

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

IV

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA COSA. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO A LA COSA. LA «ACTIO LEGIS AQUILIAE».

Los juristas que se ocuparon del derecho prusiano se vieron inducidos a buscar una explicación y un fundamento a esta regla. Sabiendo que en principio estaba reconocido por la tradición y que se le había sacado del derecho común, volvieron naturalmente al *Corpus juris civile*. Si no encontraban el caso particular, intentaban explicárnoslo, cuando menos, por hipótesis análogas.

Como los juristas del siglo precedente recurrieron a la *actio legis aquiliae* para interpretar el derecho del primer adquirente, es natural que los autores más modernos hayan ensayado resolver el problema de la misma manera. Así, Schoemann admite que el derecho de obligación debe ser protegido contra el ataque de un tercero (1).

La mayoría de los civilistas no extienden la aplicación de la *Lèx Aquiliae* a aquel que no está más que beneficiado por un derecho de obligación y se refieren, por ejemplo, a un texto de Ulpiano, D. IX, 2, 11, 9: *Eum cui vestimenta commodata sunt, non posse, si scissa fuerint, lege Aquilia agere, Julianus ait, sed domino cam competere* (2).

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

(1) *Handbuch des Civilrechts*, I, pág. 213.

(2) Ver Cocceji, *Jus civile contr.*, vol. I, pág. 548; Windscheid, II, § 455, y los autores citados por él; Oertmann, *Festschrift, Dernburg*, 1900, página 61.

La actio doli.--Si se quiere explicar el derecho a la cosa por la *actio doli*, se puede citar un texto de Paulo en el que se concede la *actio doli* al acreedor cuyo derecho de obligación ha sido aniquilado por la intervención de un tercero. D. IV, 3, 8, 15 : *Si servum quem tu mihi promiseras alius occiderit, de dolo malo actionem in eum dandam plerique recte putant, quia tu a me liberatus sis; ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur* (1). Pero este es un caso excepcional en que se concede este derecho al acreedor, que de otra suerte estaría privado sin él de toda acción contra el deudor, y, por consiguiente, hay que dudar que en el ejemplo citado del Derecho romano esté la solución de nuestro problema.

La jurisprudencia alemana de la época, basándose en otros textos del *Corpus juris civilis*, llegó a un resultado igualmente contrario al principio del derecho a la cosa.

Si el Derecho romano no da la explicación suficiente para interpretar el derecho a la cosa prusiana, es preciso buscar la solución en otra parte.

Es, con justicia, posible declarar que, en virtud de un principio moral, el acto de un tercero es condenable y que sus consecuencias perjudiciales debían ser reparadas.

Así, Prinz (2) declara el hecho de conocer el derecho de crédito de otro como suficiente para hacer doloso el acto de un tercero. Exige solamente que el derecho exista en realidad y que no se trate de un derecho hipotético, importando poco de dónde el tercero haya sacado su conocimiento. Incluso el hecho de ignorar la existencia de un derecho anterior no basta para descargar al tercero de toda responsabilidad.

Su ignorancia debe ser atribuída a su negligencia.

Esta opinión intransigente no ha sido aceptada. Siegmann la rechaza enérgicamente, diciendo que cada uno tiene el derecho de defender prudentemente sus derechos y que no está obligado a subordinarlos a los derechos de otro. Aquí también la regla *jus vigilantibus* debe hacer ley. Como entre los dos adquirentes de una

(1) Ver también D. IV, 3, 1, 9; Windscheid, II, § 451; Oertmann, *Festschrift, Dernburg*, pág. 73.

(2) *Der Einfluss der Hypothekenbuch-Verfassung auf das Sachenrecht*, Berlín, 1858, pág. 58, pasaje citado por Gruchot, *Gruchot 8*, pág. 580.

cosa no hay relación de derecho, no se comprende por qué uno haya de reclamar nada al otro.

El simple hecho de haber tenido conocimiento del primer contrato no puede tener tales consecuencias.

Otros autores atacan el razonamiento de Prinz.

