

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

Se le reprocha extender la responsabilidad del tercero en una medida incierta y difícil de precisar.

Se ha pretendido que esta teoría, al hacer al tercero responsable, en ciertos casos, no sólo del fraude, sino de la simple falta, hacía pesar sobre él un peligro muy grave. Pero este alegato no tiene en cuenta que el derecho puede ser más o menos extenso, por tener una cierta elasticidad, según las circunstancias diversas.

Así declara Demogue que no es suficiente decir con Larombière: «Nuestro derecho no tiene otro límite que el derecho y la libertad de los otros.»

«Es preciso, por el contrario, notar las dificultades de fijar el límite del derecho. Ello se logra tanto objetiva como subjetivamente. Cuando el límite del derecho se fija por consideraciones objetivas es de maneras diversas. Así como el derecho no tiene la misma extensión según las circunstancias en que se ejerce, su extensión también varía según las personas a quien se opone. Otras veces ciertas circunstancias le hacen desaparecer.»

«De otra parte intervienen consideraciones subjetivas; una persona tiene un derecho más extenso porque lo ejerce con cierta finalidad de interés social, o tiene un derecho, una libertad protegida contra influencias de cierto género solamente. Por último, las costumbres ejercen su influencia para determinar el límite de los derechos. Es que para saber si una persona puede exponer a otra a un cierto riesgo se debe tener en cuenta su responsabilidad, el valor de los objetos en presencia, la utilidad y la necesidad del riesgo.»

En algunas páginas más lejos (1) el mismo autor continúa re-

(\*) Véanse los números 100 a 103 de esta Revista.

(1) Página 377.

firiéndose a estos principios generales que acabamos de citar. «Aquel que engaña a alguien, sabedor de que ya estaba comprometido por un tiempo determinado con un tercero, comete un acto ilícito. También hay responsabilidad si se impide por fraude la ejecución de un mandato, si se contribuye a que se violen las reglas impuestas sobre el precio de la reventa de los objetos, si se contribuye a dar a un tercero una apariencia de insolvencia. Hay falta en el comerciante al que un cliente que le pide un producto le da una imitación; falta que le hace responsable respecto al fabricante del producto que ha imitado.»

Así, pues, no hay acto ilícito más que si se tiene conciencia de atentar a un derecho de otro en un caso en que este atentado paraliza completamente su ejercicio por un tiempo determinado. El hecho de disminuir el ejercicio, concurriendo a ello mediante, por ejemplo, la constitución de una hipoteca, no sería una falta.

La conclusión que podemos sacar de esta consideración consistirá en decir que la simple falta no hace al tercero responsable en nuestras hipótesis. Esta constatación nos permitirá descartar otra crítica, dirigida al sistema de la responsabilidad autónoma del tercero. Se le había reprochado tratar a estas terceras personas, en ciertos aspectos, más duramente que al deudor. Este no es obligado más que a un cierto grado de diligencia, determinada por la voluntad de las partes, y a falta de ésta, por la naturaleza del contrato. El tercero, contrariamente, por aplicación de los principios de la acción aquiliana, será siempre responsable de la falta más ligera. Hugueney se levanta contra esta solución, que considera, sin indicarnos las razones, como absolutamente contraria a la equidad.

Pero se dirá, con Hugueney: ¿cómo mantener una teoría semejante enfrente de los principios tradicionales que rigen la falta aquiliana y según la que el tercero es siempre responsable de la falta más ligera, incluso en casos en que el deudor no responderá más que de su falta grave?

Para convencerse del escaso valor de la pregunta no hay más que referirse ya a Planiol (1), bien a Demogue (2), autores que por vías diferentes llegan, sin embargo, a resultado idéntico, y

(1) «Traité élémentaire», II, núm. 884.

(2) «Traité général des oblig.», III, pág. 430.

que proclaman que el brocardo «In lege Aquilia et minima culpa nocet» no tiene valor en el Derecho francés moderno.

