

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ES-  
PECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

---

Año IX

Septiembre de 1933

Núm. 105

---

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

Pero ¿puede el derecho de obligación ser violado por un tercero?

Examinemos el problema como lo hemos hecho en el Derecho francés.

La relación existente entre acreedor y deudor, ¿puede ser atacada por un tercero?

Antes de preguntar si la violación de un derecho cae bajo la aplicación del § 823, será preciso ver si tal violación es posible.

Pocos autores se han planteado la cuestión inicial de saber si los terceros pueden atacar la relación de derecho existente entre acreedor y deudor.

Es evidente que sólo una respuesta afirmativa nos permitirá tomar en consideración la aplicación del § 823.

Si esta relación no puede ser atacada por un tercero, no se podrá hablar de una violación del derecho de obligación, y en su virtud el § 823, que exige precisamente la lesión de un derecho («aquel que lesioné la vida», dice, «u otro derecho»), no será ciertamente aplicable.

Para poder declarar que un tercero ha violado un derecho de obligación, es preciso determinar primeramente en qué consiste la lesión de tal derecho.

En cada relación jurídica, una de las partes está obligada respecto a la otra, la cual es, por consiguiente, titular de un derecho subjetivo.

(\*) Véanse los números 100 a 104 de esta Revista.

Si el contenido de una disposición legal se dirige a un número limitado de sujetos del derecho, se trata de un derecho relativo, y si, por el contrario, este número no es limitativamente determinado, nos encontramos frente de un derecho absoluto.

Teniendo el derecho de obligación un carácter relativo, es un derecho subjetivo frente a una o varias personas determinadas. Este derecho subjetivo se manifiesta por el lazo que ata una de las partes a la otra ; he aquí todo su contenido. Por consecuencia, el derecho será violado si el lazo está suprimido, es decir, no produce efecto, lo que tiene lugar cuando la obligación no está ejecutada.

Los derechos absolutos pueden ser lesionados por todo el mundo: cada uno puede insurreccionarse contra la obligación que le está impuesta. Por contra, el deudor es únicamente quien puede dejar de ejecutar su obligación, puesto que sólo él es el que está obligado. Si un tercero hace la ejecución de la obligación imposible, lleva probablemente el perjuicio *al interés* del acreedor, pero él no puede lesionar el derecho de obligación, porque él no es parte en la relación de derecho, en la que el derecho de obligación es uno de los elementos. Nos parece, por consiguiente, que una violación del derecho de obligación de parte de un tercero no se puede concebir.

Si esa opinión es generalmente reconocida, cuando menos como principio, a pesar de ciertas excepciones posibles (1), ésta no es la opinión de todos los autores. Los hay, como Neuner y Staub, que colocan el derecho absoluto y el relativo en igual rango en lo que concierne a sus efectos frente a tercero (2). Según la opinión de estos autores alemanes, hay en el Derecho real una relación directa entre persona y una cosa, y en el derecho de obligación, una obligación directa entre dos personas : y estas dos relaciones deben estar igual al abrigo del ataque de terceras personas, ya que en virtud del orden jurídico general, toda relación de derecho debe ser respetada por todo el mundo.

Sin embargo, si se rechaza por la nueva doctrina la idea de una relación establecida entre una persona y una cosa y se quiere ver

(1) Comp. Enneccerus, § 451, I, 1. d.

(2) Neuner, «Wesen und Arten der Privatsrechtsverhältnisse», 1886, página 70 s. ; Staub, «Arch. f. bürgerl. Recht», V, p. 15, 1891.

en todo derecho una relación entre dos personas, no se sabría justificar al lado del deber general de abstención, impuesto por el derecho absoluto, la existencia de un derecho especial de protección; y si este derecho no tiene ninguna razón de ser en materia de derecho absoluto, menos le veremos acompañar tampoco a ninguna otra relación de derecho. Si se persiste en proclamar su existencia al lado del derecho de obligación, deviene un derecho subjetivo en favor del acreedor, sin que el carácter del derecho de obligación sea modificado por ello. Ahora bien: para que ese derecho exista es preciso, evidentemente, que sea consagrado por el derecho positivo.

Se ha explicado de otra manera la posibilidad de que un tercero lesione el derecho de obligación. Si un tercero, intencionalmente, hace imposible la ejecución de la obligación, el deudor puede ser considerado como un instrumento en la mano del tercero, y en último término sería el tercero quien lesionaría el derecho de obligación.

Los autores que adoptan esta opinión, como Stammller, Isay, Hesse, hacen del derecho de obligación un derecho absoluto. Si cada uno puede atentar al derecho de obligación, este derecho desplegaría sus efectos frente a todo el mundo.

