



ANEXO DE LECTURAS

**CURSO “JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN
MATERIA CIVIL Y PROCESAL CIVIL”**

I NIVEL

**UNIDAD I: ALCANCES DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL EN LA
ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL PERU: ¿ES
NECESARIO REGISTRAR?.**

LECTURA OBLIGATORIA

- VIDAL RAMOS, Roger. “El Sistema de transferencia de la Propiedad Inmueble en el Derecho Civil Peruano”.

EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Roger Vidal Ramos (*) (**)

Sumario: 1. La Propiedad. 2. Derechos Reales y Derechos Obligatorios. 3. La Teoría del Título y Modo. 4. Sistemas Contemporáneos de Transferencia de Propiedad. 5. Sistemas Clásicos de Transferencia de Propiedad. 5.1 El Sistema Romano. 5.2. El Sistema Francés. 5.3. El Sistema Alemán. 6. El Sistema Peruano. 6.1. En el código de 1852. 6.2. En el código de 1936. 6.2.1. Posición de los Doctores Manuel Augusto Olaechea y Juan José Calle. 6.2.2. Posición de Alfredo Solf y Muro y Pedro M. Oliveira. 6.3. En el Código de 1984 (Posiciones de la doctrina nacional). 7. La Imperfección del Artículo 949 y la Inscripción Excepcional del Artículo 1135. 8 Desventajas del Sistema Consensual. 8.1.1. Los Costos de Transacción. 9. La Sociedad Agraria y el Crecimiento de las ciudades. 10. Conclusiones.

1. La Propiedad.-

El Código Civil define la Propiedad, por su contenido jurídico, como "El poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley" (Art. 923 del Código Civil). La propiedad es el derecho civil patrimonial más importante y en el cual reviste una serie de garantías de su protección y su transferencia, en segundo punto será la materia de análisis del presente trabajo, en primer lugar la propiedad es un poder jurídico pleno sobre un bien el cual contiene cuatro atributos clásicos tradicionales o derechos que confiere la propiedad a su titular: *usar, disfrutar disponer y reivindicar*.

El *doctor AVENDAÑO* nos ilustra de la siguiente manera: *Usar* es servirse del bien. Usa el automóvil quien se traslada con él de un lugar a otro. Usa la casa quien vive en ella.

Disfrutar es percibir los frutos del bien, es decir, aprovecharlo económicamente. Los frutos son los bienes que se originan de otros bienes, sin disminuir la sustancia del bien original. Son las rentas, las utilidades. Hay frutos

* En memoria de mi tío el doctor Uldarico Ramos Chávez y de Eric Bedoya Figueroa.

* * Socio Principal del Estudio Vidal, Melendres & Palomino Abogados (www.vmplegal.com). Título de Segunda Especialización en Derecho Ambiental y los Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Candidato a Magíster en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cursando estudios de doctorado en la misma casa de estudios. Profesor en las facultades de derecho de la Universidad Cesar Vallejo Lima Este y la Universidad de Huánuco. Es Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

naturales, que provienen del bien sin intervención humana, frutos industriales, en cuya percepción interviene el hombre, y frutos civiles, que se originan como consecuencia de una relación jurídica, es decir, un contrato.

Disponer es prescindir del bien, deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente. Un acto de disposición es la enajenación del bien; otro es hipotecario; otro, finalmente, es abandonarlo o destruirlo. La disposición es la facultad de transferir la propiedad, la facultad de disponer no deriva del derecho de propiedad sino de la relación de titularidad o pertenencia.

La reivindicación no es propiamente un atributo sino el ejercicio de la persecutoriedad, que es una facultad de la cual goza el titular de todo derecho real. El poseedor, el usufructuario, el acreedor hipotecario, todos pueden perseguir el bien sobre el cuál recae su derecho. No nos parece entonces que la reivindicación deba ser colocada en el mismo nivel que los otros atributos, los cuáles, en conjunto, configuran un *derecho pleno y absoluto*. Ningún otro derecho real confiere a su titular todos estos derechos¹.

Creemos que la reivindicación se podrá ejercer cuando exista una amenaza o agresión al derecho de propiedad o cuando se discuta su titularidad, como en la prescripción adquisitiva o los interdictos de recobrar o de retener que se manifiestan en la defensa posesoria, de lo contrario el propietario no podrá ejercer la reivindicación, ya que solo genera persecutoriedad sobre cualquier persona que atenta (habitante precario o poseedor ilegítimo) contra el derecho de propiedad, se ejercita la reivindicación en el momento preciso que el propietario se sienta o crea que es amenazado, por un sujeto ajeno a la situación jurídica entre el titular y la propiedad y por último si el propietario no se ve en la necesidad de defender su propiedad ante la amenaza de un tercero creemos que no será necesario considerar como atributo de la propiedad a la reivindicación debido a que este atributo (reivindicación) no sería constante y que solo se perfeccionaría en los momentos de ejercer la persecución del bien considerándole un atributo relativo y no absoluto.

