

El “*jus ad rem*” en el Derecho civil moderno⁽¹⁾

II

EL DESARROLLO DE LA NOCIÓN Y LA APLICACIÓN DEL TÉRMINO A OTRA FIGURA JURÍDICA

Si los autores del siglo XIII habían descubierto la existencia de una relación de derecho que denominaron *jus ad rem*, no llegaron, en cambio, a definir su naturaleza de manera suficientemente clara para edificar las bases necesarias a una teoría sólida.

No llegaron a desgajar y separar la noción del caso práctico a propósito del cual constataron su existencia. Empleando el término *jus ad rem*, entendían siempre oponer de un lado la investidura verbal o ya la investidura simbólica, y de otra parte la investidura propiamente dicha o la toma de posesión efectiva. Pero nosotros hemos visto que la idea que se habían hecho del carácter de la investidura se había modificado, y es fácil comprender que ello había de repercutir también sobre la noción del *jus ad rem*, que se basaba precisamente sobre el carácter de esta institución.

El *Liber feudorum*, II, 26, § 15, declara que, incluso antes de la toma de posesión, el investido estaba beneficiado con un derecho sobre el feudo, puesto que podía obligar al señor a concedérselo y sin que este último pudiera liberarse con el pago de una indemnización. Y, de otra parte, podría reclamarse el inmueble frente a un tercero.

Nosotros hemos hecho ya alusión a las ideas romanas, bajo cuya influencia la noción de la investidura se había transformado hasta el punto de no ser más que un contrato generador de obligaciones.

Tomando como base, para explicar la idea del *jus ad rem*, estas dos nociones divergentes de la investidura, se llega necesariamente

(1) Véase el número 100 de esta Revista.

a resultados muy diferentes. Si en el primer caso, en que la investidura confiere un derecho más fuerte que un simple derecho de obligaciones, el término *jus ad rem* designa un derecho de orden *cuasi real*; en el segundo caso no significa más que un derecho de obligación.

El «jus ad rem» en la significación de un derecho más fuerte que el derecho de obligación.—Dos teorías paralelas sobre lo que es preciso entender por *jus ad rem* se han desenvuelto una al lado de otra. Es natural que la teoría del *jus ad rem*, comprendida en el sentido de *jus in personam*, encuentre el mayor número de defensores, puesto que la idea del carácter puramente personal del derecho derivado de la investidura era generalmente aceptada.

Hay, sin embargo, cierto número de autores que continúan aplicando ese término al derecho de un adquirente de cosa cierta, pero que todavía no ha tomado posesión, y sin embargo está provisto de un derecho de persecución sobre la cosa.

Así los glosadores y los juristas italianos de los siglos XIV y XV conocían, al lado de un *jus personale* y un *jus reale*, un *jus ad rem*, cuyo carácter es, sin embargo, difícil de determinar. Affolter (1) enumera a Petrus de Bella Portica, Johannes Faber; Bartolus, muerto en 1357; Paulus de Castro, Panormitanus. Por ejemplo, Petrus de Bella Portica considera el dominio directo como un atributo del *jus ad rem*, en tanto que Johannes Faber se contenta con atribuirle el efecto de un *cuasi dominium*. Esta idea parece haber sido repetida por una serie de autores, por desgracia, difícilmente accesibles. Affolter cita a Rochus de Curte, a fin del siglo XVI y a principios del XVII; Claudio Cantiuncula, Heinrich Schneidewin (1519-68), Mynsinger (1514-88), Wesenbec, Peter Gudelin (1550-1689), al español Ludovicus Molina y al italiano Vicentius Filliucius (1566-1622), Bachovius (1574-1634). Muchas divergencias existían entre las opiniones de estos diversos juristas, y según el parecer de Affolter, la noción del *jus ad rem* no se destacaba con toda la claridad deseable.

El término empleado en el sentido del «jus in personam».—Al frente de esta escuela se levanta la teoría de otros autores, para los que el *jus ad rem* era sinónimo de derecho de obligación.

(1) *Das römische Institutionen-System*, pág. 121. Heidelberg, 1897.

Así, Heinrich Hahn (1605-68), en una disertación en 1639, *De jure rerum et juris in re specibus*, según este autor, el derecho privado puede ser dividido entre el *jus personarum* y el *jus rerum*.