Por consecuencia, si no se retrocede ante la supresión de la personalidad jurídica del deudor devenido una simple cosa, es preciso adoptar una concepción nueva y completamente contraria a la noción generalmente recibida del derecho de obligación.

Para que pueda ser mantenida esta idea deberemos, cuando menos, encontrar una justificación en derecho positivo alemán.

Sin embargo, nada se encuentra. El § 241 del Código civil alemán define la obligación como el derecho de exigir una prestación del deudor. Como el deudor es el único que se obliga, el tercero no puede entrar en cuenta. El sistema del Código no se aparta de esta definición.

Pero aunque el derecho alemán, en principio, no admite que el derecho de obligación pueda ser lesionado por un tercero, es posible que las necesidades de la práctica o el juego de los principios jurisprudenciales le hubieran obligado a reconocer que en ciertos casos especiales el tercero podrá lesionar un derecho de obligación. Una aplicación de esta idea se puede ver en una serie de

casos enumerados por ciertos autores, como Planck, en apoyo de su teoría de que el derecho alemán protege igual el derecho de obligación por la disposición del § 823, párrafo 1.º (1).

La lesión de la obligación por un tercero, en sentir de Enneccerus, sería posible cuando el tercero pudiera ejercer una influencia directa sobre el crédito, sobre todo si contribuye a su extinción (2). Crome cita el caso del heredero aparente de mala fe que, provisto de un certificado de heredero, cobra los créditos de la sucesión (3); también puede mencionarse el caso de la cesión de crédito sin que el deudor haya sido notificado y que el cedente acepte el pago.

En el primer caso sería el heredero aparente, y en el segundo, el acreedor cedente los que habrían lesionado el derecho de obligación.

Sin embargo, creemos que en ninguno de estos dos casos el derecho de obligación ha sido lesionado, ya que la obligación correspondiente ha estado bien ejecutada.

Esos dos ejemplos no convencen. Ciento que un tercero toma el lugar del derechohabiente y ejerce sus derechos; pero este tercero no lesiona el derecho de obligación más que en la hipótesis en que el lazo contractual hubiera sido suprimido, y, sin embargo, éste subsiste siempre entre acreedor y deudor. Usurpando el lugar del acreedor, el tercero no atenta al lazo contractual y, por consiguiente, a la obligación, tal como ella existe, lo que no excluye, por otro lado, que el tercero pueda ser obligado a reparar el daño, en virtud de otras disposiciones que el § 823.

De otra parte se citan los §§ 844-5 del Código civil alemán para demostrar que el Derecho alemán protege las obligaciones contra los terceros, de donde resultaría que una lesión semejante es posible en este caso particular (4).

(1) Planck, «Bürgerlich. Gesetzbuch», 2. Auflage, Berlín, 1898-1902, II, p. 609.

(2) Enneccerus, § 451, I, 1. d., p. 667.

(3) Crome, II, 1902, § 325, núm. 4 b., p. 1.020; Gierke, III, p. 893.

(4) § 844. En caso de muerte, aquél que debe la reparación debe reembolsar los gastos de inhumación a aquél que esté obligado a soportar estos gastos.

Si en la época de la lesión el muerto estaba frente a un tercero en una relación por razón de la cual, en virtud de la ley, tenía una obligación alimen-

Pero si estos dos artículos atribuyen al acreedor derechos absolutos, no afectan, sin embargo, al derecho de obligación como tal ; crean derechos especialmente previstos por la Ley ; mas es justamente la necesidad de constituirlos de una manera especial lo que arroja una nueva luz sobre el derecho de obligación propiamente dicho y nos indica su carácter relativo.

Incluso en este caso particular el Código civil alemán no reacciona contra la violación por un tercero del derecho de obligación y prohíbe los actos ilícitos dirigidos contra el derecho absoluto de una persona ; se deduce, por tanto, que el Derecho alemán no ha modificado en nada la noción generalmente admitida del derecho de obligación.

Los teorizantes, como Gierke (1), han hablado de la posibilidad de construir un derecho absoluto, que contendría, al lado de una defensa hecha frente a todo el mundo, una orden o mandato, referida a algunos solos. No se trataría, por tanto, de un derecho absoluto, completo, ya que tendría efectos más intensivos hacia un cierto número de personas que hacia otros sujetos del derecho. Se ha pretendido también que el caso análogo, en lo que concierne al derecho relativo—un derecho de obligación duplicado frente a terceras personas de un derecho absoluto—, existe igualmente en teoría, cuando menos. Se ha citado por Hein, a título de ejemplo práctico, la existencia del *Recht zur Sache* del derecho civil prusiano. Este derecho a la cosa debería ser considerado como un derecho de obligación, revestido, en cuanto a ciertas personas, de

ticia o podía eventualmente serle impuesta, si por causa de la defunción el tercero queda privado del derecho a los alimentos, el deudor de la reparación debe indemnizar al tercero por medio de una renta en metálico proporcional a los alimentos que el difunto habría estado obligado a suministrarle durante la duración presunta de su vida ; son aplicables por analogía las prescripciones del § 843, párrafos 2 al 4. La obligación de reparar el daño existe incluso cuando el tercero estuviera solamente concebido en el momento de la lesión.