En el mismo rango de ideas se ha reprochado al sistema de la responsabilidad autónoma del tercero el tratar a éste muy duramente, obligándole a la reparación integral; pero esta objeción pierde toda su fuerza si nos colocamos en el punto de vista, con Demogue, de que es solamente por el conocimiento del derecho del acreedor como el tercero se hace responsable.

Nadie podrá basarse en la comparación del artículo 1.150 del Código civil francés (1) y el artículo 1.382 del mismo Código civil (2) para deducir que las consecuencias de la responsabilidad autónoma del tercero sean excesivas. Como ha de tener, cuando menos, conocimiento del derecho del otro para ser condenado a daños y perjuicios, el tercero no se encuentra nunca en una situación inferior a la del deudor.

Hasta el presente nos hemos contentado con refutar las objeciones dirigidas al sistema de la responsabilidad autónoma; no tienen fundamento. Ahora nos resta ver las ventajas que ofrece en comparación con el de la complicidad, suponiendo que ésta sea posible.

#### LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO CÓMPlice

El autor de esta teoría, Hugueney, admite, con la mayoría de los civilistas franceses, que es preciso reconocer la distinción tradicional entre la falta contractual y delictual; por consecuencia, dos vías parecen abrirse para la interpretación de las decisiones de la jurisprudencia. En primer lugar se puede pensar en un sistema donde la violación de una convención constituirá, en todos los casos, una falta exclusivamente contractual; pero esta construcción no permitiría diseñar una responsabilidad civil a cargo de los terceros.

En segundo lugar se ha querido declarar falta delictiva toda

(1) Art. 1.150. El deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que han sido previstos o que se han podido prever en el contrato, cuando no es por su dolo, por lo que la obligación no ha sido ejecutada.

(2) Art. 1.382. Todo hecho cualquiera de un hombre que causa un daño a otro obliga a aquél, por cuya falta ha sido provocado, a repararle.

violación de la convención por el deudor. Esta teoría ha sido, sobre todo, desenvuelta por Grandmoulin (1), seguida por Planiol (2).

Según estos autores, es preciso considerar la Ley como un contrato. El contrato es el acuerdo de varias voluntades. La Ley es la voluntad común de los ciudadanos, expresada, bien directamente, bien por sus representantes.

La distinción parece, sin embargo, tener un fundamento sólido. Como la obligación contractual tiene un carácter más preciso que la obligación legal, se comprende perfectamente que la prueba de una falta contractual sea más fácil que la prueba de una falta delictual.

Pero queda abierta una tercera vía intermedia. En todos los casos en que hay violación dolosa de un contrato por un deudor, la responsabilidad delictual viene a duplicar su responsabilidad contractual. Es precisamente la idea expuesta por Huguenev (3).

Si el deudor se hace culpable de un dolo, o mejor aún, de un fraude—se trata de una maniobra para remediar a una situación desfavorable en la cual se encuentra—, es preciso admitir que la obligación de reparar el daño no puede derivar de una cláusula del contrato. Las partes no pueden suprimir de antemano del contrato los efectos del dolo de una de ellas.

Sin ocuparnos del caso en que el tercero induce al deudor a faltar a su compromiso, caso cuya frecuencia puede ser grande, nos veremos llevados a reconocer que el dolo está sustraído a la autonomía de la voluntad y que, por consecuencia, constituye una falta delictual, a la cual viene unida la responsabilidad del tercero.

Esta teoría ingeniosa no puede, sin embargo, ser considerada como la del Derecho francés. La acumulación de las dos responsabilidades que lógicamente se sigue es ciertamente opuesta al principio de la reparación del daño causado. Incluso en el caso en que no se admite más que la elección de una de las dos responsabilidades, se chocará con los principios sólidamente establecidos por la tradición de la jurisprudencia francesa.

De otro lado, la gran mayoría de los autores franceses no ad-

(1) «De l'unité de la responsabilité» (*thèse*), Rennes, 1892.

(2) «Traité», II, núm. 872 s.

