella que cuando se presenten circunstancias particularmente graves, el tercero que las haya provocado será condenado a daños y perjuicios. Pero estos casos especialmente reprehensibles no parecen presentarse en materia inmobiliaria, a menos que se plantee la connivencia entre deudor y tercero, de lo que es muy difícil encontrar ejemplo.

El problema en materia de cosas muebles.—Hemos constatado que, en principio, la transferencia de derechos mobiliarios no difiere de la de los inmobiliarios en Derecho alemán, y, por consecuencia, la cuestión de la responsabilidad del tercero que induce al deudor a faltar a su compromiso, puede plantearse también en materia inmobiliaria.

La enajenación no hace nacer en provecho del adquirente más que una simple acción personal (1), y el enajenante permanece propietario en tanto que no se ha hecho la tradición. Pero si el segundo adquirente conoce la primera venta, puede cometer eventualmente una infracción a las buenas costumbres, y entonces es aplicable el § 826.

En Derecho mobiliario, nos encontramos la misma divergencia de teorías respecto a la relación existente entre el acuerdo y el contrato real abstracto. La tradición toma aquí el lugar de un signo necesario a la ejecución de la transferencia. En lugar de un acto de orden público, se trata aquí simplemente de un acto de orden privado. El acuerdo se hace en el momento mismo de la tradición. El § 929 (2) exige que las partes estén de acuerdo en este momento, regla que, por consecuencia, descarta la posibilidad de un acuerdo anterior. No se debe, por tanto, plantear la cuestión de si hay que distinguir según el momento en que se opera la conclusión del contrato abstracto. Es después de la convención generatriz de obli-

(1) § 433, C. c. alemán.

(2) Para transferir la propiedad de una cosa mobiliaria es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo sobre la transmisión. Si el adquirente está en posesión de la cosa, el acuerdo es suficiente.

gaciones y antes de la tradición solamente cuando un tercero puede determinar al deudor a abandonar la ejecución de su contrato. El desenvolvimiento de la jurisprudencia en este caso particular refleja las divergencias de opiniones existentes sobre la aplicación de la teoría de la responsabilidad de un tercero en Derecho alemán, pero nos parece, sin embargo, se pueden reducir todas ellas a un solo sistema, que puede formularse así: el acto del tercero que induce al vendedor a faltar a su contrato puede constituir eventualmente un atentado a las buenas costumbres si concurren en él circunstancias particularmente agravantes; cuáles serán éstas, resulta difícil el concretar, aunque, caso de ello, sería, por ejemplo, la confabulación del tercero con el vendedor.

La reparación del daño en natura.—Acabamos de ver que es imposible establecer como regla general que el tercero que induce a un contratante a faltar a un compromiso preexistente sea condenado a reparar el daño que causó. Sin embargo, en un cierto número de hipótesis, ésta sería la resolución, y la cuestión es saber cuál será el modo de reparación previsto por la ley alemana.

El § 249 dice que aquel que está obligado a daños y perjuicios debe restablecer el estado de las cosas que habría existido si las circunstancias que obligan a la indemnización no hubieran sobrevenido. Si los daños y perjuicios son debidos por lesión causada a una persona o por deterioro de una cosa, el acreedor puede exigir, en lugar de la reparación, la suma necesaria para procurarla. Este parágrafo ha sido interpretado de dos maneras. O bien se puede pretender que es preciso restablecer el estado de hechos existente inmediatamente antes de advenir el acto jurídico del que deriva la responsabilidad, o bien se puede ver la reparación en el establecimiento de los hechos que habrían sobrevenido entre el acaecimiento de ese acto jurídico y el momento en que la reparación tiene lugar si ningún daño se hubiera causado.

Si ahora aplicamos estas dos soluciones a nuestro caso particular, ¿deberá condenarse al segundo adquirente a poner la cosa en las manos del vendedor o será preciso obligarle a transferirla directamente al primer comprador? La cuestión parece ofrecer poco interés práctico, puesto que una vez remitida la cosa al vendedor y restablecido el estado de hecho que existía antes de la intervención del tercero, el vendedor se encuentra de nuevo en estado de

ejecutar su obligación respecto al primer adquirente. Planck (1) se pronuncia en favor de esta solución predisamente por el argumento de que ella reproduce exactamente el estado existente con anterioridad a la intervención del tercero. En su opinión, sería exceder la extensión de la reparación si se admitía la solución contraria.