§ 845. En caso de muerte, de lesión corporal o de atentado a la salud, como en caso de privación de libertad, si en virtud de la ley el lesionado estaba obligado hacia un tercero a prestarle servicios en el negocio o industria de este tercero, el deudor de la reparación debe indemnizar a este último de los servicios perdidos mediante el pago de una renta en dinero. Son aplicables por analogía las disposiciones del artículo 843, párrafos 2-4.

(1) Gierke, «Deutsch. Privatrecht», I, p. 258.

elementos de carácter real (1); pero el derecho alemán, como vimos, es opuesto a una construcción semejante.

Incluso de esta manera desviada, no es posible, en el terreno del derecho civil alemán, establecer que el derecho de obligación ha sido lesionado por un tercero. Por consecuencia, la cuestión de si el § 823 protege el derecho de obligación contra los atentados de los terceros no se plantea jamás.

¿Puede admitirse una responsabilidad delictual a cargo del deudor? Si el acto del tercero no cae directamente bajo el párrafo primero del § 823, ¿se puede sostener que cae indirectamente?

El tercero ha jugado el papel de instigador o, cuando menos, de cómplice, y desde el momento que el deudor ha cometido un delito debería ser considerado como solidariamente responsable con este último.

El párrafo 2.º del § 830 del Código civil alemán dice, en efecto, que los instigadores y cómplices deben ser tratados como coautores.

Para que este razonamiento sea posible es preciso comenzar por decir que el deudor ha cometido un delito no ejecutando la obligación a que estaba obligado. Hemos visto que en derecho francés la jurisprudencia es hostil a una tal explicación de la responsabilidad contractual por principios de orden delictual. El derecho alemán parece colocarse en igual punto de vista.

El legislador se esfuerza en establecer una distinción clara y precisa de la responsabilidad contractual y delictual (2) y el Código les atribuye lugares diferentes, tratando de estas dos responsabilidades en dos capítulos independientes.

Aunque el texto del § 823, párrafo 1.º, pudiera comprender toda violación del derecho del acreedor (aquel que... lesiona ilegalmente... un derecho de otra persona está obligado...), es preciso reconocer que la hipótesis de la in ejecución de la obligación ha sido prevista en otra parte (3).

Luego si *lex specialis derogat generali*, es preciso admitir que las disposiciones relativas a los actos de orden delictual no se

(1) Ved Hein, «Verleitung zum Vertragsbruch», capítulo sobre el § 823.

(2) Fischoer, «Die Verletzung des Gläubigerrechts, als unerlaubte Handlung nach dem B. G. B. für das deutsche Recht» (Jena, 1905), p. 88.

(3) §§ 293-304.

aplican. Igual ha opinado el Tribunal Supremo alemán, que declaró (R. G. 53, 201) que la violación de los derechos contractuales del comprador no cae bajo la aplicación del § 823, párrafo primero.

Además, si fuera preciso admitir la aplicación a la simple inejecución de un contrato de los principios en materia delictual, todas las disposiciones concernientes a los daños y perjuicios en materia contractual serían superfluas (1). Por otro lado, la necesidad de adoptar los principios de orden delictual en materia de inejecución de una obligación no se hace sentir jamás.

Aquel que lesiona por su falta su compromiso está obligado, según la regla de la responsabilidad contractual, a indemnizar a su cocontratante.

Por consecuencia, la violación del derecho por el deudor que no consista más que en la inejecución de su contrato no puede ser considerada como un delito. Esta es la idea generalmente admitida por la exposición de motivos del Código civil alemán (2), por los autores, como Planck y Fischer (3) y por la jurisprudencia (4).

El párrafo 1.º del § 823 no entrará en juego, ni siquiera de manera indirecta, en el caso del tercero, inductor del deudor, a incumplir su compromiso.