(3) Página 231, ob. cit.

miten que el artículo 1.370 y siguientes del Código civil francés, que regulan las obligaciones formadas sin convención, puedan ser aplicados a los mismos casos de los artículos 1.146-55, que hablan de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación (1).

La Cour de Cassation, por su parte, opone las dos clases de faltas y atribuye a cada una campos distintos. En caso de que se trate de la ejecución de un contrato sólo podrá invocarse la responsabilidad contractual.

Si Bartin (2) admite la elección del contratante entre la acción delictual y la acción contractual, declara, en cambio, que será de otra suerte la solución cuando el deudor llega a establecer que el contrato implica, en el sentido de las partes, limitación convencional de la responsabilidad, cualquiera que fuese su origen. A esto se ha respondido, con Chironi, que si en el contrato se exige un cierto grado de diligencia sería violar la voluntad de los contratantes exigir otra, según los principios de la falta aquiliana.

Para nosotros basta reconocer que Bartin mismo tiende a restringir considerablemente el efecto de su principio y que atribuye mucha importancia a la influencia ejercida por la convención sobre la limitación de la responsabilidad. Añadamos que este autor no saca conclusiones negativas de su criterio en lo que concierne a la responsabilidad autónoma de los terceros, sino que, al contrario, se pronuncia enérgicamente en favor de esta teoría (3).

Así jurisprudencia y autores parecen de acuerdo en admitir que no se trata de una falta delictual del deudor, sino de la inejecución del contrato, hecho siempre considerado como la falta contractual por excelencia, y basta colocarse en este punto de vista para observar que el tercero no podrá jamás ser calificado de cómplice, puesto que el deudor no incurre nunca en responsabilidad delictual.

Incluso hecha abstracción de la teoría de la aplicación, separada de los efectos de las dos clases de responsabilidad, tal como

(1) Ved Bonnet, «Responsabilité civile et contrat» (*Revue Crit.*, 1912, página 318); Aubry et Rau, 5.<sup>a</sup> ed., pág. 371; Demolombe, XXXI, núm. 477; Chironi, «La colpa extracontrattuale», I, núm. 17.

(2) Nota 7, Aubry et Rau, VI, pág. 371.

(3) Aubry et Rau, VI, pág. 338.

lo admite la jurisprudencia francesa, el sistema de la complicidad del tercero nos parece inadmisible.

Hablemos ya de la interpretación del artículo 1.165 del Código civil francés. Este artículo dice que un tercero no puede ser obligado y no puede devenir acreedor, fuera del caso de la estipulación; por otro, en una convención a la cual permanece extraño. El citado artículo, que a primera vista parece oponerse, no se opone a la teoría de la responsabilidad del tercero; pero no será preciso deducir de esta observación que el artículo 1.165 no tenga ningún valor y que esté prácticamente derogado. En realidad no se opone a la existencia de un derecho absoluto al respeto del lazo contractual por el tercero; pero sienta, en principio, que el contenido de la obligación no puede tocar directamente al mismo.

¿Sería esto, precisamente, reconocer el efecto directo del derecho de obligación hacia el tercero y colocarse al lado de los defensores de la teoría de la responsabilidad del cómplice?

El acreedor no tiene un derecho de obligación que hacer valer contra el tercero.

Admitir la teoría de la complicidad equivale a reconocer el derecho absoluto frente a los terceros para disminuir el contenido del artículo 1.165 y rechazar la admisión de este derecho un momento más tarde para poner la responsabilidad delictual primaria a cargo del deudor.

De otro lado es preciso reconocer que el acreedor tiene un derecho diferente frente al contratante y frente al tercero.

Las reglas de la complicidad penal no tienen en cuenta esa diferencia. El acreedor no tiene que probar la falta del co-contratante y tiene que probar, en cambio, la del tercero.

La diferencia con el contratante es que el tercero no está obligado más que a dejar ejecutar el contrato.

Además parece poco lógico el dejar escapar otra hipótesis, en la que el tercero juega exactamente el mismo papel que los demás considerados, pero en que el deudor no puede ser acusado de ninguna maniobra fraudulenta.