Un sector de La doctrina nacional no comparte los atributos clásicos de la propiedad: el uso, disfrute, disposición y reivindicación (Jorge Avendaño sostiene que la reivindicación no es un atributo de la propiedad) *FREDDY ESCOBAR ROZAS* nos indica que el derecho de propiedad tiene un contenido extenso, que le permite a su titular efectuar una amplia variedad de comportamientos sobre la cosa. Solo a través de un proceso de abstracción tales comportamientos pueden ser agrupados y comprendidos por facultades específicas. Teniendo presente esto último, se puede afirmar que únicamente forman parte del contenido del derecho de propiedad las facultades de **usar, disfrutar y modificar la cosa**².

¹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Código Civil Comentado- Por los Cien Mejores Especialistas*, tomo V, Gaceta Jurídica, 1 Ed. 2003-Lima. pp. 187-188.

² ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Mitos en Torno al contenido del derecho de Propiedad*, En: Ius Et Veritas, revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XI N° 22, pp. 117. “ i) La facultad de disponer y la de gravar son manifestaciones concretas del poder jurídico, que constituye una situación jurídica subjetiva distinta del derecho subjetivo. El poder de disponer y de gravar deriva de la relación de titularidad que une a un sujeto de derechos con un derecho subjetivo (en este caso, el derecho de propiedad).

La Doctrina nos señala cuatro características de la propiedad: *es un derecho real, un derecho absoluto, un derecho exclusivo y un derecho perpetuo.*

Todo sistema de derechos de propiedad debe cumplir tres características para desarrollar la función a la que ha sido llamado: **Universalidad:** todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que sean tan abundantes que puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás (como sería, por ejemplo el caso del aire). En otras palabras, todos los recursos con consumo real deben quedar bajo un derecho de propiedad. **Exclusividad:** se debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Así, los derechos de propiedad solo aparecen cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera. **Transferibilidad:** se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos³.

Un sector de la doctrina sostiene que entre un sujeto de derecho y un bien (mueble o inmueble) existe una relación jurídica esta posición quedó obsoleta y errónea, sabemos que solo se puede hablar de relación jurídica⁴ entre dos sujetos de derecho así tenemos que el derecho de crédito o de obligación crea una relación jurídica entre el acreedor y el deudor, lo mismo es el contrato de compra-venta donde interactúan el vendedor y el comprador.

Pero cuando tenemos un derecho real solo se crea una **situación jurídica** entre el titular y la cosa, es decir el titular tiene un **poder o atribución sobre la cosa** y jamás podría existir una relación jurídica entre el bien o cosa con el titular del bien, solo existe una situación jurídica o una atribución del propietario sobre el bien del cual ejerce un poder jurídico pleno.

El maestro *DÌEZ PICAZO* nos dice “los sujetos de toda relación jurídica son siempre las personas entre quienes la relación se traba o se establece. Una relación jurídica es siempre una situación en la cual se encuentra dos o más personas. No es admisible, *en buena técnica jurídica, utilizar la idea de relación jurídica para aludir a la situación en que se encuentra una persona respecto a una cosa, una persona respecto a un lugar o varias cosas entre si. La relación jurídica es siempre relación entre personas*⁵”.

ii) la facultad de reivindicar es un mecanismo de tutela del derecho de propiedad, esto es, un instrumento que le permite al titular del mismo eliminar las consecuencias negativas derivadas de la violación, por parte de un tercero, del deber jurídico general de no invadir la esfera jurídica ajena. En tal sentido, la facultad de reivindicar no forma parte del contenido del derecho de propiedad.

³ TORRES LOPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1987, p. 49.

⁴ VIDAL RAMIREZ, Fernando. *Prescripción Extensiva y Caducidad*, Gaceta Jurídica, Lima, 1996, p. 25. “la relación Jurídica, como hemos visto, es el vínculo establecido entre dos o más personas, mientras que la situación Jurídica es la que se configura en base a la relación que vincula a las personas y a sus respectivos derechos subjetivos o deberes jurídicos, pero de modo permanente o duradero”.

⁵ DÌEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, Volumen I, pp. 49

GUILLERMO BORDA nos indica que: *i) derecho real* es un poder o facultad que se tiene directamente sobre una cosa; el típico es la propiedad, que importa un poder de señorío, de goce y de disposición de la cosa; los restantes derechos reales no son, en el fondo, sino desmembramientos de ella.

ii) derecho personal, en cambio, es la facultad que se tiene de exigir de otra persona el cumplimiento de una obligación; en otras palabras, es una vinculación jurídica, que une a dos personas (o grupos de personas) en virtud de la cual el deudor debe satisfacer al acreedor la prestación debida⁶.