Pero si admitimos la regla *lex specialis derogat generali*, no se deduce que nosotros rechacemos la idea de la mayoría de los autores alemanes, que aplican las reglas del capítulo sobre los actos delictivos incluso a aquellos que son cometidos por personas ligadas entre sí por un contrato. No vamos a ocuparnos aquí de esta hipótesis, porque el problema que nos interesa descansa solamente sobre la cuestión de saber si el hecho de no ejecutar un contrato puede ser considerado como un delito civil. Si, por ejemplo, el depositario deteriora la cosa depositada, el depositante podrá intentar, ya una acción de daños y perjuicios, basándose sobre el delito cometido, ya una acción en virtud de la obligación del

(1) Ved Fischer, ob. cit., p. 90.

(2) P. 727.

(3) Planck, *Vorbem. Tit. 25, II*, y § 823, 2.º, párrafo 11; Fischer, ob. cit., página 96.

(4) R. G. 67, 185, *Recht* 1904, 166; 1908, 367.

depositario de guardar la cosa (1). Si el daño ha sido reparado en virtud de una de las dos acciones, la otra decae y no puede ejercitarse. Esta hipótesis marca suficientemente en la nuestra las diferencias.

Aquí se trata de un delito civil perpetrado y en nuestro caso se trata de la inejecución del contrato, y la jurisprudencia y la doctrina estiman que la reglamentación de este contrato ha sido prevista únicamente en el capítulo sobre la inejecución de un lazo contractual, pero nunca en el título concerniente a los actos ilícitos.

Sin embargo, tan pronto como un acto no previsto por las reglas en materia contractual puede ser imputado a un contratante, es preciso conceder al lesionado la elección de la responsabilidad incurrida.

Veamos otra posibilidad legal que aplicar al tercero cómplice del incumplimiento de una obligación.

Antes de ocuparnos del apartado 1.º del § 823, y antes de examinar si este artículo se aplicaba a nuestra hipótesis, nosotros hemos constatado que hay otro, el § 826, que eventualmente podría entrar en juego.

Esta disposición es la siguiente: «Aquel que contrariamente a las buenas costumbres causa intencionalmente (Vorsätzlich) un daño a otro está obligado hacia éste a la reparación del daño»; falta comprobar si la responsabilidad del tercero puede estar basada sobre este precepto.

Para que este artículo fuera aplicable, el daño causado debe reunir dos condiciones: debe haber sido intencional y de manera contraria a las buenas costumbres.

Así, pues, el daño causado por negligencia o imprudencia no cae bajo este artículo. Incluso admitiendo *a priori* que el § 826 se aplique a nuestra hipótesis, tampoco el hecho de concertar con un contratante un lazo obligatorio, que obligue a aquél a romper su contrato, caerá bajo esa disposición, si el daño ha sido causado por negligencia.

No es necesario que el daño sea ilícito ni que atente a un bien protegido por otras disposiciones legales; todo lo que ese artículo pide es que no sea contrario a las buenas costumbres.

(1) Enneccerus, § 449, II, p. 657.

El problema que nos interesa es, pues, si la maquinación del tercero, que induce al contratante a incumplir su compromiso, puede ser calificada de contraria a las buenas costumbres.

Para ello es preciso ver lo que el derecho alemán entiende por la expresión «buenas costumbres». El Código civil alemán no las define y el problema para el intérprete es determinar la noción de buenas costumbres de manera que corresponda a las necesidades de la práctica; es preciso encontrar un criterio que facilite al Juez la tarea de sacar de la disposición legal la solución adecuada. Un gran número de interpretaciones han sido propuestas, que pueden ser clasificadas en dos grupos.

En el primero, el término «buenas costumbres» tiene un sentido en sí mismo (propio), y en el segundo, no sería más que uno de los aspectos de una noción más extensa, de la que se encuentran iguales rasgos en otras expresiones.

*La noción de buenas costumbres.*—En el primer grupo se pueden citar diversos criterios. Así se ha querido relacionar la noción con los «motivos malévolos» (1). Sin embargo, como la Ley no puede atender los motivos, sino solamente los actos, que son la consecuencia, el criterio basado en tal fundamento no sirve para nada.

Otra decisión de la jurisprudencia (2), y también de ciertos autores, como Planck y Crome (3), remite a las nociones de «conveniencia y de la moral de un pueblo». Pero estas nuevas apelaciones, por sí solas, no facilitan la aplicación del § 826, porque no basta referirse a otras nociones para llegar a una solución sin haber indicado, cuando menos, el contenido de éstas.

Otros comentaristas todavía (4) hablan de la opinión que tiene de la moral el tipo del hombre medio en abstracto. Se puede lógicamente determinar esta noción de moral media sumando las opiniones de todos los hombres y dividiéndola en seguida por su número. Al lado de esta «moralische Durchsmittsanschauung» (5)

(1) *Boswillige Gesinnung*, R. G. 57, 430.

(2) *Recht* 1901, 72.