Tomemos por ejemplo las enajenaciones inmobiliarias: supongamos que después de una primera venta no inscrita el vendedor muere. Su heredero, de buena fe, enajena a un tercero que conocía la primera venta; este tercero inscribe e impide al heredero

ejecutar, respecto al primer acreedor, la obligación contraída por su causante; y nadie comprende por qué en esta hipótesis el tercero, cuyo acto corresponde exactamente al de los otros casos, está exento de toda responsabilidad.

*Conclusión.*—Nos parece que es preciso abandonar en Derecho francés la idea de un sistema en que la responsabilidad está calcada sobre la del deudor. Nosotros mantenemos la teoría de la responsabilidad autónoma del tercero.

Sin embargo, autores como Demogue (1) y Bartin (2) sólo admiten ésta cuando el tercero hubiese tenido conocimiento del primer contrato. Hay todavía un punto de contacto posible entre esta teoría y algunas decisiones de la jurisprudencia: éstas exigen que el segundo adquirente despliegue una cierta actividad para que se le pueda condenar a una reparación. Este hecho parece haber escapado a la atención de los autores, o si lo han percibido no han encontrado explicación suficiente sobre el terreno del Derecho francés. Siempre es esto lo que resalta con claridad de la jurisprudencia francesa y lo que constituye una regla de aquel Derecho.

Si se admite, con Demogue, la idea de la elasticidad de los derechos, a la cual hemos hecho alusión, la solución será pronto encontrada.

Veremos este punto más en detalle estudiando la aplicación de la teoría general de la responsabilidad de un tercero al caso particular de la doble venta de un inmueble.

*La solidaridad del deudor y el tercero.*—Es preciso todavía establecer qué relación existe entre el deudor y el tercero en lo que concierne a la reparación del daño causado al acreedor. En tesis general, la obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos aquellos que han participado como autores principales y como cómplices. La acción en reparación puede ser intentada—por consecuencia—contra una de estas personas solamente.

Estos principios se aplican igualmente en el caso que nos interesa, es decir, a la hipótesis en que el delito civil consista en el

(1) «Traité gén. des oblig.», III, pág. 378.

(2) Aubry et Rau, 5.<sup>a</sup> ed., VI, pág. 338.

concurso aportado por un tercero a los hechos constitutivos de la inexecución de una obligación contractual (1).

Esta idea, enunciada por la doctrina, está confirmada por la jurisprudencia francesa en múltiples casos.

#### B).—EL PROBLEMA EN DERECHO ALEMÁN.

El Código civil alemán no ha establecido en materia de responsabilidad delictual una regla tan general como la del artículo 1.382 del Código civil francés, y no ha regulado en un solo artículo el estado de hecho determinante del delito civil.

En lo que concierne a los actos ilícitos, se encuentran tres preceptos generadores de responsabilidad.

El primero y el segundo reglamentan la responsabilidad derivada de la violación ilícita de ciertos derechos determinados o de otros derechos garantidos por las leyes que protegen la persona. § 823, primero y segundo párrafos.

El tercero instituye la responsabilidad por actos contrarios a las buenas costumbres: § 826.

¿ Pueden aplicarse algunas de estas disposiciones a nuestro caso ?

Será preciso examinar la doctrina y la jurisprudencia alemana a este respecto.

Nosotros podremos eliminar el párrafo segundo del § 823 de la lista de los artículos que pueden jugar en la cuestión.

Este párrafo dice: «La misma obligación (la de reparar el daño causado) incumbe a aquel que quebranta una ley hecha en vista de proteger a otra persona. Si, según el tenor de la ley, la transgresión es posible incluso sin falta, la obligación de reparar el daño no tiene lugar más que en caso de falta».

Hay una viva controversia entre los autores alemanes para establecer lo que es preciso entender por los términos de «ley hecha en vista de proteger a otra persona».

Estas leyes parecen consistir, ante todo, en un cierto número de leyes penales que protegen ciertos intereses. Se pueden citar así ciertos artículos del Código penal alemán, sobre la extorsión,

(1) Aubry et Rau, VI, pág. 318.



