

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

## VI

### EL «*JUS AD REM*» Y LA NOCIÓN DEL DERECHO ANOTADO

Se podría pensar que esta posición adoptada por la doctrina había bastado para suprimir definitivamente el problema. Sin embargo, en opinión de algunos autores, el *jus ad rem* no había desaparecido por completo, y si no se presentaba ya en su forma original, se encontraba la idea manifestándose bajo la forma de un derecho anotado. Esta explicación de la anotación no debe ser atribuída a los autores e intérpretes del Código civil alemán, puesto que es más antigua.

Los autores prusianos que habían comentado su Derecho después de la ley de 5 de Mayo de 1872, habían sido sorprendidos por la analogía que reina entre el *jus ad rem*, de una parte, y el derecho anotado, de otra, y así, un número bastante considerable de autores germánicos se ven conducidos a declarar que todo lo que había de viable en la teoría del *jus ad rem* había pasado a la noción de la anotación (1). Esta ofrecía todas las ventajas, sin presentar los inconvenientes consistentes en la dificultad de probar que el segundo adquirente hubiese estado al corriente de la existencia del primer contrato. Sin embargo, como nadie había llegado a ex-

(\*) Véanse los números 100, 101 y 102 de esta Revista.

(1) Ved Holtzendorff-Kohler, *Encyclopädie*, 1914, II, 43, § 31. Gierke, *Deutsch. Privatrecht*, II, pág. 607 s. Dernburg, *Preuss. Priv. Recht*, I, 75 s. Stobbe, *Deutsch. Privatrecht*, III, 2.<sup>a</sup> ed., 1885, § 175-6.

plicar de una manera verdaderamente satisfactoria el fundamento de la idea del *jus ad rem*, era muy arriesgado basarse sobre esta noción para construir una nueva teoría, la del derecho anotado. Si los autores prusianos, los primeros en estudiar la naturaleza jurídica de esta institución del Registro de la Propiedad, se refirieron a esta idea, como Dernburg y Stobbe, lo hicieron porque para ellos el *jus ad rem* era una noción bien viva. Es ya menos fácil comprender por qué autores más modernos y más alejados del *jus ad rem*, como Biermann (1), se refieren a esta teoría en un momento en que la doctrina general la había condenado definitivamente (2). Pero este fenómeno se explica suficientemente si se observa que Kohler y Gierke figuran precisamente entre los defensores de la teoría del *jus ad rem*. En cuanto a Biermann, en sus ediciones más recientes no contiene ya la idea expuesta en la primera. Los demás comentaristas del Código civil alemán han explicado de manera diferente y la más variada el fundamento de la noción de la anotación, y todavía, con ocasión de la codificación del Derecho civil, se ha discutido nueva y vivamente esta cuestión (3).

Es preciso poner de relieve que el término *anotación* puede tener dos significados diferentes: de un lado se puede entender por ello el acto de anotar el derecho, y de otra parte se designa así el derecho anotado. Antes de ser anotado el derecho, posee, en general, el carácter de un derecho de obligación; pero una vez hecha la anotación, ya es del derecho anotado de lo que se trata, y ello constituye algo más que un derecho de obligación puro y simple. Así se pregunta si se debe atribuir un carácter real al derecho

(1) *Sachenrecht*, 1.<sup>a</sup> ed., 1903, Berlín; Gierke, *Deutsch. Privatrecht*, II, pág. 338, nota 155; Kohler, *Encyclopädie*, I, pág. 602 s.

(2) Gierke, *Bürg. Recht. Encyclopädie der Rechtsu. Staatswissenschaft*, Berlín, 1925, pág. 37, habla, a propósito de la anotación, de un *jus ad rem* y hace este enlace de las dos nociones únicamente a título de comparación.

(3) Ved la exposición completa de las teorías por Eug. Fuchs, L. Z., 1914. El autor es uno de los raros defensores del carácter real del derecho anotado, pero antes de llegar a esta conclusión examina y condena todas las demás opiniones emitidas a este respecto. Compárese Kretzschmar, *Jur. Hoch.*, 1916, 168; Reichel, *Dogm. J.*, 46-59; Biermann, *Widerspruch und Vormerkung*, Berlín, 1901. Para el Derecho suizo ved Pfeiffer, *Vormerkung (these)*, 1910, Zurich.

anotado, puesto que tiene efectos frente a todos. Hay autores que responden afirmativamente, como Fuchs, pero son casos aislados. De otra parte, también es imposible concederle el carácter de un derecho de obligación.

