

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO  
DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ES-  
PECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

---

Año IX

Noviembre de 1933

Núm. 107

---

## El “*jus ad rem*” en el Derecho civil moderno <sup>(\*)</sup>

### EL PROBLEMA EN EL DERECHO SUIZO

Si volvemos ahora la vista a los resultados obtenidos por el Derecho alemán en esta materia, vemos que una parte de la jurisprudencia y la doctrina, arrancando de los mismos hechos, llega a un resultado idéntico al que nosotros hemos encontrado en el Derecho suizo. Esta interpretación está basada enteramente sobre la noción de buenas costumbres establecida por el § 826. El Tribunal federal, adoptando la opinión del campo adverso, llega, fundándose en el artículo 41, párrafo 2.º, C. O., idéntico, en cuanto a su tenor, al § 826, a una solución opuesta. Si, como nosotros lo hacemos, se rechaza la idea del Tribunal federal, que no declara responsable al instigador de la inejecución del contrato, se puede pensar en recoger la teoría del primer grupo alemán; pero aunque la solución de estos juristas se aproxime a la nuestra, creemos que el Tribunal federal ha tenido razón para no interpretar el artículo 41, párrafo 2.º, C. O., como lo han hecho esos autores. La divergencia entre este artículo y el parágrafo correspondiente al Código civil alemán no es debida, como podría creerse a primera vista, a una interpretación diferente del mismo texto, sino que tiene un fundamento más sólido. La importancia del artículo 41, párrafo 2.º, C. O., en Derecho suizo es mucho menos considerable

(\*) Véanse los números 100 a 106 de esta Revista.

que la atribuida al § 826 en Derecho alemán. Sin ir más lejos, Pfister (1) declara que el párrafo 2.º no hace más que reproducir una idea contenida en el párrafo 1.º, y que es preciso reconocer que el Derecho alemán ha encontrado en el § 826 una norma que protege también los derechos inherentes a la personalidad. Este papel no incumbe al artículo 41, párrafo 2.º C. O., puesto que el Derecho suizo contiene disposiciones expresas en esta materia. Se comprende, pues, la resistencia bien natural de la jurisprudencia y de la doctrina a conceder una importancia demasiado considerable a este artículo, y así resulta lógico que el Tribunal federal no aplique nunca la disposición del C. O. a un estado de hecho que el Juez alemán hará regir por el § 826.

Debemos no olvidar que ninguno de los sistemas que han recurrido a la noción de buenas costumbres ha podido suministrar un criterio bastante preciso para distinguir las diferentes hipótesis de la instigación y del concurso a la inejecución de un contrato y para determinar las que constituyen un acto ilícito. Los criterios fundados sobre el artículo 28 del Código civil suizo nos permitirán concretar el problema en seguida. Esta disposición busca definir el atentado a un derecho absoluto, idea jurídica mucho más precisa que la del principio moral inasequible del artículo 41, párrafo 2.º, C. O. La noción del derecho de la personalidad cuadra perfectamente con la teoría del acto ilícito y no es necesario añadir todavía a la esfera de ilicitud propiamente dicha una segunda ilicitud de orden moral.

Nos parece que el Juez suizo tendría gran culpa de no aplicar el medio que el artículo 28 pone a su disposición.

Este deber de no intrusión es un principio que se encuentra también en el Derecho francés y en el Derecho anglosajón, y no así en el Derecho alemán, por lo que consagra una de las superioridades del Derecho suizo sobre este último y constituye un instrumento más perfeccionado que la vaga noción de buenas costumbres.

(1) «*Frage aus dem Gebiete der Widerrechtlichkeit*, Diss», Zurich, 1925; página 139

LOS PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA APLICABLES  
A LOS TERCEROS Y A LOS DEUDORES

Los terceros que por sus solicitudes determinan a un contratante a faltar a su compromiso o que le aportan su concurso activo, incurren por este hecho en una responsabilidad delictual.