Así, Lenz (1) intenta separar, al menos de *lege ferenda*, los dominios del derecho y de la moral, y llevado a explicar las dos reglas del Código civil prusiano, aprecia que el legislador ha rebasado este principio, lo que es preciso atribuir a la idea nebulosa y exagerada que en la época de la codificación se hacía de la moral en general, idea irreal y absolutamente errónea de que las disposiciones que nos interesan aquí no son más que un ejemplo. Ellas conceden una excesiva amplitud a los sentimientos de equidad, como dice Gruchot, porque desde el punto de vista lógico es imposible comprender por qué el derecho del primer adquirente es más fuerte que el derecho idéntico del segundo. Foerster (2) rechaza igualmente la combinación de principios morales y jurídicos y también las consecuencias severas impuestas al adquirente de mala fe (3), y va más lejos que Lenz, declarando de equidad que aquel que omite convertir un derecho de obligación en derecho real, debe soportar las consecuencias. Baron (4) combate de igual modo las disposiciones del Derecho prusiano; según él, el deudor puede prometer la cosa vendida a un segundo adquirente. El primer acreedor puede exigir la ejecución de su derecho al deudor, pero no al segundo adquirente puesto en posesión de la cosa, porque éste sólo se ha aprovechado de la libertad concedida al deudor de concertar un nuevo compromiso.

Los tres autores están de acuerdo en admitir que la regla del Derecho prusiano no se explica por argumentos claros y serios de orden rigurosamente jurídico.

Lenz había considerado el problema desde otro aspecto, aunque sin llegar a mejor solución, y le siguieron algunos autores contemporáneos.

(1) *Studien und Kritiken*, Greifswald, 1847, pág. 92.

(2) *Theorie u. Praxis des heutigen Preuss. Pr. Rechts*, ed. 1864, I, 125.

(3) I, pág. 131.

(4) *Abhandlungen aus dem preuss. Recht*, 1860, págs. 136-37.

Se preguntaba si el derecho a la cosa era un derecho real o un derecho de obligación ; pero en ambos casos surgen dificultades.

Si es un derecho real, la cosa quedaba sujeta al dominio absoluto del primer adquirente. Si es un derecho de obligación, el vendedor puede disponer siempre de la cosa ; el primer adquirente tendrá una acción contra el deudor, pero no contra el tercero. Las dos variantes no bastan, pues, a explicar el principio contenido en los dos párrafos del Código, de suerte que Lenz se vió obligado, bien a pesar suyo, a tener que recurrir para esta interpretación a factores tomados fuera del cuadro puramente jurídico, razón de más, en su opinión, para condenar la teoría de la existencia del derecho a la cosa.

En el fondo, estos autores no se pronuncian contra las interpretaciones propuestas por los juristas del siglo precedente. Sea porque hubieran caído en olvido, sea porque no fueron admitidas por ser contrarias a las ideas del Derecho romano, la doctrina de mitad del siglo XIX parece haber renunciado a encontrar una explicación lógica e inatacable de los artículos 10, § 25, y 19, § 5 del Código civil prusiano, y la regla idéntica del derecho común no se la encuentra ya ni en los autores ni en la jurisprudencia.

El derecho a la cosa considerado como un derecho real relativo. En 1876, Ziebarth, en su estudio *Die obligatione und die realexecution* (Halle, 1866) acude galantemente en socorro de la teoría del *Recht zur Sache*.

A su entender, no se ha tenido en cuenta que la ejecución *en natura*, que ha reemplazado a la *en metálico* de los romanos, ha tenido una influencia decisiva sobre el carácter del derecho cuya ejecución exige el titular.

Si el Derecho romano concedía al acreedor un derecho de obligación para la entrega de la cosa, el derecho moderno le concede un derecho real relativo.

Este derecho puede ser opuesto a todo tercero a quien sea conferido más tarde por el mismo deudor un derecho idéntico a la entrega de la cosa ; de otro lado, es oponible a todo adquirente posterior puesto en posesión de la cosa, si conocía el derecho real relativo del adquirente anterior.

En Derecho común, en virtud del principio de la ejecución *en natura*, el acreedor tiene el derecho de tomar la cosa al deudor, que

no está facultado para sustituirla por un pago en dinero; por consiguiente, el derecho del acreedor es de carácter real, pero no es absoluto, sino relativo, puesto que no puede ejercitarse sino frente a un número restringido de personas, es decir, frente a todo tercero que tenga conocimiento de la existencia del primer contrato..

Desde el momento en que el acreedor toma posesión de la cosa, el derecho real relativo se transforma en un derecho real verdadero.