La doctrina nos señala la teoría de la *obligación pasivamente universal*⁷, que nos indica que la colectividad o los integrantes de la sociedad, tienen el deber jurídico de respetar el derecho real, de la cual surge una obligación de no hacer que recae sobre la colectividad.

A entender de BORDA, sostiene que no encuentra una razón por la cual el derecho objetivo no puede amparar una relación directamente establecida entre una persona y una cosa, y el derecho rige relaciones entre las personas, puesto que su campo de acción es precisamente la coexistencia humana. Pero ello no se opone de modo alguno a que proteja ciertos bienes del hombre, teniendo en mira precisamente una posible agresión por parte de los demás individuos. Y así como hay un derecho al honor, a la vida, etc., hay también un derecho sobre los bienes que sirven para la satisfacción de nuestras necesidades económicas. ¿Qué error hay en decir, en este caso, que existe una relación directa entre el titular y la cosa? Y es que, en efecto, hay una vinculación directa entre ambos, puesto que ninguna otra persona se interpone ni puede legalmente interponerse en el uso y goce de la cosa.

Tampoco satisface la idea de la obligación pasivamente universal como características de los derechos reales, puesto que el deber de respetar los derechos que tienen los miembros de una colectividad, existe tanto en el caso de los derechos reales como en el de los personales, y aun en los de carácter extramatrimonial.

Finalmente, esta concepción supone poner el acento en algo que es completamente secundario en los derechos reales; porque lo esencial y característico de estos no es la obligación pasiva que el resto de la sociedad tiene

⁶ BORDA A. Guillermo. “Manual de Derecho Civil-Parte General”, Ed. Abelardo Perrot, Bs. Aires, 1996. pp. 359-363.

⁷ Ibidem. pp. 362-363. “La concepción clásica de los derechos reales ha sido impugnada por Planiol. Sostiene el ilustre jurista francés que *la idea de que los derechos reales establecen una relación directa entre una persona y una cosa, es falsa porque una relación de orden jurídico no puede existir sino entre personas; esta es, afirma, una verdad axiomática y elemental para la ciencia del derecho*. Y si se profundiza el análisis de los derechos reales, se vera que también en ellos hay sujeto pasivo, entre los cuales, como en los derechos personales, se establecen la relación jurídica. En nuestro caso, los derechos obligados serán todos los integrantes de la sociedad, que tienen el deber de respetar el derecho real, de abstenerse de todo hecho que lo perturbe; es, pues, un obligación de no hacer que pesa sobre el resto de la colectividad y que por ello puede llamarse pasivamente universal. De ahí se desprende que la diferencia entre derechos reales y personales no es esencial, sino que se traduce solamente en lo siguiente: mientras que en estos últimos el sujeto pasivo es determinado, en los primeros es indeterminado y de numero ilimitado.

de respetarlos, sino el poder de goce y disposición que se reconoce al titular sobre la cosa⁸.

El derecho de crédito o de obligación crea una relación jurídica entre el acreedor y el deudor. En cambio, el derecho real solo crea una situación jurídica entre el titular y la cosa⁹.

Se emplea en dos sentidos uno impropio y otro riguroso; en el primero, se refiere, en general, a los bienes y derechos patrimoniales. Cuando se habla entonces de propiedad, se alude a todo aquel o cualquiera de ellos.

En el segundo, significa uno de los derechos patrimoniales sobre bienes: el máximo posible. En este sentido la propiedad puede ser definida como el poder jurídico pleno sobre una cosa, poder en cuya virtud esta –en principio- queda sometida directa y totalmente (es decir en todos sus aspectos y utilidades que pueda proporcionar) a nuestro señorío exclusivo¹⁰. Con lo que sostenemos que entre una persona y un derecho real existen una situación jurídica, relación de dependencia del bien a favor de la persona, y la potestad que tiene el sujeto del derecho real sobre la cosa o el bien.

2. DERECHOS REALES Y DERECHOS OBLIGACIONALES

Los derechos patrimoniales se distinguen en dos grupos derechos reales y derechos de obligación (crédito) es necesario indicar algunas ideas que nos ayudaran a diferenciar estos derechos patrimoniales; los glosadores dividieron en *ius in rem* y el *ius in personam*, basándose en la oposición que había formulado el Derecho romano entre el *actio in rem* y el *actio in personam* es que se distingue entre derechos reales y derechos de obligación.