Esta manera de considerar el problema parece exactamente la empleada en el curso del siglo XIX para determinar la naturaleza jurídica de la noción del *jus ad rem*. Es preciso investigar la razón del enlace de estas dos ideas. En los dos casos no se sabe si se debe clasificar cierta relación de derecho en la categoría de los derechos reales o de los derechos personales. Era natural, en suma, referirse, en lo que concierne a la anotación, a otra teoría, con la cual la doctrina había querido superar los mismos obstáculos, pero se puede objetar precisamente que las dificultades no habían sido descartadas por la antigua explicación y que los autores le reprochaban el suprimir la distribución fundamental entre derechos reales y derechos de obligación, y, por tanto, una teoría que busque explicar la noción de la anotación tomando por base la idea del *jus ad rem*, comete necesariamente la misma falta. Esta argumentación se basa esencialmente sobre la imposibilidad de interpretar de otra manera el carácter del *jus ad rem*, idea generalmente reconocida, y admitida esta premisa, aquélla debe ser considerada como lógica.

Los autores que, como Pfeiffer (1) y Fuchs (2), no admiten la explicación de la anotación por un *jus ad rem*, no oponen a esta teoría más reproche que el de no ser bastante clara y bien construida, pero ninguna razón intrínseca o propia al derecho mismo. Pfeiffer llega a declarar que en principio el derecho anotado podría basarse sobre la antigua noción del *jus ad rem*, si ésta no padeciera de falta de precisión y de claridad.

Es preciso reconocer que la construcción del derecho anotado y la del *jus ad rem* tienen mucho de común, pero hay entre ellos una diferencia. En la hipótesis del *jus ad rem*, el segundo adquirente debía haber tenido conocimiento de la existencia del contrato para ser obligado a restituir la cosa. En la del derecho anotado, el segundo adquirente está obligado a tener conocimiento del contrato, puesto que se puede inscribir en el Registro.

(1) *Vormerkung (these)*, 1910, pág. 26.

(2) L. Z., 1914, pág. 141.

La anotación impide a todo adquirente posterior de un derecho que está en contradicción con el derecho anotado el prevalerse de su ignorancia de la existencia de este derecho.

Se puede, pues, decir que la anotación no crea el *jus ad rem*, pero que amplía su campo de aplicación.

Esto equivale a reconocer la existencia de un *jus ad rem* en general, idea completamente abandonada a principios de este siglo. Si se había creído descubrir en la institución de la anotación el signo de la supervivencia y de la viabilidad del *jus ad rem* que se impondría independientemente de la antigua teoría, debemos renunciar a esta justificación y recurrir a otra interpretación para explicar su carácter. La conclusión a sacar de estas consideraciones es bien sencilla. El *jus ad rem*, así como la interpretación de la anotación basándose sobre ese derecho, han sido completamente abandonadas por los comentaristas alemanes contemporáneos, cuya opinión ha sido repetida por los autores suizos, como Oser, Tuhr, Pfeiffer (1).

## VII

### NUEVA INVESTIGACIÓN DEL PROBLEMA. LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO CÓMPlice EN EL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN.

La cuestión que nos proponemos examinar es si en el derecho moderno puede volverse a concepciones análogas a la del *jus ad rem* o, cuando menos, a un resultado parecido al obtenido por esta teoría en el siglo XVIII. No se plantea la cuestión de saber si ha de reconocerse la existencia de un derecho intermedio entre el derecho real y el derecho de obligación, sino que se ha formulado el problema de la manera siguiente. El concurso aportado por un tercero a los hechos constitutivos de la inejecución de una obligación contractual, ¿hacen al tercero responsable frente al acreedor? (2). En una palabra, es el problema de la responsabilidad del tercero cómplice en el incumplimiento de una obligación.

(1) Ved Oser, *Kommentar Vorbem zu Art. 1-67*, 1928; Tuhr, *Schweiz Oblig. Recht*, pág. 7, para la noción del *jus ad rem*; Pfeiffer, *Vormerkung (these)*, 1910, pág. 26, para su aplicación a la anotación.