(3) Crome, «Lehrbuch», I, p. 176; Planck, I, p. 248.

(4) Ved, para una exposición detallada, Hein, «Verleitung zum Vertragsbruch», cap. sobre el § 826.

(5) Comp. Jung, *Recht* 1919, p. 319.

se ha invocado por Jung «la opinión de todo el mundo» o «el sentimiento moral del pueblo».

Debemos reconocer que ninguno de estos autores es capaz de suministrar un método preciso, con la ayuda del cual sea fácil determinar si el acto es contrario a las buenas costumbres. Las noción de «opinión de la mayoría de los hombres», «del pueblo», carecen de precisión para que puedan ser empleadas en una definición sin haber sido circunscritas a su vez.

A la teoría de una moral general se opone por Staudinger la de una moral dividida según las clases sociales y las regiones (1); pero, entonces, a las objeciones enumeradas se puede añadir que la subdivisión de los principios morales hacen su aplicación todavía más difícil.

Si las definiciones indicadas hasta aquí remiten a nociónes tomadas fuera de las ciencias jurídicas, ello no quiere decir que sean esas las únicas definiciones.

El Tribunal Supremo del Imperio alemán declaró que el término «buenas costumbres» equivale a «sentimiento de conveniencia de todos aquellos que piensan de manera equitativa y justa», y esta fórmula parece ser constante en las sentencias del Tribunal Supremo alemán.

En este último caso se trataría de fijar el sentido de las palabras *aequa et justa*, y si ello fuese imposible, nos hará falta todavía una construcción metódica y utilizable en la práctica.

Todas las teorías examinadas hasta ahora no permiten llegar a una solución clara.

Examinemos ahora la teoría que quiere subordinar la noción de buenas costumbres a una noción de carácter más extenso. Se ha dicho, por ejemplo, por Söhneider que la noción de buenas costumbres no es más que un caso de aplicación de la noción más extensa de la buena fe (2). El Juez será llamado a decidir el caso particular, como si fuera un legislador, y deberá trazar una línea de demarcación entre los intereses de las partes.

Pero aquí se ha dudado todavía sobre el trazado de esta línea

(1) Staudinger, I, p. 347.

(2) Ved Söhneider, «Treu und Glauben», 1902, p. 132, o la exposición de su teoría en Hein, cap. sobre el § 826.

y no es posible que en la duda se llegue a admitir una decisión completamente arbitraria.

Tan pronto, sin embargo, como se ha introducido un nuevo criterio, por ejemplo, el de que el Juez deberá basarse sobre los intereses justificados de las partes, la ausencia de un sistema propio a determinar el nuevo elemento hará reaparecer las dificultades encontradas en otras soluciones propuestas.

Stammel (1) ha sostenido todavía otra idea, y entre las teorías mencionadas es probablemente la que, desde el punto de vista teórico, cuando menos, ha ejercido la mayor influencia. En su sentir, la Ley ordena, por la expresión de «buenas costumbres», que el Juez busque la norma «justa» aplicable al caso especial. Para determinar si la norma es justa es preciso imaginar que los actos jurídicos examinados se repiten y que su resultado puede ser comparado al ideal social, en donde todas las relaciones entre los sujetos del derecho son reguladas con una justicia perfecta. La regla según la cual no se debe atentar a las buenas costumbres no será más que una aplicación de otra más general, que quiere que el derecho justo deba ser la norma a encontrar por el Juez.

El Juez, que debe examinar si tal norma corresponde al ideal social, deberá comprobarlo, viendo si ella aplica los principios formales siguientes:

1. El contenido de la voluntad de una persona no debe ser sacrificada a la arbitrariedad de otra (Es darf nicht der Inhalt eines Wollens der Willkür eines andern anheimfallen).

2. Todo deber jurídico puede existir únicamente en el sentido de que el obligado pueda ser todavía su propio prójimo (Jede rechtliche Anforderung darf nur in dem Sinn bestehen, dass der Verpflichtete sich noch der Nächste sein kann).

3. No se puede interrumpir arbitrariamente las relaciones de derecho de una persona jurídicamente obligada (Es darf nicht ein rechtlich Verbundener nach Willkür von der Gemeinschaft ausgeschlossen werden).

4. Todo poder de disposición jurídicamente establecido no puede tener efectos exclusivos más que en el sentido de que la persona excluida pueda ser todavía su propio prójimo (Jede recht-

(1) «Der richtige Recht», 1902.

liche verliehene Verfugungsmacht darf nur in dem Sinn ausschliessend sein, dass der Ausgeschlossene sich noch der Nächste sein kann).