En los derechos reales, el objeto del derecho lo constituyen los bienes y las cosas, mientras que en los derechos de obligación el objeto del derecho lo constituyen las prestaciones ajenas en cuanto puedan proporcionar una cierta utilidad al acreedor. Igualmente, los derechos reales giran alrededor del derecho de propiedad y sus desmembraciones, y la relación es entre el sujeto al que corresponde el derecho y el bien objeto de el, mientras que en los derechos de obligaciones la relación es de persona a persona, entre sujeto activo o acreedor, y sujeto pasivo, o deudor; por lo tanto, la relación con las cosas es siempre indirecta a trastes de las personas comprendidas en la prestación, son derechos de naturaleza transitoria, pues la facultad correspondiente a ella se agota al hacerse efectiva, mientras que las facultades correspondientes a un deber jurídico distinto al obligacional no se agota por su uso normal.

⁸ Ibidem. pp. 366.

⁹ LA PUENTE LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre El Contrato de Compraventa*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 11.

¹⁰ ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil I, Tomo III, Derecho de Bienes*, Vol. I. Barcelona; Librería Bosh 3ª. Ed. 1977, pp. 243-245.

Las consecuencias que se derivan de los derechos reales y de los derechos de obligación son también distintas. Así, la pérdida de la cosa en los derechos de propiedad importa la extinción del derecho, lo cual no sucede en todos los casos cuando se trata de los derechos de obligación, por cuanto ellos subsisten transformándose en la indemnización de daños y perjuicios. El derecho real tiene entre sus atributos la persecución (*rei persecutoria*) mientras el de las obligaciones no. de otro lado, el derecho obligacional puede consistir en un dar, hacer o no hacer, y el derecho real da nacimiento a una obligación de no hacer (de los demás) de carácter universal.

Finalmente, debe destacarse que los derechos reales son oponibles a todos (*erga omnes*) y los derechos de obligación se caracterizan justamente por lo contrario, ya que son oponibles únicamente a un sujeto determinado, específico. De allí que a los primeros se les llama absolutos, y a los segundos relativos¹¹.

3. LA TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO.-

No se puede dejar de hablar de derechos reales ni mucho menos de Transmisión de propiedad Inmueble en nuestra legislación sin dejar de mencionar y explicar la importancia de la teoría del título y el modo motivo por lo cual es necesario conocer la definición de título y modo, los cuales son legados del derecho romano y son numerosos sistemas jurídicos y legislaciones que adoptaron la mencionada teoría. Recalcamos que estos conceptos serán mencionados desde diversas concepciones de autores doctrinales nacionales y extranjeros durante la extensión del presente trabajo.

Título (palabra utilizada aquí, no en el sentido de documento, sino en el de *fundamento jurídico*) es el acto (por ejemplo, compraventa) por el que se establece la voluntad de enajenación (adquisición para la otra parte) del derecho¹²; y el **Modo**, es el acto (consistente, como he dicho, en la entrega, con animo de transmitirlo, de la posesión del derecho cuya enajenación se estableció) por el que se realiza efectivamente la enajenación por el transmitente, que es adquisición para el adquirente.

Sin *modo* subsiguiente, el *título* es insuficiente para producir la adquisición del derecho real y sin título previo, la entrega (el modo) no transfiere (hacer adquirir al que la recibe) el derecho real. Por ejemplo, si no hubo anteriormente contrato de compraventa, pero se entrega la cosa, el que la recibe adquiere su posesión (ya que esta es la tenencia efectiva de la misma, y esa la ha recibido), pero no se convierte en dueño (no adquiere la propiedad: derecho real).

DÍEZ PICAZO, sostiene que la tradición por si sola no sirve para transmitir el dominio, pues la entrega o la transferencia de la posesión es en si misma un

¹¹ FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*, Ed. Grijley, Lima, 3era. Ed. 2004, pp. 8-9.

¹² ALBALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pp. 138-139.

acto incoloro y ambiguo, al que solo dota de sentido el negocio jurídico antecedente celebrado por las partes, que justifica la transmisión¹³.

El título es el acto del cual fluye la obligación de enajenar un inmueble determinado y el modo de transferencia¹⁴, para nosotros el título es la fuente, la causa jurídica del contrato del cual deriva una determinada obligación y el modo la consecuencia que sería la transferencia de propiedad.

El proceso adquisitivo se produce, pues en dos etapas. En la primera, como consecuencia del Título, el futuro adquirente recibe ya un derecho de crédito a que el futuro transmítente le transfiera el derecho real de que se trate. Se esta entonces en el campo del derecho de obligaciones. Uno puede exigir y el otro debe realizar una prestación: la conducta que consiste en transmitir el derecho real. En la segunda etapa, el enajenante cumple su obligación, que consiste en realizar el modo o acto transmitido del repetido derecho¹⁵.

