

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

I

- I. Desarrollo y decadencia de la noción histórica del *jus ad rem*. La aparición del *jus ad rem*.
- II. El desarrollo de la noción.
- III. El derecho a la cosa (*Das Recht zur Sache*).
- IV. La evolución del derecho a la cosa.
- V. El *jus ad rem* del siglo xiii y el de fin del xix.
- VI. El *jus ad rem* y la noción del derecho anotado.

II

- I. Nueva investigación del problema. La teoría de la responsabilidad del tercero cómplice en el incumplimiento de una obligación.
- II. La aplicación de la teoría de la responsabilidad del tercero al caso de adquisición de la propiedad.
- III. ¿Existe el *jus ad rem* en el Derecho civil actual?

EL «JUS AD REM» EN EL DERECHO CIVIL MODERNO

En la doctrina de fines del siglo xix la expresión de *jus ad rem* era empleada para designar una figura intermedia entre el *jus in re* y la *obligatio*. Este derecho no confiere un poder inmediato sobre las cosas, pues no es un verdadero derecho real, pero atribuye a su titular un poder más grande que el fundamento sobre la obligación.

Los autores alemanes, sobre todo, han expuesto y criticado

esta teoría y han hecho notar los lazos que la unen a la *Allgemeines Preussisches Landrecht* de 1794. Este Código habla, en efecto, de un *Recht sur Sache*, correspondiente precisamente al *jus ad rem* y que se opone al *Recht auf die Sache*, es decir, al *jus in re*.

Según las reglas de este Código, el acreedor de una cosa individualmente determinada, aunque no haya todavía devenido propietario, tiene un derecho de persecución sobre ella oponible a todo tercero que la hubiera adquirido con conocimiento de su derecho, aunque éste hubiera realizado la tradición antes que él.

El problema que nos interesa se restringe, pues, a la cuestión de saber si el primer adquirente de una cosa individualizada, aunque no haya tomado posesión de ella, puede igualmente, en Derecho moderno, reaccionar contra un segundo adquirente de mala fe, y examinaremos, por tanto, si en el Derecho moderno recibe la misma solución que en la doctrina del siglo XVIII, de la que se sacó el principio que fué consagrado en la codificación prusiana de la época mencionada.

Como nosotros hablamos simplemente de *jus ad rem*, sin calificarlo de manera más precisa, podría creerse se trata de un simple estudio del caso de la doble enajenación de una cosa, pero no nos limitaremos sólo a este estudio.

La doctrina, al ocuparse de nuestro caso, se contenta sólo con el empleo de la expresión *jus ad rem*; por ello, nosotros adoptaremos esta fórmula, que tiene la ventaja de ser la más breve, y al hablar del *jus ad rem* entenderemos el derecho que el primer adquirente pueda hacer valer frente o en contra de un segundo adquirente de la misma cosa devenido propietario.

Por el contrario, no calificaremos de *jus ad rem* aquellos derechos clasificados entre los derechos reales y el derecho de obligación, y que han sido llamados por algunos autores, como Guhl, «derechos personales con efectos reforzados» (1).

Cierto autor, como Oser, declara anticipada y categóricamente que el *jus ad rem* (2) no existe en Derecho civil suizo. Sin embar-

(1) Guhl: *Personliche Rechte mit verstärkter Wirkung*. Festgabe für das B. G., 1924.

(2) Oser: *Vorbermerkung zu Art. 1-67, zweite umgearbeitete Auflage*. Zurich, 1928.

go, es preciso constatar que dos Derechos, como el alemán y el francés, que tanto han influenciado aquél, admiten en el momento actual soluciones cuyos efectos parecen referirse a los del *jus ad rem*, y, por lo tanto, no carece de interés el que examinemos rápidamente esta analogía.

Sigamos un instante el pensamiento de estas dos grandes legislaciones: la francesa y la alemana.