Esta argumentación de Ziebarth se basa en una idea muy especial sobre el carácter del derecho real, y ante todo sobre las nociónes de la ejecución *en natura*.

Los comentaristas del Derecho civil prusiano, particularmente interesados en la cuestión, protestaron contra la idea que atribuía al acreedor el derecho de apoderarse de la cosa.

Declarando que la ejecución forzada es un estado especial poco apto a explicar el carácter de un derecho, puesto que el juicio debe intervenir entre el nacimiento del derecho y el de la ejecución *en natura* (1), cometan el error de confundir la naturaleza del derecho y la prohibición de hacerse justicia a sí mismo. Pero se puede, sin embargo, imaginar que la posibilidad de entrar en posesión de la cosa por vía ejecutiva no es más que una perspectiva incierta que hasta el momento del juicio puede ser anulada. Si, por ejemplo, un acreedor posterior de la misma cosa obtiene la condena del deudor, el primer acreedor no podrá ponerse en posesión por ejecución forzada dirigida contra el deudor.

Por último, si el derecho reviste un carácter real, deberá tener efectos reales incluso contra el deudor si éste cae en quiebra, pero esto es precisamente lo que no admiten los autores (2), y Ziebarth mismo se ve obligado a reconocer esta *particularidad* del derecho a la cosa, resultante, puede ser, de la idea romanista del carácter personal del derecho.

De otro lado, un punto difícil de concordar con el carácter real del derecho a la cosa es que si el derecho absoluto y el derecho a la cosa son lesionados los dos, sólo el titular del derecho absoluto tiene una acción. Será preciso que el derecho a la cosa sea el únicamente atacado, para que despliegue sus efectos. Parece que Zie-

(1) Foerster, III, pág. 5, 3.^a ed.; v. Brünneck, pág. 6.

(2) Foerster, III, § 156, pág. 4 s.

Ziebarth no llega a dar una explicación satisfactoria de estos dos últimos aspectos de la relación de derecho si la clasifica entre los derechos reales relativos.

Nadie, en efecto, comprende por qué el derecho perjudicado tenga carácter real, al mismo tiempo que si se le ataca despliega efectos meramente de derecho personal.

Si debe tener efectos de orden real hacia ciertas personas, deberá también, por lo menos, tenerlos frente al deudor.

Ziebarth no encontró discípulos para su teoría (1).

Todos los autores rechazan el carácter de derecho real, aunque sólo fuese relativo del derecho a la cosa, si bien sus objeciones, y sobre todo sus teorías sobre esta cuestión, no ofrezcan toda la claridad deseable (1). La teoría de Ziebarth tuvo, sin embargo, una importancia considerable en la evolución posterior de la noción del derecho a la cosa.

En lo sucesivo todos los autores se plantean la cuestión de saber si el derecho concedido al primer adquirente es de naturaleza real o personal, o bien se preguntan por una categoría intermedia de derecho.

Los comentaristas posteriores a Ziebarth niegan todos el carácter de derecho real del derecho a la cosa; es un derecho personal provisto de ciertas cualidades que le aproximan a un derecho real.

Se llega, por tanto, a una nueva categoría independiente de los derechos reales y personales.

Estos autores opuestos a Ziebarth se dan cuenta, no obstante, de las dificultades de calificar el derecho a la cosa como derecho de obligación: ¿cómo explicar que el segundo adquirente devenido propietario pueda ser eviccionado por el titular del derecho de obligación?; así, Foerster y Dernburg no reconocen este efecto al derecho de obligación, pero lo atribuyen a una acción basada enteramente sobre el dolo del segundo adquirente, aunque omiten demostrar qué derecho ha sido lesionado por este pretendido dolo. Parece que no hay dolo en faltar a un deber que no se tiene, y no se

(1) Foerster-Eccius, *Preuss. Privatrecht*, Berlín, 1892, III, § 156; Stobbe, *Deutsch. Privatrecht*, II, 1, pág. 82, 2.^a ed.; Dernburg, *Preuss. Priv. Recht*, I, pág. 75.

puede probar que el acto de un tercero viole otro derecho. Su explicación del derecho a la cosa no satisface.