La doctrina peruana se encuentra dividida en *dos sectores*: uno de ellos opina que el sistema peruano de adquisición de la propiedad esta articulado en la aplicación de la teoría del título y el modo para el caso de los bienes muebles y la aplicación del principio de la transmisión *solo consensus* para el caso de los bienes inmuebles; *el otro* sector sostiene que tanto para el caso de los bienes muebles como para el de los bienes inmuebles debe aplicarse la teoría del título y el modo¹⁶.

En los bienes muebles se establecen que si es posible la celebración de dicho tipo de contrato, en tanto la transferencia de propiedad inmueble opera en dos momentos: uno que refiere al título (*que genera el efecto obligatorio*) y otro que se produce con el modo (*que transfiere la propiedad*), es así que no resultara necesario que en el momento de la suscripción del título el vendedor sea propietario, lo que si será indispensable al momento de la tradición¹⁷.

¹³ DÍEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid 1983. Ed. Tecnos S.A., Vol. II, pp. 648-649. “es necesaria, pues, la yuxtaposición de dos elementos en algo que se puede considerar como un supuesto completo de formación sucesiva: el contrato antecedente y el traspaso posesorio. Solo la yuxtaposición de ambos elementos, cuando ambos actos jurídicos existen y son validos, determina la transmisión. Si únicamente ha existido el primero, habrá entre las partes una simple relación con puro valor obligacional. Se ha existido *traditio*, pero no habrá existido una verdadera transmisión de la propiedad, de modo que el tridente sigue siendo propietario, el accipiente no habrá llegado a serlo nunca y el primero podrá ejercitar una acción real reivindicatoria, tanto frente a los posibles poseedores” (sub. adquirentes de este).

¹⁴ VEGA MERE, Yuri. (ideas vertidas al autor en correspondencias por mail) “que la ley en mi concepto, el propio art. 949 que toma como título el acto y la ley que actúa como mecanismo de transmisión de la titularidad. Por supuesto, existen excepciones como es el caso de la venta de bienes genéricos o de bienes ajenos, por ejemplo, que impiden que la ley atribuya un efecto real al acto del cual surge la obligación.

¹⁵ ALBALADEJO, Manuel. *Op. Cit.* T. III, Vol. I, pp. 138-139.

¹⁶ LA PUENTE LAVALLE. Manuel, *Estudios sobre El Contrato de Compraventa*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pp. 23-24. El primer sector argumenta que toda obligación se cumple mediante la ejecución de una prestación, que es un comportamiento o actividad del deudor y que el artículo 949 el código civil, al establecer que la adquisición del derecho de propiedad de un inmueble determinado no requiere de la conducta del deudor –como se necesita en cambio para la transmisión del derecho de propiedad de una cosa mueble- debe ser entendido en el sentido que esa transmisión no deriva del cumplimiento de una obligación sino que emana directamente del contrato, sin que sea necesario el expediente de crear una obligación, (Tesis sostenida por Hugo Forno) y otra posición es la de sostener que en la compraventa inmobiliaria el comprador se convierte en propietario por haberse perfeccionado su adquisición (tesis Jack Bigio).

¹⁷ BELTRAN PACHECO, Jorge. *La Ineficacia del Acto Jurídico*, En: Cuadernos Jurisprudenciales, Gaceta Jurídica, Año: 1 Nro. 6, p. 6.

HUGO FORNO, nos ilustra, como se sabe, en el derecho romano existía una clara separación entre lo que hoy se conoce como el título y el modo. *El título era la justificación jurídica en cuya virtud se sustentaba un desplazamiento patrimonial, y el modo el mecanismo establecido por el derecho para producir tal desplazamiento*¹⁸.

4. SISTEMAS CONTEMPORÁNEOS DE TRASFERENCIA DE PROPIEDAD.-

En el derecho occidental contemporáneo existen dos grandes sistemas de transferencia de propiedad, a saber: el *sistema de la unidad del contrato* y el *sistema de la separación del contrato*. El primer sistema se caracteriza por exigir la celebración de un solo negocio jurídico en el cual reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad. El segundo sistema, en cambio, se caracteriza por exigir dos negocios jurídicos, uno obligacional y otro dispositivo, en los que, con distintas características y consecuencias, reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad¹⁹.