Este punto lo consideramos como definitivo. Pero ¿cuál es la relación entre su responsabilidad y la del deudor? Este último se ha hecho también responsable, aunque sea sólo contractualmente.

No habrá, pues, responsabilidad solidaria propiamente dicha en lo que concierne al tercero y al deudor.

Esta conclusión es fácil de explicar. El tercero ha tratado a su libre arbitrio, y si ha contribuido a la inejecución del compromiso del deudor, lo ha hecho tomando una parte activa e independiente. Pero el Derecho suizo prevé, al lado de la responsabilidad solidaria completa, otro género de responsabilidad plural cuando varias personas responden del mismo daño en virtud de causas diferentes. La diferencia entre las dos responsabilidades es de poca importancia y se limita, en suma, a la regla de que la prescripción interrumpida respecto de todos los deudores por la demanda contra uno de ellos en caso de responsabilidad solidaria, permanece interrumpida para los otros deudores cuando varios responden del mismo daño en razón de causas diferentes (1). De otro lado, el principio de la sustitución del deudor que se libera de los derechos del acreedor, no se aplica más que en el caso de verdadera solidaridad (2).

Pero en las dos hipótesis corresponde al Juez apreciar bien el fundamento del derecho de recurso de unos frente a otros. Y el artículo 51, párrafo 2.º del C. O. le indica los métodos a seguir, a menos que no hubiera circunstancias especiales. Este párrafo dice así: *Le dommage est, dans la règle, supporté en première ligne par celles des personnes responsables dont l'acte illicite l'a déterminé et, en dernier lieu, par celle qui, sans qu'il y ait faute de sa part ni obligation contractuelle, en est tenue aux termes de la loi.*

Se deduce que en nuestra hipótesis el acreedor tendrá la elec-

(1) Art. 136, párrafo primero del C. O.

(2) Art. 149, párrafo primero del C. O.

ción de dirigirse, sea al deudor, sea al tercero, para pedir la reparación del daño, y el Juez decidirá si existe un derecho de recurso del uno contra el otro y cuál será la extensión de este derecho. El Tribunal federal ha declarado que el acreedor que ha obtenido la revocación de un acto de enajenación efectuada por el deudor no puede ejercer una acción directa en pago contra el tercero demandado más que en el caso de que los bienes enajenados no existan en natura y que este último se halle en posesión de un acto de privación de bienes definitivo.

Podría pensarse que esta misma regla se aplica también a nuestro caso y preguntar si la responsabilidad del tercero es solamente subsidiaria. Pero esto sería confundir la acción pauliana y nuestra hipótesis, entre las que si hay analogía, existe, sin embargo, una diferencia considerable.

En el caso de la acción pauliana, el deudor se limita, como en nuestra hipótesis, a no ejecutar sus obligaciones contractuales, sino que *se pone deliberadamente* en un estado tal que no puede responder a las obligaciones legales asumidas por consecuencia de la inejecución del contrato. Este acto no entra en el cuadro de la inejecución pura y simple y constituye un delito civil. Aquí el deudor se ha hecho responsable de un acto delictual.

En nuestra hipótesis, el problema se plantea de otra manera: es el tercero quien incurre en responsabilidad delictual, y el deudor no responde más que contractualmente. Por consecuencia, según el artículo 51, párrafo 2.º del C. O., el tercero soporta, en fin de cuentas, el daño causado por su acto ilícito. Si esta solución parece indicada para el caso en que el tercero ha jugado el papel de instigador, no será igual si no ha hecho más que aportar su concurso, aunque sea de una manera activa, a la inejecución de un compromiso. El Juez, entonces, teniendo en cuenta el hecho de que el acto del deudor y el del tercero han determinado el daño en una misma medida, condenará a los dos a tomar a su cargo una parte igual de los daños y perjuicios.

Podemos, por último, resumir brevemente el principio que se aplica en Derecho suizo a nuestro caso.

Aquel que aporta activamente su concurso a los hechos constitutivos de la inejecución de una obligación contractual, o que determina a un contratante a violar su compromiso hacia un tercero,

comete un atentado al derecho de la personalidad de ejercer libremente su comercio y responde, en virtud del artículo 51, párrafo primero, concurrentemente con el deudor del daño resultante de la violación de un contrato.