El esfuerzo de diversos autores del siglo XIX, como Lenz, Foerster, Ziebarth, Stobbe, Dernburg, para explicar la noción del *Recht zur Sache* parece encontrar obstáculos insuperables, sea que admitan, como Lenz, la quiebra de esta teoría, sea que reconozcan sus dificultades, como Foerster, Stobbe y Dernbrug, sea que se esfuerzen en vano, como Ziebarth, en encontrar una base sólida a esta relación por una interpretación ingeniosa, pero difícil de admitir.

Es necesario atribuir precisamente a esta dificultad para explicar las disposiciones del *Preussisches Allgemeines Landrecht* la decisión del legislador prusiano de descartar, en ocasión de confeccionar una nueva ley sobre la adquisición de la propiedad inmobiliaria, el principio aplicado hasta entonces.

En verdad, no fué sólo éste el argumento, pues el legislador prusiano quería también hacer un Registro tan inatacable como fuera posible.

Modificación del Derecho prusiano.—La ley prusiana sobre la adquisición de la propiedad (Eigentums-Erwerbs-Gesetz) de 5 de Mayo de 1872 estableció el principio según el cual, una vez practicada la inscripción, el adquirente de un inmueble no puede ser atacado incluso si al momento de la conclusión del contrato o de la transferencia de la propiedad hubiere tenido conocimiento de un contrato de enajenación anterior del mismo inmueble.

La Jurisprudencia interpretó fielmente este principio, y aun en caso de que el adquirente posterior tuviera conocimiento de la intención dolosa del enajenante hacia el primer contratante, y aunque hubiere participado de sus maniobras fraudulentas, no podía ser condenado a daños y perjuicios. Esta decisión corresponde al espíritu de la Ley, que quiere proteger al adquirente inscrito contra todo atentado, pero es preciso admitir con Dernburg que un punto de vista tan rígido puede conducir a abusos, porque consagra, en suma, un principio inmoral atribuyendo la propiedad a aquel que conoce la existencia de un derecho de otro, y suprime de esta manera todo sentimiento de seguridad del adquirente antes de que su contrato haya sido inscrito en el Registro de la Propiedad. Para evitar este peligro el acreedor está obligado a requerir la ins-

cripción en el Registro lo antes posible, y puede ocurrir que por causa no imputable a su negligencia se retrase la inscripción.

Esta ley prusiana sanciona el derecho del vendedor de faltar a su palabra y de sacar un beneficio revendiendo a un precio más elevado.

Tal disposición puede hacer más provechosa la venta de inmuebles. El vendedor, después de haber concluído un contrato, puede pactar en seguida con otro adquirente eventual que viendo su concurrente determinado a adquirir el inmueble, propondrá un precio más elevado para apoderarse definitivamente de éste.

Los autores han discutido todavía (1) si el derecho a la cosa prusiano ha sido totalmente derogado en materia inmobiliaria por la ley de 1872, o si ello era solamente para las hipótesis previstas especialmente por esta ley. Como sus disposiciones no hablan más que de casos de transferencia de la propiedad, se podía, en efecto, deducir que el titular de un derecho de obligación tendente al establecimiento de un usufructo podría prevalerse de su derecho a la cosa frente de un adquirente posterior.

La doctrina ha sentado los principios siguientes (2): En tanto que un derecho no toma nacimiento por la inscripción, el hecho de conocer la existencia de un derecho de obligación de otro a la transferencia de un derecho real, no produce efectos. Pero si un derecho puede desplegar sus efectos reales sin estar inscrito en el Registro, y tal es el caso en derecho prusiano para el arrendamiento de cosas no productivas y el arrendamiento de inmuebles y derechos productivos (3), y los derechos de preempción legales, los derechos a la superficie y los derechos a ejecutar trabajos mineros (4), el titular de un derecho de obligación, al transferir estos derechos, tiene un derecho de persecución frente al adquirente de mala fe. Si, en efecto, los terceros no han intervenido, el acreedor habrá adquirido incluso sin inscripción. Este argumento de Stobbe no nos parece convincente. Es más sencillo admitir que la ley de 1872 no ha cambiado las disposiciones concernientes a la doble

(1) Ver Foerster, III, § 156, Berlín, 1892.

(2) Foerster, loc. cit.; Dernburg, I, § 186.

(3) Foerster-Eccius, II, § 136, pág. 170.