4. 1.) Sistema de Unidad del Contrato

4. 1.1.) Sistema Transmisivo de la causa única.- Que establece que el contrato es la fuente directa del efecto traslativo de la propiedad por lo cual no requiere del modo que haga pública la adquisición de la propiedad; es decir el solo consentimiento (simple acuerdos de voluntades) es la causa del nacimiento del derecho del nuevo propietario; en efecto en los denominados sistemas de causa única, al reputarse a la voluntad suficiente para -producir la mutación jurídico-real, puede afirmarse que el contrato adicionalmente a que pueda producir efectos obligatorios- esta en la capacidad de producir efectos reales. *Dentro de este sistema encontramos el siguiente sub. Sistema.*

4.1.2.) Sistema consensual o espiritualista.- Virtud del cual solo el consentimiento de las partes hace propietario al comprador; es decir se expresa en su mas lato grado la autonomía de la voluntad (*hoy autonomía privada*) es aquella posibilidad que tiene la persona como poder de autorregulación o autorreglamentación, de creación de preceptos privados de conducta para ejercer facultades y conformar relaciones jurídicas por la sola decisión del individuo, para ejercer derechos subjetivos o actuar a través de la idea del negocio jurídico²⁰.

¹⁸ FORNO FLOREZ, Hugo. *El Contrato con Efectos Reales*, En: Ius Et Veritas, revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 7, Lima 1993, pp.79. (77-87).

¹⁹ ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El Contrato y los Efectos Reales*, En: Ius Et Veritas revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XIII N° 25, pp. 46.

²⁰ VEGA MERE, Yuri. *Contratos de Consumo*, Grijley-Lima-Perú. 2001. p. 27.

Inspirados en este sistema ubicamos: al sistema italiano (artículo 1376 de su Código Civil), el sistema francés (artículo 1138 de su C.C.), el sistema portugués (artículo 408 de su C.C.), el sistema mexicano (artículo 2014 de su C.C.), el sistema venezolano (artículo 1161 de su C.C.).

4.2.) Sistema Transmisivo de doble causa.- Nos indica que el contrato no es suficiente para generar la transferencia de propiedad y que necesariamente requiere un signo o modo de reconocibilidad social cuya finalidad consista en publicitar a la colectividad de la adquisición del derecho de propiedad. Los denominados sistemas transmisivos de doble causa, consideran a la voluntad insuficiente para producir efectos reales, estos solo pueden producirse a través de “actos de disposición”. En la teoría de la doble causa, el acto que crea la relación obligatoria se denomina “acto de obligación”, “título” o “causa remota” (ej. El contrato de compraventa). El acto que produce el efecto real es el “acto de disposición”, “modo” o “causa próxima”, por medio de este la situación subjetiva sale del patrimonio del transmitente e ingresa al del adquirente (ej. La tradición, la inscripción, etc.²¹). Dentro del presente sistema tenemos los siguientes subsistemas.

4.2.2. Sistema Real o de Tradición o Sistema de la unión del título y el modo.- Reconocido en nuestro sistema jurídico para la transferencia de bienes muebles; los países que se acogen a este sistema son: el sistema español (Arts. 609 y 1095 de su C.C.), el sistema argentino (Arts. 577, 2524, 2601 y 2609 de su C.C.), el sistema cubano (art. 178 de su C. C.) y solo para la transmisión de que bienes recoden este sistema, el sistema chileno Arts. 670 y 684 de su C.C.), el sistema ecuatoriano (Arts. 740 y 754 de su C.C.) y el sistema peruano (Art. 947 de nuestro código civil valido para muebles).

4.2.3. Sistema Registral Constitutivo no Convalidante.- En este sistema el registro no es convalidante puesto que de operar un defecto en la validez del acto o contrato (causal) el acto del registro también resultaría ineficaz estructural o invalido. Este sistema es adoptado solo para inmuebles por el sistema brasileño (art. 676 de su C.C.).

4. 3.) El Sistema de Separación del Contrato.- El sistema de separación tuvo su origen en la revisión crítica a la que fue sometida en *Alemania del siglo XIX*²² la teoría del título y el modo, este sistema postula de la separación de los contratos, es decir existen dos contratos o actos jurídicos, uno que

²¹ FERNANDEZ CRUZ, Gastón, *La Obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la Propiedad inmueble en el Perú*. En: Themis-Revista de Derecho N°. 30. Lima. 1994. pp. 160. “en la teoría de la doble causa el “acto de obligación” (título) y el “acto de disposición” (modo) son dos actos distintos pero dependientes”.

²² ESCOBRA ROZAS, Freddy. *El contrato y los Efectos reales* Ob. Cit. pp. 49. “en la Alemania del siglo XXI aun tenía apogeo la teoría del título y el modo, que había hecho suya la primera interpretación y que evidentemente había debilitado a la vieja *traditio* romana. Con la promulgación del *Code* , esta última sufrió un mayor debilitamiento, en tanto que fue expresamente eliminada como requisito para que se produzca la transferencia de propiedad

produce los efectos obligatorios y otro que genera la transferencia de la propiedad. De acuerdo al sistema recogido en el BGB, los negocios obligacionales quedan absolutamente separados de los negocios de disposición. Los primeros crean los vínculos de obligación que sirven de fundamento o base para la transferencia de propiedad. Los segundos por su parte, acompañados de la inscripción registral (cuando se trata de inmuebles) o de la entrega (cuando se trata de muebles), son los que producen la referida transferencia, el sistema de separación del contrato supone, entonces, la concurrencia de dos negocios jurídicos y de un acto ejecutivo real²³.