El *jus rerum* consiste en la *facultas circa rem qua vel res ipsa affecta est vel persona obligata* (conclus. IX). El *jus circa rem* se subdivide en un *jus in re* y en un *jus ad rem*, o, en otros términos, en derecho real y personal (conclus. IX). Refiriéndose a Baldus, muerto en 1400, y a Jasus Mainus, muerto en 1514, da la definición siguiente del *jus ad rem*, que es la única que nos interesa aquí: *jus ad rem est quod non nisi in obligatione constituit*. Germani Schuldt: *Belgis Inschuldt*. Considera como expresiones equivalentes los términos *jus personale*, *jus non consolidatum*, *jus propter rem*.

En 1666, un profesor de la Universidad de Groninga, Gerhard Feltmann, publicó su *Tractatus de jure in re et ad rem, id est manuductio ad jus civile Romanorum et Clivorum*.

A propósito del *jus ad rem*, distingue la *obligatio* del *jus ad rem*; la primera es la causa, y la segunda, el efecto. El *jus ad rem* se refiere a la persona del acreedor, y la *obligatio* a la del deudor.

Comparando el *jus in re* al *jus ad rem*, cita, entre otros ejemplos, la doble venta, que es la hipótesis que nos interesa y que, después de la codificación prusiana, ha sido considerado como el prototipo de un caso de aplicación del *jus ad rem*. Por consecuencia, desde el punto de vista moderno, el resultado de las reflexiones de Feltmann es bastante inesperado, aunque la diferencia no consiste en el fondo más que en los términos empleados, que tienen otra significación.

El primer adquirente tiene un *jus ad rem*, y nada más que un *jus ad rem*, y por lo mismo, el segundo adquirente de la cosa, tomando posesión de ella, adquiere su propiedad.

El primer comprador no tiene más que un derecho personal frente al vendedor; esto prueba, evidentemente, que el autor no ve en lo que él llama *jus ad rem* más que un derecho de crédito.

No es solamente Feltmann el defensor de esta teoría.

Así, G. A. Struve (1619-92), en su *Jurisprudentia Romano-Germanica forensis* (1670), dice: *Jus ad rem est facultas jure competens qua ad rem praestandam, hoc est dandum aliquid vel faciendum, aut aliquando patiendum personam ex uno facto obliga-*

tam habemus. Este *jus ad rem* abarca, por consiguiente, todos los derechos personales independientes de su modo de origen.

Esta opinión es igualmente compartida por Feltmann, que habla de un *jus ad rem ex delicto*, *jus ad rem ex judicato velut obligatiene*, *jus ad rem quasi ex contractu*, y que titula así precisamente diversos párrafos de un capítulo tratando de la división del derecho en general.

La teoría de la distinción del *jus ad rem* y del *jus in re* se encuentra también en Arnoldus Vinnius (1558-1657), profesor de Leyden (1). Considera la noción de la obligación colocándose desde diferentes puntos de vista: *Obligatio quatenus a parte debitoris, consideratur, jus non est, sed vinculum juris...*, *a parte autem creditoris qui debitorem ita adstrictum habet, non male jus dicitur, quod ex contractu acquiretur et numeretur in bonis. Etenim jus illud non est jus in re, sed tantum ad rem, tribuens creditor i actionem in personam cumtaxat.*

En el siglo XVIII, Daries (1714-91) (2) distingue las obligaciones creatrices de un *jus ad rem* de las que no constituyen más que un *jus personale in specie*. No es *jus ad rem* más que el derecho que tiene por fin la prestación de una cosa aun conservando su carácter personal.

III

EL DERECHO A LA COSA (DAS RECHT ZUR SACHE)

Si se investiga en los tratados del siglo XVII y parte del XVIII la significación del término *jus ad rem*, se encontrará expuesta como un derecho de crédito en general o desde uno de sus aspectos. La idea subsiste, aunque el adquirente de cosa cierta que no hubiere tomado posesión de ella esté beneficiado de un derecho más fuerte que un derecho personal. Las dos teorías eran absolutamente independientes.