(4) Stobbe, 2.^a ed. *Deutsch. Priv. Recht*, II, 1, pág. 82 s.

enajenación de un inmueble, y que, por tanto, las reglas antiguas subsisten.

Las modificaciones aportadas a la legislación prusiana por la ley de 5 de Mayo de 1872 sobre la adquisición de la propiedad inmueble conducen al resultado siguiente :

En principio, el régimen es diferente para los muebles y los inmuebles, tanto que, en materia mobiliaria, el derecho a la cosa resta aplicable, y en cambio, la regla contraria es la que rige en derecho inmobiliario.

El derecho a la cosa se aplica también si el primer contrato descansa sobre muebles y el segundo sobre inmuebles, con tal que el segundo adquirente hubiera tenido conocimiento del primer contrato del vendedor. Así, el adquirente de un inmueble que comprende un bosque, debe ejecutar la obligación referente a un corte de madera contratado por el vendedor.

Incluso en el derecho prusiano, última ciudadela de la teoría de la protección del interés del primer acreedor frente a un segundo adquirente de mala fe, la base de la teoría de la noción del derecho a la cosa ha sido fuertemente quebrantada. Pero lo que hace todavía este sistema menos lógico y menos elegante son las lagunas que subsisten en la nueva ley en lo que concierne a diversos derechos inmobiliarios.

Esta situación confusa muestra claramente cuáles son los dos principios en conflicto. De una parte, la tendencia a atribuir al derecho inscrito una seguridad absoluta, y de otra, el principio de no admitir un acto afectado de mala fe. Si las dos ideas no son fáciles de conciliar, es preciso constatar por de pronto que la solución del Derecho prusiano posterior a 1872 era mucho más complicada y falta absolutamente de una idea directriz general.

El «jus ad rem», intermedia figura híbrida entre el derecho real y el derecho de obligación.—La teoría expuesta por Ziebarth determinó a Brünneck a publicar un libro sobre los orígenes del *jus ad rem* (1).

Aunque este autor no se coloca en el punto de vista de Ziebarth, pues no admite la idea de que en virtud de la ejecución *en natura*, el derecho del primer adquirente deviene derecho real

(1) *Ueber den Ursprung des jus ad rem.* Halle, 1866.

en el Derecho prusiano o en Derecho común, en cambio, declararé que este punto de vista debe ser sostenido en el terreno del Derecho germánico. El derecho del primer adquirente de un derecho feudal era de orden real, y este derecho era llamado *jus ad rem* por los jurisconsultos de entonces, como ya hemos dicho más arriba.

Es muy probable que, siguiendo el ejemplo de este autor, los juristas de fin del siglo pasado tomaron la costumbre de relacionar el *jus ad rem* del Derecho feudal y del Derecho canónico con el *Recht zur Sache* prusiano; y aplican en adelante también el término *jus ad rem* al derecho a la cosa. Como el término latino representa también la traducción exacta de la expresión alemana, pudo ocurrir que un autor, escribiendo en latín, la haya empleado para designar la relación del Derecho prusiano.

Después del libro de Brünneck, la mayoría de los juristas alemanes parecen hacer la distinción siguiente:

El término *jus ad rem* se aplica de manera general para designar ya la relación del Derecho feudal o canónico del siglo XIII, o sea el derecho del primer adquirente de una cosa hacia el segundo; en cuanto a la expresión alemana, se la reserva para indicar el principio del Derecho prusiano.

Con poca fortuna, puede ser, repitióse este término, empleado más o menos felizmente por el Derecho canónico; Jacques de Revigny, según Heusler, lo aplicó a relaciones feudales análogas. Tras esta época la expresión cambió de significación, como ya hemos dicho. En el siglo XIV, en algunos costumbristas franceses se la aplica a los *jura in re aliena*. En los siglos XVII y XVIII se la opone a la de *jus in re* y se emplea alternativamente con la de *jus in personam*. Su brevedad era probablemente su primera cualidad, y por ello en la acepción que nos ocupa, que es la del Derecho prusiano, esta expresión ha gozado de nuevo de cierta boga entre los autores.