Esta teoría, difícil de comprender y muy abstracta, ha encontrado una oposición bastante considerable (1). Se ha dicho, entre otras cosas, que no era tarea del Juez la de resolver problemas metafísicos; que este papel incumbía al legislador; y se añade también que la Ley ha sido creada precisamente para impedir que los Tribunales puedan decidir según sus sentimientos subjetivos e incontrolables. Pero esta crítica no deduce que las teorías precedentes sean superiores sobre este punto, pues estas mismas objeciones podrían haberse dirigido también a ellas.

La jurisprudencia alemana que concierne al § 826 parece estar libre de una interpretación demasiado rígida o teórica de esta disposición, cuyo fin en sí mismo es hacer más flexibles los principios aplicables en materia de responsabilidad delictual. Los Tribunales se han colocado en un punto de vista acaso algo difícil de sostener en el sistema del Código civil alemán, pero lo cierto es que este párrafo dicta al Juez la orden de juzgar un papel análogo al del legislador y de encontrar de manera independiente la solución que convendrá en cada caso concreto. Tal modo de interpretar el artículo ha sido reconocido por los autores más recientes (2) como el único que puede convenir a las necesidades de la práctica. Esta soberanía del Juez es muy excepcional en el terreno del Derecho alemán, pero el hecho de que sin formular una sentencia de trascendencia parezca a menudo imposible el llegar a una solución, le atribuye por la naturaleza misma de las cosas una más grande autonomía. No es preciso, por otro lado, dejarse inducir al error y creer que este sistema abandona teóricamente la solución al arbitrio del Juez. Debe entenderse, y nosotros acabamos de insistir sobre este punto, que el Juez goza de una más grande libertad de apreciación que de ordinario. Pero de una parte, las decisiones de la jurisprudencia le indican el camino a seguir y, de otra parte, debe conformarse a un sistema para dictar su sentencia, porque está obligado a cumplir la función del legis-

(1) Ved Hein, capit. sobre el § 826, que cita los adversarios y pretende refutar su opinión.

(2) Enneccerus, § 453, III, p. 678.

lador. He aquí las circunstancias que se pueden invocar para justificar esa interpretación un poco excepcional para el Derecho civil alemán. Solamente es preciso mencionar, de una parte, que no es fácil el referirse en esta materia a los precedentes, puesto que las circunstancias acompañantes deben a menudo ser tomadas en consideración, y en segundo lugar, la cuestión se plantea en saber si este juez legislador encuentra un sistema y unos principios a los que seguir y conformar.

No es fácil hacer el resumen de la jurisprudencia alemana. Hay autores, como Enneccerus y Rosenthal (1), que hablan de dos jurisprudencias coexistentes, pero opuestas la una a la otra y, por lo tanto, se puede asegurar que hasta el día, la jurisprudencia alemana no ha llegado a un resultado uniforme, por lo que el instrumento de distinción suministrado por el § 826 no es bastante para suprimir claramente todas las dificultades.

Para una de esas jurisprudencias, el hecho de inducir a un contratante a incumplir su compromiso no basta a deducir responsabilidad para el tercero que así obra, y se pide concurran circunstancias agravantes que hagan el acto especialmente reprehensible.

En materia, por ejemplo, de soborno o de lesión de una cláusula de interdicción de concurrencia, si a la vez se trata de un caso de concurrencia desleal, el tercero que ayude activamente o determine al contratante a no ejecutar sus obligaciones debe ser declarado culpable de atentar a las buenas costumbres; hipótesis que en la práctica coincidirán la mayoría de las veces, porque es raro que un tercero se interese en las relaciones contractuales de un deudor si no es para alcanzar un provecho propio.

Alhora bien, si el tercero que influye sobre el deudor no realiza a la vez un acto de concurrencia desleal, no podrá ser condenado por su complicidad.

Si se quiere establecer en medio de estas dificultades una teoría que abarque todos los casos en que el tercero induce al deudor a faltar a su compromiso, podemos (deberemos) afirmar que la aplicación del § 826 se restringe a los casos en que la intervención del tercero se caracteriza por hechos especialmente reprehensibles.

La doctrina intenta regular por una sola teoría todos los casos

(1) Enneccerus, § 453, nota 17; Rosenthal, «*Unlauterer Wettbewerbs-Gesetz.*», 1922, p. 142.

en que el tercero puede contribuir a la inejecución de un contrato..

Son pocos los autores que se han ocupado de este problema.