§ 253; el favoritismo, § 257-9; el fraude, § 263.(1). También hay un cierto número de disposiciones de orden civil que deben ser clasificadas entre estas leyes; por ejemplo, las reglas en favor del vecino contra las inmisiones perjudiciales, artículo 906-9 (2). De otro lado hay todavía disposiciones que deben proteger al público en general, de manera que el particular las aprovecha directamente; se puede citar, a título de ejemplo, la orden de poner arena o cenizas sobre las aceras heladas, la obligación de alumbrar la escalera. Por contra, no figuran entre estas disposiciones las leyes que protegen la colectividad como tal, sobre todo el Estado.

Aunque el número de estas leyes sea bastante difícil de concretar, lo cierto es que el acto del tercero no viola ninguna. Descartado ese párrafo, nuestro problema se limita al examen del § 823, párrafo 1.º y 826.

a) *¿Puede aplicarse el § 823, párrafo 1.º, al tercero cómplice de la inejecución de una obligación?*—El § 823, párrafo 1.º, dice: «Aquel que por abandono o negligencia lesiona ilegalmente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona está obligada hacia aquél a reparar el daño causado».

Es evidente que los derechos mencionados en este artículo no nos interesan, y sólo la expresión «u otro derecho» pudiera permitir la aplicación de esta regla a nuestra hipótesis, y para ello será preciso fijar su significación, sobre la cual se ha entablado viva controversia en la doctrina alemana.

Los autores se dividen en dos grupos para responder a la cuestión de saber si las palabras «la propiedad u otro derecho» forman una expresión indivisible o si, contrariamente, debe separarse el último miembro de la frase, «u otro derecho», de la que le precede.

Los primeros sostienen que estas palabras designan simplemente los derechos reales distintos a la propiedad. Hacen depender las palabras «u otro derecho» de la palabra «propietario», y basándose sobre este argumento gramatical, llegan a declarar que estas cinco palabras forman un grupo indivisible en la construcción de la frase.

Para los otros comentadores, en cambio, la expresión «u. otro

(1) Ved, para otros, ejemplos, Enneccerus, Wolff, Kipp, «Lehrbuch des bürgerlichen Rechts», Marburg, 1928, nota 3, § 452, p. 672.

(2) Enneccerus, ob. cit., I, 2; p. 673, nota 4.

derecho» debe ser separada de la palabra «propiedad». Ello es con el fin de proteger de una manera general todos los demás derechos subjetivos. Estarán comprendidos en esta expresión general, de un lado, todos los derechos de la personalidad (1), y de otro, sería también posible considerar los derechos de obligación como protegidos directamente por esta disposición.

La discusión gira, como se ve, sobre dos puntos diferentes. Por de pronto, se trata de saber si el Derecho alemán protege los derechos de la personalidad en general o solamente de una manera especial.

Se acepta que esta última protección, cuando menos, existe, porque ciertos de estos derechos, como el derecho al nombre, el derecho a la propia imagen, son consagrados en disposiciones especiales.

La segunda cuestión será determinar si los derechos de obligación pueden ser clasificados en el cuadro de los *sonstigen Rechte* del § 823, párrafo 1.º.

Primera cuestión: En lo que concierne al primer punto, el Tribunal del Imperio hace tiempo declaró peligrosa una protección general del derecho de la personalidad. El carácter de estos derechos le parece ser muy poco concretos para que sea posible determinar con precisión hasta qué punto deben ser protegidos.

Sentado este principio por el Tribunal Supremo alemán, su consecuencia fué no reconocer un derecho subjetivo general, sino derechos de la personalidad determinados por la Ley de una manera especial.

Esta idea parece ser también conforme con las teorías expuestas en los trabajos preparatorios del Código civil alemán (2).