V

EL «JUS AD REM» DEL SIGLO XIII Y EL DE FIN DEL XIX

Si se compara el *jus ad rem* de la Edad Media al de la época actual, aparecen diferencias considerables. Hay analogías, sin

duda, entre la relación del beneficiario feudal, su señor y un segundo beneficiario eventual, de una parte, y el primer adquirente, el enajenante y el segundo adquirente, de otra parte. El contrato de enajenación corresponde a la *electio* y a la *praesentatio*, y la transferencia de la cosa, a la *confirmatio* y a la *investidura*. La analogía reside en el hecho de que dos actos jurídicos se suceden entre los mismos interesados, confiriendo derechos de una diferente intensidad adquisitiva, en vista de obtener un derecho real. Por virtud del *jus ad rem* del Derecho feudal, el titular podía *saissir* inmediatamente, sin tener que recurrir al Juez, la cosa que se hallaba en la posesión de un tercero. Se puede admitir, pues, con Roguin (1) que no se trata, en suma, más que de un derecho real, o, lo que nos parece más indicado, afirmar que el Derecho feudal no conoció nuestras nociónes de derechos reales y de derechos de obligación.

Esa idea del derecho real relativo de Ziebarth y Brünneck, admitida en el Derecho feudal, es incompatible con el Derecho romano. Aunque el Derecho romano hubiera sido modificado en ciertos puntos, no podía, sin embargo, brotar de estos principios en cualquier época del Derecho germánico, que reposaba sobre ideas muy diferentes en lo que concernía a la posesión y a la transferencia de la propiedad.

Toda tentativa de erigir una construcción semejante estaba necesariamente condenada a un fracaso completo.

A menos de abandonar toda idea de protección del primer adquirente contra el segundo, la sola salida de este *in pace* parece consistir en la atribución de un carácter *sui generis* al *jus ad rem*, solución poco satisfactoria y que no facilitaría la clasificación de esta relación en el sistema general del derecho. Este derecho *sui generis* sería semejante, ante todo, a un derecho de obligación, pero tendría asimismo una cierta afinidad con los derechos reales.

En el momento de codificar el Derecho civil alemán se plantea la cuestión de si se debe reservar un lugar al *jus ad rem*.

La doctrina, basándose en el argumento de que este derecho intermedio, ni real ni personal, haría más difícil la interpretación de un sistema lógico fundado sobre las nociónes de los derechos

(1) *Science jur. pure*, vol. II, núm. 1.169.

reales y personales, se opone casi unánimemente a la admisión de un *jus ad rem* en el nuevo Código (1).

La exposición de motivos del Código civil imperial de 1888 se levanta igualmente contra la teoría de aplicar a un mismo derecho las disposiciones concernientes a la obligación y las concernientes a los derechos reales.

Y van más lejos todavía, porque al estatuir que no es preciso considerar el contrato generador de obligaciones como un medio de adquirir un derecho real, asegura que de otro modo no se tiene en cuenta la divergencia fundamental existente entre las dos categorías de derechos. Y en las páginas de esa exposición de motivos añaden que el *jus ad rem* no encuentra defensores en los autores contemporáneos, porque el punto de vista del Derecho prusiano, desconociendo una línea de demarcación bien establecida entre los dos grandes grupos de derechos, debe ser considerada como insostenible.

Otro principio aflora en el Código civil alemán. Los interesados no pueden constituir más que los derechos reales previstos por las disposiciones legales, y como en materia de derechos reales la libertad de contratar no existe, su número es necesariamente limitado (2); si, pues, el Código civil alemán hubiera querido reconocer el derecho a la cosa, debía consagrar el principio en las disposiciones especiales, puesto que este derecho tiene precisamente efectos reales.

Sin embargo, en el período de codificación y de sus trabajos preparatorios, algunas voces aisladas habían sostenido que el *jus ad rem* puede existir a pesar de la distinción entre los derechos reales y personales.

Así, Gierke (3) insiste sobre el lazo que ata el acto de enajenación a la causa de ésta, puesto que es preciso referirse al fin del contrato, es decir, la transferencia de la cosa, y aconseja, apoyándose en la opinión de Strohal, a quien cita, que se conceda al lesionado una acción revocatoria real. En su opinión, se puede

(1) Ver. Planck, III, pág. 6; Cromc, 2, 1, pág. 3; O. v. Gierke en Holtzendorf-Kohler *Encyklopädie, Deutsch. Privat Reich*, Berlín, 1914, I, 265; Gierke, *Deutsch. Privatrecht*, II, pág. 607 s.; Endemann, II, 1, 67 A.