#### EL PROBLEMA EN EL DERECHO INGLÉS

El concurso aportado por un tercero a la inejecución de un contrato, ¿constituye un delito en Derecho inglés?

El Derecho inglés protege en principio el derecho de cada uno a practicar libremente su comercio jurídico. Toda otra persona tiene, por consiguiente, la obligación de no poner obstáculos a su libre ejercicio (1). La *common law* coloca entre los cuasidelitos (*torts*) un atentado a este derecho.

Sin embargo, es difícil circunscribir exactamente la esfera protegida, y los autores no han puesto en claro en qué consiste la ilicitud del atentado (2).

Pero este derecho absoluto de concertar los contratos con cualquier otra persona experimenta restricciones, las cuales no son inherentes a la naturaleza del contrato específico que se pacte. Estará limitado por el respeto al lazo contractual de otro si la conclusión de un contrato implica atentado al derecho de este último. De otra parte, este mismo derecho forma uno de los elementos de ese haz de derechos que constituye aparentemente el derecho de hacer libremente su comercio. El acto del tercero incitando a una persona ligada por un contrato a no ejecutarlo, debe considerarse ilícito, pero la ingerencia debe presentar un carácter activo y debe causarse un daño; este delito ha sido llamado *procuring a breach of contract*.

Por de pronto, la jurisprudencia había admitido algunas dudas sobre la cuestión de si debía admitir una acción por violación de todo contrato o solamente por la violación de los contratos creadores de relaciones permanentes entre las partes contratantes; sin embargo, finalmente, se abandona toda distinción.

Pero antes de llegar a formular estas reglas de aplicación ge-

(1) Halsbury: «Laws of England». V. 27. 1913; p. 475; núm. 927.

(2) Jenks: «Digest of English Civil Law». Art. 964.

neral, los Tribunales ingleses habían tenido ocasión de resolver este problema en ciertas hipótesis particulares.

Una de ellas fué el *caso de soborno*. Se estableció desde mucho tiempo que el dueño cuyo criado ha sido sobornado por otro dueño, tiene una acción de daños y perjuicios contra éste, a menos que no posea una causa legítima para justificar su acto. Los autores se han preguntado, sin llegar a una respuesta precisa, cuáles eran estas causas legítimas.

Esta acción existe no solamente contra la persona que incita al criado a no ejecutar, sino también contra el dueño que le compromete durante la vigencia del primer contrato (este delito civil se llama *harbouring a servant*), siempre que tuviere conocimiento de éste, importando poco que hubiese tomado él mismo la iniciativa o que hubiera concertado el contrato a instancias del criado (1).

Sin embargo, el primer dueño pierde su acción contra el segundo si es indemnizado por el criado.

Esta doctrina, aplicada a todos los casos de inejecución de un contrato de trabajo a consecuencia de una instigación, ha permitido a los Tribunales americanos combatir eficazmente el *boycot* (2). En Inglaterra, la Trade-Dispute Act de 1906 ha hecho imposible una jurisprudencia análoga.

Pero esta ley sobre el conflicto del trabajo, las reglas sobre los cuasidelitos de intrusión en la esfera contractual de otro, han perdido evidentemente terreno de aplicación.

Otro caso en que entendió la jurisprudencia inglesa fué el de la *intrusión en las relaciones del vendedor y comprador de un inmueble*. En cuanto a la transferencia de los derechos reales, el problema que podía plantearse bajo la antigua legislación anterior a las leyes de 1925-26 (3) ha perdido también su interés práctico. Antes de 1926, la Court of Chancery concedió, desde el día del contrato, al adquirente de un inmueble un *equitable state* intermedio entre el derecho personal, y el *legal state*, derecho absoluto de propiedad. El titular de este *equitable state* arriesgaba ser desposeído por un adquirente a título oneroso de buena fe a quien la propiedad había

(1) Halsbury: V. 29, 1911; p. 270.