(2) Comp. Bartin, Aubry et Rau, 5.<sup>a</sup> ed., VI, § 444, pág. 338.

Esta manera de considerar el problema no tiene nada de sorprendente si se tienen en cuenta las interpretaciones análogas presentadas por Leyser, Hommel, y entre los más recientes, Foerster y Dernburg. Sea que admitan o que rechacen la opinión que considera el acto del tercero como delictuoso, parten todos de este punto de vista para encontrar la solución.

Notemos, sin embargo, que una respuesta afirmativa a esta primera cuestión no hace renacer necesariamente, y por ella sola, la concepción del *jus ad rem*; sin embargo, combinada con el principio de la reparación en *natura*, podría llegarse al mismo resultado.

Las legislaciones callan, generalmente, sobre el problema de la complicidad del tercero en la ruptura de un contrato.

Que nosotros sepamos, sólo el proyecto de Código civil húngaro de 1900 contenía un artículo aplicable a esta hipótesis, y era el 1.077, que decía: «Aquel que intencionalmente determina a otro a violar su compromiso respecto a una tercera persona responde solidariamente con el deudor del daño resultante de la violación del compromiso».

#### A) *El problema en derecho francés.*

La hipótesis ya es antigua en su jurisprudencia. Era el caso de venta de un inmueble, consentida por el vendedor a un tercero de mala fe, en perjuicio de un primer adquirente que no ha inscrito su título, y este caso ha sido planteado después de la Ley de 1855 sobre transcripción en materia hipotecaria.

Se advierte inmediatamente que el problema se plantea, ante todo, en materia de obligaciones de hacer.

Es el caso del dueño o patrón a quien un tercero, otro patrón, le arrebata uno de sus obreros.

Hay igual ejemplo en las obligaciones de no hacer: un tercero, con conocimiento de causa, se asocia a una persona que está ligada con otra en virtud de una cláusula de no concurrencia.

Es también otro supuesto la operación hecha por el mandatario con un tercero de mala fe en perjuicio del mandante.

Se encuentran igualmente hechos análogos en las aplicaciones antiguas de teorías clásicas: por ejemplo, la inejecución de una promesa de venta.

Podrían citarse más casos, pero la idea es siempre igual: el

tercero que atenta contra el lazo contractual perfeccionado entre dos contratantes comete un acto delictual.

El problema era edificar sobre tales materiales dispersos una teoría general sobre la responsabilidad del tercero.

La doctrina, durante largo tiempo, no se ha dado cuenta de la posibilidad de una acción directa del acreedor contra el tercero.

Planiol y Baudry-Lacantinerie no mencionan este problema.

Es Pierre Hugueney quien en 1910, en una tesis notable sobre la «Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle», proclama el primero el derecho del acreedor a esta acción, y esta teoría, en sus grandes líneas, es la del Derecho francés actual.

Varios autores, como Demogue (1), Lambert (2), Bartin (3), Ripert (4), la han repetido, retocándola con frecuencia en algunos puntos.

Todos están de acuerdo en declarar la responsabilidad del tercero, pero no lo están sobre el carácter de esta responsabilidad, y sus opiniones divergen en cuanto a los casos en que la aplicación de la teoría se impone.

A primera vista se está inclinado a considerar al tercero como responsable en virtud del mismo contrato cuya ejecución ha impedido. Sin embargo, se objeta que, permaneciendo extraño al contrato, no ha podido cometer una falta contractual, y, por consecuencia, si hay que reprocharle una falta, ésta será necesariamente de carácter delictual.

Pero de todos modos se opone un obstáculo a esta manera de ver.

Los autores se preguntan (5) si el artículo 1.165 del Código civil francés excluye tal interpretación; puesto que declara que las convenciones no producen efectos más que entre las partes y que no perjudican a los terceros.

Este artículo, consagración del adagio «Res inter alios acta,

(1) *Revue Trimestrielle*, 1921, pág. 727. «Droit des obligations», II, página 862; III, pág. 378.

(2) «Nota Dall.», 1922, II, pág. 153.

(3) Aubry et Rau, 5.<sup>a</sup> ed., VI, § 444, pág. 338.

(4) «La règle morale dans les obligations civiles», 1925, pág. 297 s.