(2) Planck, III, pág. 6.

(3) *Entwurf eines Bürgerlich. Gesetzbuches* Leipzig, 1889, pág. 188.

justificar la anulación del derecho real precisamente porque el segundo adquirente no ha respetado el lazo del derecho de obligación entre el vendedor y el primer comprador. Tal solución sería más conforme a la equidad. El autor no entra en más detalles, ni profundiza en la cuestión.

Kohler (1) insiste igualmente sobre la utilidad del *jus ad rem*, que no corresponde solamente a las necesidades del comercio, sino que está dictado por consideraciones de orden moral. En su opinión, este derecho se basa sobre un *aequum jus* y está suficientemente anclado en el espíritu de los juristas para que pueda ser aplicado.

Esta opinión, cuyos argumentos es preciso reconocer son bastante vagos, quedó aislada y no ha ejercido efectos sobre la posición adoptada por la doctrina en general. La primera parte de la argumentación de Gierke, del efecto causal del contrato sobre la transferencia del derecho, no puede resistir el empuje del principio bien establecido y por todos reconocido de la naturaleza claramente abstracta del contrato real necesario para transferir la propiedad de un bien. Es cierto que, partiendo del punto de vista suizo en materia de la transferencia de la propiedad, se podía de nuevo discutir esta observación diciendo que Gierke se oponía, quizás con razón, al principio del contrato abstracto.

Sin embargo, aunque el autor parece haber abandonado esta posición en su tratado sobre los derechos reales, nos debe bastar el hecho de que la teoría alemana actualmente admite unánimemente el carácter abstracto del contrato real indispensable para la transferencia de la propiedad de un bien.

Salvo raras excepciones, los comentadores del Código civil alemán, como Planck (2), Crome, Enneccerus, han repetido los argumentos de la exposición de motivos, y no ven en el *jus ad rem* más que una figura intermedia e híbrida, criticada vivamente por los autores del siglo XIX, ni dejan de proclamar que uno de los principios fundamentales del Código civil alemán es distinguir claramente entre los derechos personales y derechos reales, de suerte que todo *jus ad rem* es de antemano excluido.

(1) *Archiv für bür. Recht*, V, pág. 237.

(2) Planck, III, pág. 6; Crome, 1902, 2, 1, pág. 3; Enneccerus, 1928, I, 2, pág. 2.

En Derecho suizo, la cuestión ha sido apenas abordada. Oser (1) recuerda el problema, pero se contenta con seguir fielmente el ejemplo dado por los comentaristas alemanes.

Basados en esta opinión y considerando la cuestión sobre este solo aspecto, la solución que se impone en el caso práctico de que nos ocupamos será la siguiente:

El vendedor ha vendido la cosa a un primer adquirente, y antes de que éste haya podido tomar posesión, revende la cosa a un segundo adquirente. Como el *jus ad rem* no existe ni en Derecho alemán ni en Derecho suizo, el primer adquirente debe contender su derecho frente al vendedor, pero no tendrá ningún medio de constreñir al segundo adquirente a cederle la cosa.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

(1) Kommentar, 1928, *Vorbemerkungen zu Art. 167.*

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado	100.000.000	de pesetas
Capital desembolsado	51.355.500	—
Reservas	63.026.907,21	—

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

400 Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo
Ejecución de toda clase de operaciones de Banca y Bolsa

TIPOS DE INTERES

Desde 1º de Julio de 1933, y a virtud de la norma del Consejo Superior Bancario, de observancia general y obligatoria para toda la Banca operante en España, éste Banco no podrá abonar intereses superiores a los siguientes:

I.—Cuentas corrientes.

A la vista..... 2 por 100 anual.

II.—Operaciones de ahorro.

A) *Liberetas ordinarias de ahorro* de cualquier clase, tengan o no condiciones limitativas..... 3 ½ por 100 anual.

B) *Imposiciones.*

Imposiciones a plazo de tres meses..... 3 por 100 anual.

Idem a seis meses..... 3,60 — —

Idem a doce meses o más..... 4 — —

Regirán para las cuentas corrientes a plazo los tipos máximos señalados en esta norma para las imposiciones a plazo.