Sin embargo, no creamos que ésta sea la opinión adoptada en general por la doctrina y por la jurisprudencia. El texto mismo del § 249 es bien claro: no exige el restablecimiento del estado anterior, pero ordena que sea establecido el estado de hecho que existiría si el acto del tercero no hubiera tenido lugar y el tercero, por tanto, podrá demandar lo que habría obtenido si el tercero no hubiera intervenido. El Tribunal del Imperio se pronunció más de una vez en este sentido.

En cambio, se puede citar una decisión del Reichsgericht (2), que es una excepción a esta regla. Se trata precisamente de nuestra hipótesis, es decir, de un contrato de venta de muebles inejecutado a consecuencia de las negociaciones de un tercero que compra los mismos muebles ya vendidos a otro adquirente. Esta sentencia declara que la adopción del principio que acabamos de indicar como generalmente reconocido por la jurisprudencia y la doctrina chocaría con la afirmación bien establecida de que el *jus ad rem* no existe en Derecho civil alemán, idea que fué sostenida cuando la Codificación del Derecho civil alemán, y que después todos los autores han repetido. Por tanto, este principio no tiene fuerza de ley. Si se le reconoce generalmente, ello proviene de que los autores están de acuerdo para declarar que tal derecho no podría ser consagrado de ninguna manera en el sistema del Derecho civil alemán y que la distinción rigurosa entre los derechos de obligación y los derechos reales descarta *ipso facto* toda idea de existencia de un *jus ad rem*.

Es, pues, erróneo declarar, como lo hizo alguna sentencia alemana, que la reparación en natura no puede operarse, porque el *jus ad rem* no puede ser restablecido de esta manera indirecta. Sin preocuparnos de la cuestión de si combinado el derecho a una repa-

(1) D. J. Z.: «Zur Auslegung und Anwendung des § 826. B. G. B., D. J. Z.», 1907, p. 8.

(2) R. G., 103, 419.

ración y el principio de la reparación en natura se puede llegar al mismo resultado que con el *jus ad rem*, lo que sí debe examinarse es si estos principios chocan con las reglas dictadas por la ley. La idea de que el *jus ad rem* no existe en Derecho alemán no es un precepto legal, sino una conclusión sacada de un cierto aspecto del sistema general del Código civil, y esta conclusión *no nos permite considerar como inexistente* un derecho que se basa sobre un fundamento tan sólido. *Precisará buscar si puede haber otra disposición legal que prohíba al primer adquirente volverse contra el segundo para demandarle la transferencia de la cosa, y no parece que exista ninguna regla que prohíba este acto.*

La jurisprudencia en materia inmobiliaria no ha visto ningún inconveniente en conceder al primer adquirente de un inmueble el derecho de reivindicarle, incluso aunque haya pasado a ser propiedad de un segundo comprador. Aquí la idea de la existencia de un *jus ad rem*, o, más bien, de su no existencia, se aprecia mejor que en la hipótesis de una venta mobiliaria. Pero nadie ha pensado en invocar el principio.

Incluso en materia mobiliaria, la cuestión ha sido resuelta en el sentido de nuestra tesis. La sentencia R. G. 108, 58, no ha cometido el error de levantar el argumento hipotético de la prohibición del *jus ad rem* para no admitir la reparación en natura en el caso especial que nos interesa, y declaró que la sentencia que casaba había restringido demasiado y de manera contraria al texto del § 249, el campo de aplicación de esta disposición. El primer adquirente de cosa mueble que ha sido privado por un segundo adquirente, responsable de un acto contrario a las buenas costumbres, tiene el derecho a reclamarle.

En adelante, la solución del problema en Derecho alemán es la siguiente. El tercero que induce a un contratante a romper el contrato de venta o de donación de un mueble o de un inmueble puede cometer un acto contrario a las buenas costumbres.

En virtud del § 826, está obligado a reparar el daño causado, y si es propietario todavía de la cosa, la reparación se hace en natura y la cosa será transferida al primer adquirente.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)