(5) Bartin, Aubry et Rau, VI, pág. 338; Hugueney, pág. 202.

tertio neque nocere neque prodesse potest», podría constituir un obstáculo insuperable, según la interpretación que reciba, y, por consecuencia, es indispensable examinar el contenido del mismo.

*A priori* dos soluciones parecen posibles. O bien se admite que un acto jurídico es legalmente inexistente respecto a los terceros, o se afirma en principio que la situación de derecho creada por un acto tiene una existencia independiente.

La convención despliega inmediatamente efectos respecto a terceros cuando el contrato hace nacer un derecho real, cual es el caso de transferencia de la propiedad mobiliaria. Pero incluso si la convención sólo es creatriz de un derecho personal, no debe creerse que ella sea inexistente respecto a los terceros (1).

La cuestión es saber si una parte puede invocar su contrato para obtener en su propio nombre reparación por las consecuencias de un delito. Los autores (2) hacen notar que el Derecho romano respondía ya afirmativamente a esta cuestión. «Si un tercero, dice Paulo (D. IV, 3, 18, 5), destruye la cosa que un deudor había prometido entregar a su acreedor, la opinión general es dar a éste la acción de dolo contra el autor del delito».

La cuestión no existe en Derecho francés, porque el acreedor deviene propietario en virtud de la convención misma; pero la hipótesis surge, sin embargo, por ejemplo, a propósito de una cláusula de indemnización adjunta a un contrato de suministros (3).

La ciudad de París concertó un contrato con la Compañía parisina de alumbrados por gas, en virtud del cual esta Sociedad tomaba a su cargo todos los gastos de las reparaciones del material del alumbrado que de propiedad de la ciudad se encontraba en la vía pública. La Compañía se delegaba para la ejecución de este contrato en un empresario. Sobre vino un accidente, producido al chocar un carroje con uno de los postes del alumbrado. El empresario, obligado a reparar el daño, ejercitó un recurso contra el tercero, causante de la falta que motivó el accidente. La «Cour» de casación decidió que el demandante tenía incontestablemente interés en que el reverbero de gas no fuese destruido,

(1) Véase Juille: «Effet des actes jurid. des tiers» (*Thèse*), Lille, 1904.

(2) Bartin, Aubry et Rau, VI, pág. 338; Hugueney, pág. 205.

(3) Cass. 4 Mars, 1902; S. 1.902, I, 224, resumida por Hugueney, página 206.

puesto que el perjuicio debía recaer sobre él; en su calidad de parte lesionada tenía acción para reclamar y, fundándose en el artículo 1.382 del Código civil, podía exigir al demandado la reparación del daño que le era imputable.

Por consecuencia, el artículo 1.165 significa que las convenciones no crean derechos más que en provecho o detrimento de las partes contratantes. Pero ello no quiere decir que un contrato no pueda ser opuesto a los terceros o invocado por ellos mismos en su favor.

Ese artículo, por tanto, no se opone a un sistema que declara responsable al tercero, y cuya falta, si la hay, consiste en el hecho de haber impulsado a un contratante a la ruptura de su compromiso; pero éste precisamente es el punto que reclama ahora nuestra atención.

Examinemos si el tercero ha cometido verdaderamente un delito.

Dos sistemas han sido establecidos para demostrar la responsabilidad delictual del tercero.

Se puede poner a su cargo una responsabilidad delictual propia e independiente, o se puede declarar, con Hugueney (1), que el tercero no puede incurrir más que en una responsabilidad calada sobre la del deudor mismo.

Lo primero consiste en decir que un tercero, todas las veces que atente a la relación establecida entre el acreedor y el deudor, comete un delito; es la idea que se desprende de la jurisprudencia francesa; pero se le objeta que hace considerar como delito todo, tanto la violación de un derecho relativo—un derecho de obligación—como la de un derecho absoluto—un derecho real—, y la cuestión se plantea en saber si el derecho de obligación, siendo un lazo entre dos personas, ofrece base a los atentados de los terceros.

Los autores franceses (2) dicen que la obligación se reduce a un derecho del acreedor frente al deudor y que por esta razón es imposible concebir que un tercero pueda lesionarla.