Algunos autores, como Schulz-Schaefer, Kohler (3), es cierto que reconocen la existencia de un derecho de la personalidad ge-

(1) Staudinger, «Kommentar zum bürgerlichen». Gesetzbuch, 7-8. Auflage, 1912-14 I, pág. 26, y II, pág. 1.595; Dernburg, Kohler, «Bürgerliches Recht des Deutschen Reichs und Preussens». Halle, 1898-1910; II, § 383.

(2) Enneccerus, I, 2; II, § 450; 2 b., p. 663; la opinión contraria ha sido sostenida por Dernburg, II, § 383.

(3) Schulz-Schaefer, «Das subjektive Recht Marburg 1915», 119, 133, s. J. Kohler, «Der unerlaubte Wettbewerb», Berlín, 1914, p. 20.

neral, ya diversos derechos de la personalidad, pero la mayoría opinan igual que el Tribunal Supremo alemán (1).

Por excepción, el Tribunal reconoció, a falta de una disposición legal, el derecho a la existencia económica.

Por lo tanto, en nuestra hipótesis, es evidente que el acreedor lesionado por la intervención de un tercero que incita al deudor a faltar a su compromiso, no podrá invocar en su favor un derecho de la personalidad.

Segunda cuestión: Los derechos de obligación ¿están protegidos por el § 823, párrafo 1.º? Así opinan algunos autores que colocan el derecho de obligación inmediatamente bajo la rúbrica de *sonstigen Rechte*.

Sin embargo, la mayoría de los autores están en contra de esa opinión, y entre las razones que exponen en apoyo de su teoría se pueden citar las siguientes:

No se puede concebir cómo un tercero es capaz de violar un derecho de obligación. En derecho romano como en las legislaciones modernas el derecho de obligación no está protegido. Para admitir una interpretación distinta sería preciso insertar una disposición expresa en el Código.

Las consecuencias de la teoría contraria son demasiado rigurosas y obligarían al tercero a una responsabilidad desmesurada. La distinción hecha por la Ley entre los derechos de preemción, obligatoria y real, no tendría ningún sentido. La adopción de esa teoría llevaría a la jurisprudencia actual a aceptar el *jus ad rem* que ella misma había rechazado a causa de su incompatibilidad con las necesidades del comercio.

No es tampoco necesario el recurrir a los principios de la responsabilidad delictual para reparar el daño causado al acreedor: basta para ello lo previsto (2) en el § 281 (3).

Los autores contrarios no invocan tantos argumentos. No obs-

(1) Cosack, § 38; Enneccerus, § 450 y 451; Oertmann BGB dall. Teil, 1927, p. 9.

(2) Ved Hein, «Verletzung zum Vertragsbruch», cap. sobre el § 823; Enneccerus, § 451, nota 13.

(3) § 281. «Si a consecuencia de las circunstancias que hacen la prestación imposible, el deudor obtiene una indemnización por el objeto debido o un derecho a la indemnización, el acreedor puede exigir la entrega de la indemnización recibida o la cesión del derecho a indemnizar. Si el acreedor

tante, será preciso mencionar la opinión de Stammer (1). Este autor admite que la relación de obligación no existe más que entre los contratantes, pero reconoce que el legislador podrá protegerla contra el atentado de parte de un tercero, creando un derecho de exclusión («Ausschliessungsrecht»), dirigido contra todo tercero. Otros autores, como Isay, han opuesto la lesión de *un bien* y el derecho de obligación sería considerado como tal a la violación de un *derecho*. El § 823 habla de la lesión de ciertos bienes: El tercero podrá, por tanto, atentar al derecho de obligación (2).

Por último, Hesse ha querido ver en el acto de un tercero que impide al deudor ejecutar su obligación una violación «indirecta» del derecho de obligación (3).

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

tiene derecho a los daños y perjuicios del autor de la inexecución, la indemnización que le es debida se reduce cuando hace uso del derecho indicado en el párrafo primero al valor de la indemnización obtenida o al derecho de indemnización.»

(1) «Das Recht der Schuldverhältnisse», 1897, p. 10.

(2) Isay, «Geschäftsführung» 1900.

(3) Ved Hesse, citado por Hein, p. 60.