Así, a pesar que el acto jurídico generador de efectos personales fuese inválido el acto del registro resultaría plenamente eficaz estructural. Este sistema es conocido como el sistema de transferencia de propiedad registral convalidante, dado que se produce una suerte de convalidación del vicio causal al continuar el adquirente del bien con el derecho de propiedad. Ubicamos dentro del sistema de Separación del Contrato dos sistemas: El Sistema Registral Constitutivo y El Sistema Real Abstracto. Finalmente, en lo que respecta al grupo de sistemas transmitidos de causa abstracta, acogen para inmuebles, el sistema registral constitutivo convalidante: el sistema alemán (artículo 873, I parte, BGB), el sistema suizo (artículo 971) de su Código Civil) y el sistema Torrens australiano.

5. SISTEMAS CLASICOS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD²⁴.-

5.1 EL SISTEMA ROMANO.-

El Ilustre y recordado Maestro *MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET*, nos menciona que en Roma, primitivamente existían tres modos de transmisión de la propiedad: (i) la *mancipatio* y (ii) la *in jure cessio* para las *res mancipi* y la (iii) *traditio* para las *res nec mancipi*.

Según Cayo, eran *res mancipi* las cosas mas preciosas: “los fundos y cosas situadas en Italia, los esclavos y animales que es costumbre domar por el cuello o por el lomo, por ejemplo , los vacunos, los caballos, las mulas y los asnos; también las servidumbres rusticas²⁵.

Eran *res nec mancipi*, en cambio, las otras cosas: sumas de dinero, animales salvajes, la *mancipatio*, que se empleaba para la enajenación de las *res mancipi*, era un acto formal celebrado en presencia de cuando menos cinco testigos “en una balanza,

²³ LARENZ, Kart. *Derecho de Obligaciones*, Madrid: Revista de Derecho Privado. Citado por ESCOBAR ROZAS, Freddy, *El Contrato y los Efectos Reales*, Ob. Cit. pp. 50.

²⁴ BELTRAN PACHECO, Jorge. *Exorcizando el espiritualismo: registro vs. Consenso en la transferencia de propiedad inmobiliaria*. En: *Dialogo con la Jurisprudencia*. N° 38. 2001. pp.81-85. “los sistemas de transferencia de propiedad existentes en la doctrina han sido reunidos, clásicamente, en tres grandes sistemas: el sistema romano de transferencia de propiedad o de la tradición; b) el sistema espiritualista o francés; y, c) el sistema alemán o del registro.

²⁵ ARIAS-SCHREIBER PESET, Máx. *Exégesis*, Tomo IV, Gaceta Jurídica, 1998, pp. 307.

las librepens, que deberían llevar los contratantes, se pesaba un objeto representativo del objeto del contrato y del otro plato se colocaba un pedazo de cobre, por ejemplo, que simbolizaba el pago, además debían pronunciarse formas sacramentales a fin de que se entendiese materializada la adquisición.

La *in iure cessio* utilizada también para la transferencia de las *res mancipi*, era igualmente un acto formal, pero se celebraba delante del Pretor. Este modo implica una reivindicación simulada. En efecto, el adquirente alegaba la propiedad del bien ante el pretor y el enajenante se allanaba a ello. La *traditio* (tradición) era empleada para alinear las *res nec mancipi*. Suponía la entrega física del bien, de común acuerdo entre el *tradens* (el que entrega la cosa) y el *accipiens* (el que la recibe)²⁶.

En Roma la voluntad ni la obligación²⁷ podían transmitir por si sola la propiedad, para que esto ocurriera, era necesaria la presencia de un acto exterior, sea formal (como la *mancipatio* o la *iure cessio*) o material (como la *traditio*) con el transcurso del tiempo, los actos formales entraron en crisis, de modo que en cierto momento la transferencia de propiedad únicamente opero a través de la *traditio*²⁸.

En Roma los contratos no transferían nunca la propiedad, la transmisión de los derechos reales sobre las cosas y, particularmente, el dominio, requería no solo el consentimiento de las partes, sino también la tradición, es decir la entrega material de la cosa. Se distinguía así entre el contrato propiamente dicho y la transmisión del derecho real. Para el primero, bastaba el acuerdo de voluntades; para la segunda era necesaria la tradición. La tradición obedecía a una razón de publicidad; se partía del concepto de que interesando los derechos reales a toda la comunidad, la transmisión de ellos debía manifestarse por caracteres visibles y públicos, ya que no es posible pedir el respeto de derechos que no se conocen. En suma, el derecho romano comprendió la importancia de la publicidad en materia de derechos reales y arbitro esta forma de publicidad que es la entrega de la cosa²⁹.