Ello quiere decir que el carácter relativo de la obligación debe ser considerado como un principio fundamental y el tercero no

(1) Hugueney, ob. cit., pág. 222.

(2) Idem, ob. cit., pág. 211.

-estará, pues, en situación de atentar contra la relación de obligación existente entre un acreedor y un deudor.

Pero admitido esto no se puede llegar a deducir que el tercero sea libre de perjudicar al acreedor, aunque al decirlo así no se trata tampoco de reconocer a la obligación, en lugar de un carácter relativo, un carácter absoluto, idea ante la cual Hugueney retrocede con justo título.

Pero hay otros autores que se colocan en otro punto de vista. Así Ortolan (1) declara que en todo derecho existe una obligación general de abstención que pesa sobre la masa, sobre el conjunto de todas las personas, y que consiste en la necesidad, para todos sin distinción, de dejar al sujeto activo del derecho el retirar el provecho, la utilidad que su derecho le atribuye y de no plantearle ningún conflicto.

Pero en el derecho real esta obligación general es única y en el derecho de obligación existe, sí, el derecho del acreedor, la facultad de constreñir a una persona individualmente determinada a una acción o una inacción; pero, además, subsiste el derecho dirigido frente a todos.

Parece que la jurisprudencia francesa, protegiendo al acreedor contra el atentado a su derecho por un tercero, ha querido reconocer la existencia de este derecho de protección general, tanto en materia de derechos reales como en los derechos personales, y, por tanto, será preciso asimilar las dos categorías de derecho, al menos en lo que concierne a sus efectos frente a tercero.

Pero la jurisprudencia pone una condición para esa protección, y es que el tercero, para ser responsable, debe tener conocimiento de la relación entre acreedor y deudor y haber facilitado con su actividad la ruptura del lazo contractual; esta condición no existe en los derechos reales.

Los dos grandes grupos de derechos no se parecen en este aspecto y la teoría de Ortolan no encuentra aplicación en Derecho francés positivo.

Otra opinión ha sido sostenida por Demogue, que atribuye al acreedor un derecho protector contra los atentados de un tercero (2).

(1) «Generalisation du Droit romain», París, 1855, pág. 75.

(2) «Traité générale des obligations», III, pág. 368.

Este derecho Demogue lo asimila a los derechos de la personalidad, tales como son enunciados por el artículo 2.383 del Código civil portugués (1).

Hay falta cuando se atenta a estos derechos, protegidos por la Ley. El derecho puede ser personal o real. Demogue enumera los derechos siguientes: el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la reputación, derecho de libre circulación, de propiedad y, finalmente, el derecho al respeto de los contratos por los terceros.

Es en este sentido en el que hay que interpretar una nota de Bartin (2). No se trata, pues, de transformar el derecho de obligación en un derecho absoluto, sino de reconocer que el lazo contractual entre acreedor y deudor está al abrigo de los atentados de parte de un tercero.

Sólo la existencia de este derecho puede explicarnos la jurisprudencia concerniente a dicho artículo 1.165.

No se trata de un derecho que nace en virtud de la conclusión de una convención, sino de un derecho inherente a la personalidad existente siempre en estado latente. Nos quedará por ver cómo este derecho puede ser lesionado.

Aparte esta crítica de orden teórico, dirigida al sistema de la responsabilidad autónoma, se han formulado objeciones sacadas de la práctica.

JOSÉ M.<sup>a</sup> FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

(1) Artículo 2.383 del Código civil portugués: Los daños resultantes de la violación de los derechos originarios pueden ser relativos a la personalidad física o a la personalidad moral; los daños provenientes de la violación de derechos adquiridos no conciernen más que a los intereses materiales.

Este artículo remite al artículo 359 del mismo Código, donde se enumeran los derechos de la personalidad reconocidos.

Art. 359. Se llaman derechos originarios aquellos que derivan de la naturaleza propia del hombre y que la ley civil reconoce y protege como la fuente y el origen de todos los demás. Estos derechos son: 1.<sup>o</sup>, el derecho a la existencia; 2.<sup>o</sup>, el derecho a la libertad; 3.<sup>o</sup>, el derecho de asociación; 4.<sup>o</sup>, el derecho de propiedad; 5.<sup>o</sup>, el derecho de defensa.

Ved artículos 360 a 366 inclusive del mismo Código portugués.

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