Se puede citar a Kiss (1), quien llega a la conclusión de que el acto del tercero no puede ser considerado en principio como contrario a las buenas costumbres. En su opinión, el instigador de una huelga o de un boicot no se hace necesariamente culpable de atentar contra los principios morales ; éste es su argumento principal, pero no explica el criterio que emplea para declarar el acto de este instigador moral o inmoral. Y entonces, en lugar de sacar la conclusión lógica de su interpretación y de reconocer que el tercero no deberá ser condenado a la reparación del daño causado, el autor admite, sin embargo, la obligación del tercero de pagar daños y perjuicios, y sale del embrollo declarando que el § 823, del cual admite lógicamente que no se puede hacer uso aquí, es, no obstante, aplicable ; la consecuencia de esta teoría es que el tercero será responsable del daño causado.

Hein (2) ha aplicado la teoría del derecho justo de Stammller a este caso particular de la responsabilidad del tercero.

Sin querer pronunciarnos aquí sobre la cuestión de saber si el esfuerzo metafísico que esta teoría exige del Juez entra o no entra en la aplicación del Derecho en general, es en todo caso del más alto interés para nosotros el considerar la conclusión a que conducen estas ideas abstractas en nuestra materia. Hemos visto que, según Stammller, la expresión «buenas costumbres» no hace más que remitir a los principios del «derecho justo». Y ésta será la tarea del Juez, la de verificar, comprobar en cada caso concreto si su sentencia eventual está de acuerdo con las reglas formales del «derecho justo», y este método permitirá encontrar el equilibrio de los intereses en juego.

Es preciso imaginar que las partes forman una comunidad aparte.

Las hipótesis siguientes pueden presentarse en lo que concierne a nuestro caso :

1.º *El instigador ha impuesto su voluntad suprimiendo la de la otra parte.* El acreedor tenía un derecho de expectativa sobre

(1) «D. J. Z.», 1908, p. 686; *Festschrift fur Zitelmann*, Munchen und Leipzig, 1913.

(2) «Die Verleitung zum Vertragsbruch», Breslau, 1906.

el objeto del contrato, y si el ordenamiento jurídico permite al tercero anular este derecho de expectativa, sancionaría la exclusión arbitraria de un cocontratante de la comunidad, lo que sería incompatible con los principios formales y constituiría un atentado al ideal social. Por consecuencia, la norma a establecer para regular las relaciones entre instigador y acreedor debe prohibir el acto de aquél.

2.º Aunque haya tenido conocimiento de la existencia del lazo contractual, *el tercero ha aceptado la oferta del deudor* de concluir un nuevo contrato en detrimento del compromiso preexistente. En esta hipótesis no es más que la voluntad del tercero quien lleva a la exclusión del acreedor de la comunidad. El principio formal aplicable al primer ejemplo no jugaría aquí ningún papel, al menos en cuanto al tercero, y, por consecuencia, sería contrario a la idea del derecho «justo» el hacer al tercero responsable cuando no se puede hablar de un atentado a las buenas costumbres.

Si, por contra, el tercero explota sistemáticamente y de manera repetida la ruptura del contrato por el deudor, su intención de hacer la voluntad del acreedor ineficaz se revela de manera que si su acto estaba probado se chocaría de nuevo con los principios del derecho justo.

Sin embargo, es preciso notar que estas observaciones no se refieren más que a un caso, tal como se presenta en general. Es posible que dados ciertos hechos, no se trate de una exclusión arbitraria de un cocontratante de la comunidad y que la norma no deba ser establecida de la manera indicada. Estas complicaciones no constituyen verdaderas excepciones, puesto que para encontrar el derecho justo es preciso referirse siempre a los hechos presentados para el caso concreto (1).

De otro lado, pero siempre permaneciendo fiel a los principios formales de la teoría del «derecho justo», se ha sustituido a la noción del ideal social un criterio basado sobre las opiniones y normas dominantes de la civilización (2). Parece que en este caso también, es decir, si se busca la solución de lo que ha de entender-

(1) Stammle, «Richtiges Recht», p. 484.

(2) «Herrschende Anschauungen und Kulturnormen»; Mayer, «Vierteljahrsschrift, krit.», 1905, 195

se por el «derecho justo» en la concordancia de estas opiniones dominantes, se llega prácticamente al mismo resultado que en la teoría precedente.

En su comentario sobre la Ley alemana de 1909, respecto a la concurrencia desleal, Rosenthal ha relacionado el artículo 1.º de esta Ley con el § 826 del Código civil alemán, criticando severamente el que no se declare responsable a todo instigador a la ejecución de un contrato, lo que le parece contrario a las necesidades del comercio. Entre los autores que se han pronunciado sobre esta cuestión, sin que lo hayan hecho a fondo, es preciso citar a Kipp (1), que admite *a priori* el principio hostil a la responsabilidad del instigador. Por contra, Enneccerus (2) se encuentra de nuevo en el campo opuesto, reconociendo al tercero solamente el derecho de valerse de ciertas circunstancias para descargarse de toda responsabilidad.