De otra parte, es difícil comprobar la relación que pueda existir:

(1) *Vinnii Institutionum Comm.*, revisado por Heineccius. Lugduni (1761). L. II, tít. II, 3.

(2) *Institutiones Jurisprudentiae universalis Jenae*. § 805.

entre las construcciones de los canonistas, feudistas y sus sucesores civilistas, de un lado, y la norma de un derecho especial del adquirente de cosa cierta hacia un segundo adquirente de la misma cosa, de otra parte. En cuanto a los autores modernos (1), en su tendencia a relacionar estas dos teorías, las llaman con igual nombre y parecen tratarlas retrospectivamente.

Parece cierto que antes del siglo XVIII la expresión *jus ad rem* no se aplicaba a la relación de derecho establecida entre un primer y un segundo adquirente de la misma cosa.

Cuando la empleaban los autores de los siglos XIV, XV y XVI, se referían a un derecho descubierto por los canonistas y feudistas y era sinónima de obligación. En un radio territorialmente restringido y probablemente de una manera autónoma e independiente de las teorías precedentes, designaba el usufructo por oposición a la propiedad.

Tal es el caso del *Grand Coutumière*, de Jacques d'Albrigis, y de la *Somme rurale*, de Jean Bouillon (2), obras de los siglos XIV y XV. Es preciso, pues, ponerse en guardia al servirse de la expresión imaginaria de *jus ad rem*.

No obstante, si nos interesamos en la cuestión de saber si el primer adquirente de cosa cierta podía reivindicarla de un segundo adquirente, no podemos todavía afirmar que este problema fuere desconocido en esta época por el solo hecho de que los autores no lo hubieran tratado bajo el título de *jus ad rem*.

El derecho del primer adquirente frente al segundo antes de la época de la codificación.—La idea de conceder una protección a los intereses del primer acreedor existía desde tiempo, pero a este derecho no se le hacía objeto de una denominación especial.

Las fuentes no se pronuncian sobre este punto de una manera clara; parece, sin embargo, que, según el derecho de la Edad Media, el primer contratante era preferido al segundo si éste era de mala fe, y sobre todo en materia inmobiliaria (3).

(1) Ved Rigaud: *Le Droit réel*, pág. 91; Roggn: *Science jur. pure*, número 1.168.

(2) Brissaud: *Manuel d'Histoire*, págs. 1.217, 1.218 y 1.253.

(3) Laband: *Vermögensrechtliche Klagen*, págs. 272-274; Stobbe: *Deutsch. Privatrecht*, III, 2.ª edic., Berlin, 1885, § 175; Heusler: *Gewere*, pág. 30 s.; Sohm: *Trauung u. Verlobung*, página 19; Gierke: *Deutsch. Privatrecht*, II,

Sohm ha pretendido (1) que el derecho real germánico de la Edad Media no se adquiere sólo por la transferencia de la cosa, sino por la conclusión del contrato. El comprador está beneficiado con un derecho real, de suerte que el derecho de disposición del vendedor se extingue, y una segunda enajenación en beneficio de un tercero será en adelante imposible o deberá ser declarada nula. Sin embargo, es preciso admitir con Stobbe que Sohm no cita las fuentes de las que saca sus conclusiones y que su solución no explica por qué todos los autores llegaron a hacer una distinción entre el tercer adquirente de buena y el de mala fe.

En verdad que de la manera indicada por Sohm el interés del acreedor estaría mejor protegido, y esa tendencia se armonizaría con la manifestada en los derechos particulares, de atribuir mayor importancia a la ejecución de la venta. Este sistema estaba dictado por las condiciones económicas, que hacían más deseables todavía que en la época actual la ejecución en natura, ya que el adquirente no tenía la misma facilidad que hoy de procurarse una cosa idéntica (2).