Un deudor que de mala fe viola la obligación contraída, es civilmente responsable; pero supongamos que la hubiese quebrantado a instigación o con ayuda de un tercero. Este tercero, ¿podrá ser declarado asimismo responsable civilmente respecto al acreedor de las consecuencias de la inejecución de la obligación? He aquí la primera cuestión que se plantea. Si se responde afirmativamente, sólo nos restará el examinar las consecuencias de esta solución. El segundo adquirente declarado responsable estará obligado a reparar el daño causado, y parece lógico y conforme a los principios del Derecho moderno que la reparación se haga en *natura*.

Nos quedará por demostrar lo fundamentado de estas soluciones.

Cuando lleguemos a ello veremos que la teoría moderna y la del *jus ad rem* conducen a resultados idénticos. En los dos casos, el primer adquirente de una cosa determinada adquiere finalmente la propiedad, incluso si un segundo adquirente ha sido puesto en posesión de ella, con tal de que este último hubiere tenido conocimiento del derecho anterior del primer contratante.

Habremos de comparar las dos teorías y comprobar si ellas conducen verdaderamente al mismo resultado.

Antes de hacerlo será indispensable examinar el carácter del *jus ad rem*, lo que nos dará ocasión de investigar por qué esta noción ha sido rechazada por un gran número de autores modernos y antiguos.

Desde el punto de vista teórico, las cuestiones que estudiaremos interesan profundamente a diversos problemas fundamentales del Derecho civil.

Pensemos, por ejemplo, en la distinción primordial entre los derechos reales y los derechos personales.

El derecho de crédito, ¿no estará, a diferencia del derecho real, en cierta manera, al abrigo de los ataques de los terceros?

¿O hay que inclinarse a los autores que admiten esa tercera categoría intermedia de derechos mixtos que, sin ser derechos reales, son oponibles a los terceros en ciertas condiciones y bajo ciertas reservas?

¿Será éste una apariencia sin fundamento? ¿Cómo explicar entonces que haya encontrado defensores?

Otra dificultad surge del efecto relativo de las convenciones. ¿Es éste un obstáculo insuperable? Habrá que examinar, para resolver esto, las diferentes jurisprudencias, pues las soluciones varían con las legislaciones, aunque todas tienden a hacer imposible a los terceros el que atenten a los efectos de la convención.

Otro problema a que afecta es el de la distinción de la responsabilidad delictual y responsabilidad contractual.

El deudor que viola una obligación contractual, ¿comete una falta delictual o, por el contrario, es un responsable contractual?

¿Cómo conciliar el principio de la responsabilidad del segundo adquirente con la idea de la buena fe de aquel que adquiere basándose en las inscripciones del Registro?

¿Cómo es posible que el propietario, según el Registro, esté obligado, sin embargo, a transmitir el derecho inmobiliario al primer adquirente?

La cuestión tiene igualmente cierto interés histórico. Siguiendo las interpretaciones que los autores le han dado a este principio después del siglo XVIII y comparándolos, se aprecia una constante evolución en un solo sentido; además, ciertos elementos de la teoría moderna se apoyan en el derecho anterior.

El interés práctico de esta cuestión en Derecho vigente es muy grande; lo que se pregunta es si en el sistema de Derecho civil moderno no existen otros medios que una anotación registral o inscripción provisoria a disposición del adquirente de un derecho real para protegerle, antes de la inscripción de su derecho en el Registro, contra las maquinaciones de un segundo adquirente eventual.

I

DESARROLLO Y DECADENCIA DE LA NOCIÓN HISTÓRICA DEL «JUS AD REM». LA APARICIÓN DEL «JUS AD REM».

Antes de abordar la cuestión de la existencia del *jus ad rem* en Derecho moderno, es indispensable examinar lo que los autores que empleaban este término entendían por estas expresiones.

Es en los textos de la Edad Media en donde se encuentra por primera vez una relación de derecho calificable de *jus ad rem*.