(2) Wodoz: «Le boyccottage», p. 27.

(3) «Law of Property Act», 1925, 15 Geo. 5, c. 20; «Law of Property Amendment Act», 1926, 16 y 17 Geo. 5, c. 11.

sido vendida por el fraude o por consecuencia de cualquier otra falta del propietario legal, pero sin ninguna falta ni negligencia de este adquirente (1). Por el contrario, la Court no protege estos *equitable interests* del adquirente no puesto todavía en posesión real frente a un adquirente a título oneroso que ignoraba su existencia (2).

En resumen, la *common law* inglesa reconocía una acción de daños y perjuicios a un contratante cuyo compromiso no ha sido ejecutado por consecuencia de la intervención de un tercero contra este tercero, si es que este último actuó conscientemente y sin excusa legal.

Para comprender el principio general deberá saberse en qué consiste la excusa legal que podrá exceptuar un instigador eventual. Hasta el presente, ningún precedente ha zanjado todavía esta cuestión; por contra, hay sentencias estatuyendo qué excusas no son válidas.

La Jurisprudencia inglesa ha erigido una construcción bastante completa para definir el delito de intrusión de un tercero en las relaciones contractuales respecto a otro.

Es preciso, sin embargo, reconocer que la mayoría de los casos concretos, cuando la cuestión se plantea, han sido eliminados por la promulgación de ciertas nuevas leyes que, sin ser hostiles a esta teoría, han tenido por consecuencia suprimir el valor práctico de las antiguas decisiones.

## II

### LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO AL CASO DE LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD (3)

Como al principio hemos hecho resaltar, el fin de nuestro trabajo es examinar si en Derecho moderno se debe reconocer la existencia de un derecho análogo al *jus ad rem* declarado definitivamente abrogado. Después de haber establecido los principios de la teoría de la responsabilidad del tercero en general, su aplicación

(1) Pollock: «A first book of jurisprudence». 1904.

(2) Comp. Topham: «The new law of Property», 3.<sup>a</sup> ed., p. 7.

(3) Deliberadamente dejamos el examen de estas cuestiones dentro de nuestro sistema de Derecho positivo para el final de este trabajo.

a los casos de transferencia de la propiedad nos permitirá comparar la relación de derecho resultante de ello con el *jus ad rem*.

#### A).—EL PROBLEMA EN DERECHO FRANCÉS

En Derecho civil francés son distintos los principios que regulan la transferencia de muebles y de los inmuebles.

En lo que concierne a los muebles, la transferencia se efectúa en principio por la conclusión del contrato; en materia inmobiliaria, por el contrario, la convención despliega efectos frente a tercero, una vez solamente se ha cumplido la formalidad de la transcripción. Esta diferencia en la elección del momento en que la transferencia del derecho se opera frente a los terceros, nos obliga a examinar separadamente la aplicación de la teoría a las dos categorías de derechos.

*La enajenación de inmuebles en Derecho francés.*—Si el principio de transferencia convencional *erga omnes* fuera admitido en las enajenaciones de inmuebles, el derecho de propiedad del primer adquirente no podría ser nunca atacado por un acto posterior del enajenante.

Pero el contrato de enajenación no ejerce sus efectos más que entre las partes. Para los terceros la enajenación no existe sino desde que ella ha recibido la publicidad que le es propia y con las formalidades indicadas en el artículo 941 del Código civil francés, para la donación, y en la ley de 23 de Marzo de 1855, para las enajenaciones a título oneroso. Respecto a los terceros, el inmueble vendido o donado pertenece siempre al vendedor o donante, que pueden todavía ceder válidamente sus derechos. El conflicto entre dos adquirentes no se regula en consecuencia por la fecha de los actos de enajenación, sino por la fecha de su publicidad.