Pero no es necesario remontarse tan lejos en la Historia para encontrar vestigios. Para no citar más que las fuentes suizas, aunque también las hay evidentemente en otros Derechos (3), se puede mencionar el *Coutumiére de Ormont-dessous*, que en el artículo primero de su título 21, sobre *Fautes qui se commettent aux biens et possessionis d'autrui*, dice: *En cas que quelqu'un fasse vendition ou alienat a une personne d'une possession ou bien qu'il eut déjà précédemment vendue ou alienez a d'autres en defraudant par ce moyen le dernier acheteur, tel faut vendeur sera réputé pour larron et sera puny et châtié pour tel sauf la grâce du souverain.*

§ 153, nota I, cita el derecho de las ciudades de Viena y Hamburgo, a título de ejemplo. Ved también otros autores citados por Stobbe, quien declara que Brünneck ha probado la existencia del principio para el derecho mobiliario dentro de las fuentes del derecho nórdico.

(1) *Das Recht Eheschließung, aus dem deutschen und canonischen Recht geschichtlich entwickelt*. Weimar, 1875, pág. 79 y sig.

Trauung und Verlobung. Weimar, 1876, pág. 13 y sig.

(2) Ved E. Huber: *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, vol. IV, pág. 844. Basilea, 1893.

(3) Ved Loening: *Vertragsbruch in deutschen Recht*, pág. 389, 1876.

El Código de Aigle, 6, 6, § 2 (1) se pronuncia en estos términos casi idénticos: *De la double vente. En cas que quelqu'un vendit une possession, ou autre chose à quelque personne et qu'il l'eut déjà vendue à un autre, en trompant par ce moyen le dernier acheteur tel faux vendeur sera pris pour un larron, punty et châtié comme tel, outre la ban de cinquante florins et plus outre a connaissance de Justice* (2).

Tales ideas debían necesariamente favorecer el nacimiento de un derecho protector del primer acreedor, incluso frente al tercero que hubiera determinado al deudor a no ejecutar. Si, pues, tal facultad ha hecho su aparición en derecho común, ello en sí mismo no tiene nada de sorprendente. Es más sorprendente que no se le encuentre en Derecho romano, en el que no se atribuía un derecho análogo al primer acreedor. Antes bien, es preciso considerar el principio de la protección del primer comprador contra un segundo de mala fe, como la *communis doctorum opinio* establecida por los Tribunales y la doctrina (3). En los autores de fin del siglo XVII y los comienzos del XVIII la idea se encuentra un poco extendida; por ejemplo, en Brunnemannus, *Comm. in Cod.*, ad. I. 15, *De rei vindic*; Voet: *Com. ad. P. VI*, I. núm. 20; Leyser: *Medit. ad Pand.*, sp. 444, m. 3; Berger: *Oecon Jur.*, II, 2, § 1, núm. 1, § 18, núm. 6.

Pero si los autores del siglo XVIII estaban de acuerdo para decir que esta regla existía y era universalmente reconocida, no lo estaban, en cambio, en lo que concierne a su fundamento y razón de ser.

En esta época los juristas buscaron una justificación de este principio, problema cuya solución no era nada fácil.

Así, Voet, a fines del XVIII, vacilando y sin pronunciarse de manera clara y definitiva, decía (4): *Sit tamen emtor secundus*,

(1) Berna, edic. 1772.

(2) *Comp. Coutumière de Grandson*, art. 139: E. Huber: *System u. Geschichte, des schweiz Privatrechts*, IV, pág. 845, remite a los principios análogos establecidos por diferentes estatutos del Tesino y de la Haute-Engadine.

(3) Ziebarth, pág. 201, nota 4, que cita como partidarios de esta opinión a Gaill, muerto en 1587, *Obser. pract.*, II, 55, n. 11; Mevius *Decis*, VI, 153; Wernher *observ.*, II, 370, 425.

(4) *Comment. ad Pand.*, VI, I, núm. 20, citado por Gruchot. *Glossem zum Allg. Landrecht*, Gruchot, 8, pág. 602 s.

sciens rem priori distractam esse, nihilominus emerit, et possessionem ex traditione fuerit adeptus, priori quidem non ob id vindicatio accommodanda est, quippe, ne cum domino; sed in factum actionem personalem ei contra secundum fraude non carentem dari oportere, quidam censem, ne dolus ei prosit.

Un interés digno de protección ha sido lesionado, y los jurisconsultos buscan el medio de ponerlo al abrigo de un atentado. Voet no sabe qué acción emplear a este fin y calla su opinión, citando sólo las de otros autores, de los que ni el nombre consigna.