Entre las instituciones jurídicas de la época feudal existían dos de una particular importancia; el feudo, que da el nombre a este período, y el beneficio agregado a un oficio eclesiástico, y ambas interesaban sobre todo a las dos clases dominantes de la época, el clero y la nobleza, que se basaban precisamente sobre estas instituciones, con las que habían adquirido y mantenido su posición privilegiada.

Hay profundas analogías entre el feudo y el beneficio eclesiástico (1). En el caso del feudo, se trata de un beneficio agregado a un derecho conferido al vasallo por su señor, en tanto que en materia eclesiástica, el obispo, al investir a un clérigo de su curato, le afectaba a la vez para su mantenimiento una porción de bienes de la Iglesia (2).

Es precisamente, a propósito de estos dos derechos, el del vasallo y el del titular de un oficio eclesiástico, cuando la noción del *jus ad rem* aparece por primera vez (3).

Según el Derecho canónico, el superior eclesiástico confería el derecho real sobre los bienes que constituyan el beneficio por la colación a su titular. Sin embargo, a menudo no era libre en la elección y podía estar obligado a aceptar un candidato propuesto por un patrón laico o un capítulo. No era, pues, ilógico el recono-

(1) Stutz: *Lehn u. Pfrunde*. Sav. Z, 20, 213.

(2) Brissaud: *Manuel d'histoire*. París, 1898, pág. 598.

(3) Heusler: *Institutionen des deutschen Privatrechts*. Leipzig, 1885-86, volumen I, pág. 351. Ortolan: *Generalisation du Droit romain*. París 1885, página 75, nota 3. Roguin: *Traité de science juridique pure*. Lausanne, 1923, volumen III, núm. 1.168.

cer al futuro beneficiario, antes ya de la colación, un cierto derecho sobre aquel bien que había de recibir más tarde. Este derecho nace precisamente en el momento de la elección o de la presentación. Sin embargo, este derecho no debía ser considerado como un *jus in re* actual.

Se puede resumir su contenido por dos reglas que de él se derivan. El patrono o el capítulo están obligados definitivamente y no pueden revocar su designación (1).

De otra parte, el superior eclesiástico está obligado a conferir el derecho real a la persona regularmente designada, y esta última parece descartar a todo tercero llamado al mismo beneficio por una elección posterior (2).

El feudo era una institución basada sobre elementos análogos, y no es extraño encontrar el terreno preparado para el nacimiento de un derecho semejante en el régimen feudal.

Según las reglas del Derecho germánico, la entrega de una lanza de parte del señor confería al vasallo un derecho real sobre el feudo.

En virtud de esta vestidura simbólica, tenía el derecho de reivindicar el inmueble y el señor estaba obligado a transmitírselo. Así resulta de dos textos del *Liber feudorum*, II, F. 8, § 1.º: *Rei investitura vasallus hanc habet potestatem, ut tanquam dominus possit a quolibet possidente sibi quasi vindicare.* II, F. 26, § 15: *Si facta de feudo investitura poenileat dominum, antequam possessionem transferat, an praestando interesse vasallo liberetur, quae situm fuit. Responsum est, praetermissa illa condemnatione dominum possessionem feudi, de quo investituras fecit, tradere compellendum.*

Pero cuando, en el curso del siglo XIII, los juristas de la época se fueron familiarizando con los principios del Derecho romano, no admitieron ya la idea de la concesión de un semejante derecho real, antes de la toma de posesión verdadera, puesto que entendían que sólo la investidura real constituía el equivalente de la tradición en Derecho romano (3).

(1) Heusler, pág. 381, cita 58, X. *De elect.*, 16: *Publicato ecrutinio variare nequeunt electores, quum sit facienda collatio et electio celebranda.*

(2) Rigaud: *Le Droit réel*. Thèse 1912, pág. 89.

(3) Heusler, pág. 383.

Esta tendencia conducirá a declarar la investidura simbólica, simple contrato generador de obligaciones.