Las opiniones de los autores que interesan a nuestra cuestión están, pues, muy divididas.

Nos encontramos enfrente de un fenómeno parecido a aquel que hemos notado tratando de la jurisprudencia.

El § 826 no permite erigir una construcción precisa que, en todas las hipótesis en que un tercero contribuye a impedir la ejecución de un contrato, imponga una solución clara y que corresponda a las necesidades de la práctica. Colocados en un lado o en otro los diferentes autores, parecen juzgar según sus sentimientos de piedad. La única teoría que ha intentado plantear el problema sobre el terreno de la lógica es la del «derecho justo» aplicado a nuestro caso particular. Pero en este caso parece también imposible llegar a un resultado práctico sin una sentencia trascendente sobre lo que es conforme o contrario al ideal social.

Podemos llegar a una conclusión general para el Derecho alemán en la cuestión que venimos estudiando, y que es la siguiente: El tercero que induce a un cocontratante a romper su compromiso, ¿está obligado a reparar el daño causado en materia de actos ilícitos?

Después de haber recorrido la jurisprudencia y la doctrina ale-

(1) «Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltvereins», Berlin, 1925, p. 1.752, nota.

(2) Ob. cit., § 453, nota 17.

manas, nos es imposible responder claramente de una manera afirmativa o negativa. Si se aprecian la mayoría de las decisiones jurisprudenciales como hostiles a esta idea, la doctrina, en cambio, parece acusar una tendencia en el sentido opuesto, y, sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia aisladamente han llegado a dar una solución uniforme.

Este resultado poco satisfactorio no debe ser atribuido ni a la falta de discernimiento de los autores, ni a defecto de diligencia de los Tribunales para profundizar el problema, sino al hecho de que la legislación alemana no ofrece reglas precisas a este respecto, y que es imposible también llegar a una solución clara y correcta si se pretende resolver el caso tomando por base los principios generales del sistema civil alemán.

Todavía podemos examinar si el deudor y el tercero pueden ser declarados solidariamente responsables del daño causado.

Acabamos de ver que el tercero no está necesariamente considerado como responsable, aunque haya inducido a un contratante a no ejecutar su obligación.

Sin embargo, se admite a menudo, a pesar de todo, su responsabilidad, y entonces la cuestión se plantea en saber cuáles serán las relaciones entre el tercero y el deudor.

En ciertas sentencias, el Tribunal ha juzgado que los dos eran solidariamente responsables y obligados a reparar el daño.

En otras que establecen la responsabilidad del tercero, el Juez no parece preocuparse de un derecho eventual de recurso de este mismo tercero contra el deudor.

Se ha pretendido por Hein (1) que el principio de la responsabilidad solidaria debe ser descartado. Aunque el lazo causal adecuado se deje determinar en los dos casos, es más fácil para el deudor darse cuenta de que él favorece el hecho dañoso. El grado de causalidad adecuado diferiría, pues, en los dos actos y no sería indicado el juzgar a sus autores de manera idéntica.

Nos parece, sin embargo, que el § 826 tiene por efecto restringir el número de las hipótesis a aquellas en que hubiese habido intención de parte del tercero de causar un daño al acreedor. Esto no quiere decir que el hecho de perjudicar deba ser el fin último.

(1) Hein, «Die Verleitung zum Vertragsbruch», Breslau, 1906, p. 55.

del acto del tercero, pues basta que se dé cuenta del efecto dañoso de su intervención (1).

Pero entonces no puede pretender haber favorecido el resultado dañoso en un grado menor que el deudor.

Aunque el acto del deudor y el del tercero sean dos hechos jurídicos absolutamente independientes, los autores pueden estar concertados para causar el daño, y en tal caso no se comprende por qué el Juez no podría admitir un derecho de recurso en favor del uno contra el otro. No es, pues, posible establecer para el Derecho alemán una regla absoluta que rija todas las hipótesis en que hay responsabilidad del tercero.

Será preciso examinar las circunstancias del caso concreto para determinar si hay una relación expresa entre los dos actos. Si tal no es el supuesto, el principio de la responsabilidad solidaria no tiene razón de ser aplicada.

Es la solución que sin aparecer de la jurisprudencia alemana —pues los ejemplos favorables a la idea de la responsabilidad de los terceros son muy raros—, parece resultar de los principios establecidos por los comentadores en materia de responsabilidad solidaria (2).

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,  
Notario.

(Continuará.)

(1) Compárese Eneccerus, § 453, II, 2, p. 677.

(2) Enneccerus, § 313, II, 3.