La acción *in factum* de que hablan estos autores se basa en el dolo, ya que este autor tiene cuidado de añadir la razón de la existencia del derecho *ne dolus ei (emtori secundo) prosit*. Mas para admitir que haya dolo será preciso que el tercero esté ligado por una relación de derecho al primer comprador, pues sin ello no se encontraría en estado de incurrir en dolo. No es extraño, por consecuencia, ver a Voet dudar al emitir su opinión.

A principios del siglo XVIII, Leyser (1) se pronuncia de manera más decisiva: *Traditio ei non prodest, qui rem, quae ei traditur alii jam promissam esse scit.* Y expone sus argumentos como sigue: *Regula ante memorata, quod inter duos emtores aut donatores is praefertur cui prius traditio facta, tunc ex unanimi fere interpretum sententia locum non habet, cum posterior, cui tradita est res, eam jam alteri venditam aut donatam fuisse scit.* Ita Brunemann ad L. 15 C., *De rei vind. N. 6*, pluresque ibi allegati, adde Bergeri, *Supplementa ad Elec. discept. for. Part. 2*, p. 216, lex clara deficit, sed aequitas hanc sententiam tuetur, et argumentum legis. Venditor nempe, qui rem jam alteri promissam iterum, promittit, sine dubio fraudulentiter agit. Is igitur, qui fraudem hanc novit, et tamen ex ea lucrum aucupatur, fraudis particeps atque adeo beneficiis jurium indignus fit.

El vendedor que se obliga por segunda vez a entregar la cosa ya prometida, trata fraudulentamente. El tercero, cómplice y que lo sabía, es responsable en igual grado. Como el derecho común no se opone a la reparación en natura, el primer adquirente sería puesto en posesión de la cosa.

La interpretación de Leyser no da solución para el caso, por

(1) *Meditationes ad Pandectas*, vol. 8, Lipsiae, 1780, spec. 444, m. 3.

ejemplo, de un heredero que ignorando el contrato hecho por el *de cuius* y un acreedor, enajena, por la instigación de un tercero de mala fe, el objeto del primer contrato.

Parece que en este caso la acción del tercero es tan reprobable como en aquella hipótesis, pero la teoría de Leyser no permite declararlo responsable, porque el deudor no ha cometido delito.

No podemos profundizar en esta cuestión. En resumen, Leyser reconoce también el principio del derecho preferente del primer acreedor, como idea generalmente admitida.

Llegando a esta época, alrededor de 1750, ciertos autores se colocan en un punto de vista un poco distinto.

Entre los autores adversarios de la teoría del *jus ad rem* en el siglo XVIII, una sentencia de la Cour d'Appel. de Lubeck de 28 de Octubre de 1836 (1) cita a Struve, *Synt. jur. civ. Ex. 23, th. 48 in f.*; Walch : *Nähgerechte*, ed. 3, p. 94, núm. 5, y Hommel : *Rhapsod*, VI obs., 883, núm. 1. Sin embargo, no es exacto que estos juristas sean adversarios de la teoría del *jus ad rem*, y lo que ellos no admiten es la idea de un derecho de reivindicación atribuido al primer comprador. Se juzgará mejor después de haber leído lo que dice Hommel : *Re duobus vendita et posteriori emtori tradita, priorem emtorem a secundario, etiamsi hic sciverit rem jam fuisse venditam, revocare posse, pragmaticorum error est, sed ad id quod interest prior emtor adversus venditorem actionem ex emto, et adversus emtorem posteriorem fraudis conscientum ex L. Aquilia actionem, eamque utilem, recte instituet.*

En el fondo, no hay más que una cuestión de terminología, toda vez que el autor, si bien niega la acción revocatoria, deja en pie la acción de compraventa contra el vendedor, y la aquiliana contra el segundo comprador consciente del fraude.

Glück, algunos años más tarde (2), se declara de acuerdo con la opinión de Hommel negando el derecho de reivindicación al primer comprador. Tal era el estado de la doctrina cuando va a intentarse la codificación en Prusia. Tres teorías encontramos relativas al derecho del primer acreedor, pero en la práctica sus consecuencias no difieren.

(1) Citada en parte por Gruchot : *Glossen zum Allg. Landrecht*, Gruchot, 8, pág. 602 s.