Esta es, en efecto, la opinión de Baraterius, cuando dice en *Liber feudorum*, ap. IV, núm. III: *Si quis primo investiatur re nondum tradita, ille qui posterior investitura cum traditione facta fuerit, potior habeatur.*

Pero antes de llegar a esta concepción de carácter puramente personal del derecho, derivada de la investidura simbólica, idea totalmente contraria al principio del *Liber feudorum*, los juristas habían hecho una distinción entre el derecho más fuerte conferido a un vasallo por la puesta en posesión real, y el derecho más débil, denominado *jus ad rem*, conferido por la investidura simbólica.

Esta diferencia entre los dos derechos es bien característica en el primer texto que en materia feudal empleó la expresión de *jus ad rem*. Es un texto de Baldo (1), que expone la opinión de Jacques de Revigny, muerto en 1296: *Certe ego puto, etiam per investituram verbalem et baculi porrectionem, quae abusiva investitura dicitur, feudum esse acquisitum etiam ante traditionem possessionis, cum investitulo dominus praecise cogatur tradere possessionem. Licet enim ante traditam sibi possessionem investitus jus non habet in re, habet tamen jus ad rem; nam minus est investituram facere quam eam possessionis traditione perficere.*

Heusler (2) ha objetado que la idea del autor francés era contraria a la noción que tenía el derecho germánico de la investidura, puesto que siendo ésta suficiente para transferir la propiedad del inmueble, no había necesidad de recurrir a una segunda tradición. Esta idea errónea la atribuía Heusler a la influencia del Derecho romano, y así, esta opinión no la comparten todos los autores, y algunos, como Brünneck, consideran que esta distinción entre los diversos grados de intensidad de tales derechos, antes de la puesta en posesión real, es una idea original e independiente del Derecho germánico.

Para nosotros, basta constatar que esta relación de derecho ha existido verdaderamente en Derecho feudal.

De otra parte, los dos puntos de vista existentes, concernientes

(1) Lo cita Brunneck: *Der Ursprung des jus ad rem*. Halle, 1869, página 50, nota 14.

(2) Ob. cit., pág. 382.

al origen de este nuevo derecho coinciden en admitir que, tanto en el feudo como en el caso de beneficio eclesiástico, dos actos jurídicos se suceden: el primero atribuye al adquirente un derecho menos considerable que el segundo, y la relación que en Derecho canónico existe entre la *electio* y la *colatio*, de un lado, corresponde exactamente, de otro, a la relación de la *praesentatio* a la *institutio* sobre la cosa o el bien en Derecho feudal.

Los autores alemanes han discutido largamente la cuestión de si se debía atribuir el origen de esta institución al Derecho canónico o al Derecho feudal.

La tesis del origen feudal ha sido defendida por Brünneck (1), quien declara que la noción es puramente germánica.

De igual opinión es Ziebarth (2), e incluso entre los canonistas, Inschius (3) reconoce la prioridad de la formación feudal.

La tesis del origen canónico del *jus ad rem* la ha defendido enérgicamente Gross (4), de cuya opinión ha participado igualmente Heusler (5). En su opinión, esta figura inútil y superflua ha nacido por un mal entendido de algunos romanistas al interpretar disposiciones del Derecho feudal o canónico.

Stutz (6) y Gierke (7) son de igual parecer.

Sin inclinarnos en favor de ninguna de estas tesis, nos parece que es preciso admitir con Haymann (8) que en defecto de fuentes más precisas, parece verosímil que dos evoluciones independientes, pero análogas, se han producido en los dos Derechos feudal y canónico.

Esta opinión concuerda en sus grandes líneas con la emitida por Heusler, el único autor que se ha tomado la pena de profundizar el problema estudiando los caracteres del derecho.

En cada uno de estos Derechos feudal y canónico, los juristas se preguntan qué derechos se deben conceder al vasallo, de una

(1) *Ueber den Ursprung des jus ad rem*. Halle, 1869.

(2) *Die Real execution und die Obligation*. Halle, 1866, pág. 193.