Esta solución no admite duda cuando el segundo adquirente, en interés del cual la publicidad de la enajenación ha sido hecha obligatoria, es de buena fe e ignora la primera enajenación. Pero no es ésta la hipótesis que nos interesa. La teoría del atentado al derecho que protege el lazo contractual será aplicable si el segundo adquirente ha tratado, no obstante el conocimiento que hubiese tenido de la primera enajenación, por otras vías que la de la publicidad establecida por el legislador.

El caso se presenta así: Un vendedor enajena su inmueble, pero antes de que el adquirente hubiera transrito el acto de enajenación, un tercero, teniendo conocimiento del primer contrato, compra el inmueble y se apresura a transcribir.

El mismo problema se plantea si en lugar de venta se tratase de donación. Pero, sin duda, los terceros que pueden prevalerse del defecto de transcripción no son los mismos en las dos hipótesis.

El Código francés, en su artículo 941, concede, en principio, el derecho de ignorar el acto no transcrita a todos los interesados. La Ley de 23 de Marzo de 1855, que ha establecido la formalidad de la transcripción para todas las enajenaciones entre vivos a título oneroso, reserva este derecho a ciertas personas limitativamente enumeradas. Sin embargo, los compradores y donatarios que transcriben a consecuencia de una primera enajenación no transcrita, tienen la cualidad de terceros en los dos sistemas. No es necesario que el conflicto se dé entre dos compradores, dos donatarios o entre un comprador y un donatario. Se podría imaginar una enajenación parcial que el adquirente se olvida de hacer transcribir. Posteriormente, un tercero se entiende con el enajenante y se hace constituir una servidumbre que se apresura a transcribir. El conflicto entre adquirente y titular de la servidumbre pondrá en juego los mismos principios que en el caso de la doble venta y debe resolverse de igual manera.

En todas estas hipótesis, la teoría de la responsabilidad del tercero puede intervenir con igual título. Hasta el día de la transcripción, el primer adquirente no tiene frente a los terceros un derecho colocado al amparo de los atentados. Pero si el segundo adquirente lesiona el derecho derivado del lazo contractual, derecho al que está obligado, su contrato no le exime de la responsabilidad consiguiente.

Hay un punto sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo hace tiempo.

Es preciso distinguir entre la hipótesis del simple conocimiento de la existencia del contrato para los terceros y la en que hay fraude en el segundo adquirente (1). Pero los autores no han podido dar una explicación satisfactoria para justificar esta diferencia.

(1) Hugueney: p. 26, ob. cit.

Diversas teorías presentadas para explicar cuál es el derecho del primer adquirente se han equivocado precisamente sobre este punto. Examinemos rápidamente los argumentos que emplean, pero antes notemos que Demogue, apercibido de las dificultades que se opondrían a su teoría, ha declarado que aquí el derecho al respecto del lazo contractual no despliega excepcionalmente ningún efecto, porque la transcripción debe ser considerada como una institución creada esencialmente con el fin de hacer mayor la seguridad de las transferencias inmobiliarias (1), y esta consideración de orden práctico le conducirá a la solución lógica. Pero entonces este autor no explica por qué la «Court de Cassation» ha condenado siempre a aquel que induce a un contratante a la ruptura de su contrato, incluso en materia de transferencias inmobiliarias.

No deberá creerse, de otro lado, que esta distinción entre el simple conocimiento y el fraude del tercero no se imponga más que en materia de transferencia de inmuebles. La misma diferencia existe, por ejemplo, en el caso del soborno.

Incluso eliminando las enajenaciones inmobiliarias del número de las hipótesis posibles, nos encontraríamos exactamente enfrente de igual problema. La solución debe ser, pues, investigada por otro lado. Si un cierto número de sentencias que datan de los primeros años de la aplicación de la Ley de 23 de Marzo de 1855, se han inspirado en el adagio «*Fraus omnia corrumpit*», ya que «el fraude hace excepción a todas las reglas», los autores no han tardado en descartar esta interpretación, porque no parece tener un valor propio, y así esos autores no tardaron en calificar esa forma de «expediente destinado a evitar toda discusión».

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,  
Notario.

(Continuará.)

(1) Demogue: «*Obligations*», III, p. 364.