(2) *Erläuterung der Pandekten B.*, 17, pág. 219.

El primer adquirente tiene un derecho de reivindicación entendido en un sentido más amplio que el ordinario, porque, en efecto, no habiendo tomado posesión el primer adquirente, normalmente no tendría ese derecho de reivindicación.

Este derecho de reivindicación estaría basado en la mala fe del segundo adquirente, pero es difícil comprender por qué la mala fe ha de producir esta consecuencia.

Las otras dos teorías conducen a la *actio in factum* y hablan igualmente de una *actio utilis*, teniendo las dos fundamento común desde el momento en que ambas parten de la *actio Aquilia* y conceden al lesionado un derecho a la reparación del daño que puede realizarse en *natura*.

En los trabajos preparatorios de la codificación, la opinión de Suárez fué contraria a la introducción de este principio en la *Preussisches Allgemeines Landrecht* de 1794 (1). Pero la opinión tradicional, defendida por la mayoría de la comisión, lo incluye. Suárez pensaba que no había ninguna razón para admitir que el conocimiento del derecho del primer contratante debiera impedir a un segundo adquirente el transmudar el derecho de obligación en un derecho real.

El Código civil prusiano contiene, por consecuencia, las dos disposiciones siguientes: Pr. Ld. R., I. 10, § 25: *Auch der welcher zur Zeit der Eintragung oder der Uebergabe den früher entstandenen Titel eines andern weiss, kann zum Nachteil desselben, die früher erhaltene Eintragung oder Uebergabe nicht vor-schützen.* (Aquel que al momento de la inscripción o de la tradición tiene un conocimiento de un derecho anterior de otro, no puede prevalecerse en perjuicio de éste, de la inscripción o de la tradición ejecutadas.)

Pr. Ld. R., I. 19, § 5: *Kann der Besitznehmer überführt werden, dass ihm das zu derselben Sache erlangte persönliche Recht des andern zur Zeit der Besitzergreifung schon bekannt gewesen sei, so kann er sich, seines, durch die Uebergabe entstandenem dinglichen Rechtes gegen denselben nicht bedienen.* (Si se puede probar que el adquirente tuvo conocimiento al momento de la toma de posesión del derecho personal de un tercero a la misma cosa,

(1) Ved la opinión de este autor en el pasaje de la *Revisio Monitorum*, citado por G. Lenz: *Studien u. Kritiken Greifswald*, 1847, p. 92.

no puede prevalecerse frente a él de su derecho real constituido por la tradición.)

La consagración oficial del principio parece sería favorable a su expansión, incluso fuera de la esfera inmediatamente afectada, pero sucedió al revés. Se establece el principio que representaba el resultado de una construcción jurídica sin indicar los elementos. Los comentaristas que se encontraban enfrente de esta disposición no percibían siempre la totalidad de la construcción edificada y se esforzaban en descubrir una relación de derecho inmediatamente visible en el texto del artículo. Es el nombre de *Recht zur Sache* por oposición a *Recht auf die Sache*, lo que llamaba más la atención de los autores.

Se ha relacionado la idea del derecho a la cosa enunciada por esos dos artículos con otro principio que también se encuentra en el Código civil prusiano y que se había llamado la teoría del título y el modo.

Según esta teoría, el contrato crea el título sobre la cosa a adquirir, pero este título debe ser todavía completado por el modo de adquisición, y es entonces solamente cuando el titular deviene propietario.

Se ha buscado de manera más o menos precisa (1) dar la impresión de que esta teoría se desenvuelve sobre la base de la idea del derecho a la cosa, y que a su lado era más fácil penetrar el carácter de este derecho. Todo lo que es preciso retener de este razonamiento es la constatación de que, en efecto, sin distinguir estas dos partes en la adquisición de una cosa, no se puede concebir un derecho a la cosa. Pero es erróneo creer que, porque la distinción existe, el derecho a la cosa esté *ipso facto* constituido. Es verdad que los autores citados no pretenden nada parecido, pero ellos atribuyen este razonamiento a los defensores de la idea del derecho a la cosa.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

(1) Foerster: *Preussisches Privatrecht*. Berlín, 1892, 823; Motive III, página 3, 1888.