(3) *Kirchenrecht*, vol. II, pág. 652.

(4) *Das Recht an der Pfrinde*. Graz, 1887.

(5) *Institut des Deutsch Privat Rechts*. Leipzig, 1885, vol. I, pág. 387.

(6) Holtzendorf-Kohler: *Encyklopädie*, 1904, VI, pág. 846.

(7) *Deutsch. Privatrecht*, II, pág. 610.

(8) *Zur Geschichte des jus ad rem*, *Zeitschrift f. Gierke*, 1911, Weimar, página 1.167.

parte, y al beneficiario eclesiástico, de otra; no saben si elegir un *jus in re* o un *jus in personam*, y acaban por atribuirle un derecho intermedio, que califican de *jus ad rem*.

Parece que este término se encuentra en la misma época, ya en las Constituciones pontificias, ya en las obras de Derecho feudal.

Heusler lo encuentra en c. 8 in IV, *De concess. praeb.* 3, 7: *Collationes et concessiones super canonicatibus et aliis beneficiis, in quibus jus non esset quae situm in re, licet ad rem.*

Ortolan (1) constata que dicho término está mencionado en tres Constituciones pontificias, las dos primeras del siglo XIV y la última del XIV: *Vel aliorum quorumcumque beneficiorum in quibus jus non esset quae situm in re, licet ad rem.* Sexti decret., 3, 7, 8, Boniface VIII: *A jure, si quod in hujusmodi beneficio, vel ad ipsum forsitan competit.* Clementi, 2, 6. Clemente V: *Jus ad rem expectantibus dicta beneficia.* Extravag. Johan XXII, 4, 1 (siglo XIV).

Por último, Baldo, citando a Jacques de Revigny, cuya muerte remonta al 1296, declara: *Jus non habet in re, habet enim jus ad rem.*

El efecto principal de este derecho consiste para el titular en la posibilidad de obligar a todo tercero que haya entrado en posesión de la cosa a cederle su lugar.

Heusler (2) ha declarado que no hacía falta una construcción especial y que esta relación jurídica podía explicarse tanto por un derecho real como por un derecho de obligación.

Es preciso hacer notar, sin embargo, que el titular del *jus ad rem* no tiene todavía derecho real sobre la cosa, pero parece tener un derecho de persecución sobre ella.

Roguin admite que se trata de una adquisición eventual o futura de un derecho real cuya naturaleza no es discutible; pero esta interpretación no explica por qué el titular de un derecho real futuro deberá estar provisto en seguida de un derecho con efectos reales frente a ciertos terceros (3).

(1) *Institutes de l'Empereur Justinien*, t. I: *Generalisation du Droit romain*, pág. 71, nota 3.

(2) Ob. cit., pág. 384.

(3) *Science jur. pure*, vol. III, pág. 931 y sigs.

Ello quiere decir que es preciso distinguir entre la necesidad de tal construcción y la posibilidad de llegar al mismo resultado práctico por otros medios.

Será indispensable, pues, admitir lo que era opinión generalizada entre los jurisconsultos de la época, y es que la relación establecida por el *jus ad rem* no se deja de clasificar ni entre los derechos reales, ni entre los derechos de obligación.

JOSE M.^a FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

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

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximum 25.000 pesetas. Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

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

Cuentas corrientes a la vista con un interés anual de 2 y medio por 100

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

Un mes	3	por 100
Tres meses	3 1/2	por 100
Seis meses	4	por 100
Un año	4 1/2	por 100

El Banco Español de Crédito pone a disposición del público, para la conservación de valores, documentos, joyas, objetos preciosos, etc., un departamento de CAJAS DE ALQUILER con todas las seguridades que la experiencia aconseja. Este departamento está abierto todos los días laborables desde las 8 a las 14 y desde las 16 a las 21 horas. **Horas de Caja:** de 10 a 14.

Para cuentas corrientes de 10 a 14 y de 16 a 17.