Concluimos con mencionar que en Roma los contratos no transferían nunca la propiedad y era necesario un acto material como en la *mancipatio*, en la *cessio in iure*, en la *traditio* usucapión, la transmisión de la propiedad inmueble se ejercía primero con el título y luego con el modo.

²⁶ ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Máx. Ob. Cit. pp. 308.

²⁷ OSTERLING PARODI, Felipe- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. I XVI, primera parte, Tomo I, pp. 371-372. “el vendedor no se obliga a hacer al comprador propietario, a menos que existiera estipulación hacer al comprador propietario, amenos que existiera estipulación formal; su obligación se limitaba a hacerle tener la cosa vendida, es decir, a probarle la pacífica posesión a título de propietario” (En Roma y el antiguo Derecho Francés, la venta no tenía por efecto, de parte del vendedor, sino el de crear contra el la obligación de procurar al comprador el libre disfrute de la cosa, y no la propiedad misma).

²⁸ CUENA CASAS, Matilde. *Función del Poder de Disposición en los Sistemas de Transmisión Onerosa de Derechos Reales*. Barcelona: Bosch, 1996. pp.42 y 43. Citado Por: ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El Contrato y los Efectos Reales*, Ob. Cit. pp. 46-47. La diferencia de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, que suponía la existencia de una voluntad dirigida a transferir la propiedad, la *traditio* no suponía necesariamente la existencia de tal voluntad, pues podía servir también para transferir otros derechos reales (uso), en tal sentido a efectos que la *traditio* pudiera provocar la transferencia de propiedad, se exigió que la misma estuviese acompañada de un *animus* específico (*animus transferendi et accipiendi dominii*), que demostrare la voluntad del *tradens* y del *accipiens* de transferir y adquirir, respectivamente, la propiedad de la cosa. Aparentemente, sin embargo, también se exigió que la *traditio* estuviese precedida de una *iusta causa*, esto es, de una justificación del *animus* en cuestión, que dejara claro el motivo por el cual se realizaba la transferencia de propiedad: *pro emptio, pro donatio*.

²⁹ BORDA, Guillermo A. *Manual de Derechos Reales*, Ed. Perrot, Bs. Aires, Cuarta Ed. pp. 192.

La separación del contrato en dos momentos en Roma³⁰, no fue por un simple capricho, la razón se justificaba de establecer un mecanismo objetivo de publicidad sobre la transmisión del derecho. Una publicidad que permite conocer a la comunidad de las transferencias de propiedad realizadas.

5.2. EL SISTEMA FRANCES.-

Según el código francés de 1804, Código Napoleónico trascendental en las legislaciones civiles hispanoamericanas, nos indica que la propiedad de los inmuebles se transfiere como efecto de la estipulación, del consenso (*consensus*); la obligación de entregar se reputa idealmente ejecutada; La tradición que resulta luego del pacto es un acontecimiento que no transfiere el dominio, sino solo de poner al adquirente en aptitud de servirse del bien. La obligación nace y muere sin solución de continuidad; hay por expresarlo un modo, una tradición de derecho implícita, la convención pone los riesgos del bien a cargo del acreedor convertido en propietario por el solo consentimiento.

El sistema consensual parte de la base de que el derecho real nace directamente del mero consentimiento de las partes que contratan³¹. Así podemos mencionar que para el transmisor de los derechos reales, basta el solo contrato (*convención*), sin necesidad de la tradición (*entrega*); las transferencias de bienes tienen lugar por el simple consentimiento.

El consentimiento viene a reemplazar la tradición, pues las partes entienden que se realiza la tradición cuando así se obligaron. De esta manera, el sistema francés considera que vender es enajenar, y *PLANIOL*, dice que ambas nociones eran muy distintas en la antigüedad, y que hoy se confunden³², el comprador pasa a ser propietario y acreedor al mismo tiempo, acreedor dentro de la relación obligatoria y propietario por la misma razón, sin mas, no es necesario otro requisito mas que la voluntad de las partes contratantes.

Los hermanos *MASEAUD*, sostienen diversas disposiciones del Código Civil afirman el principio de la transmisión "*solo consensus*" (por el simple consentimiento), la voluntad, toda poderosa para crear obligaciones, es todo poderosa igualmente para producir, sin ninguna formalidad ni tradición, transmisión de derechos reales, ***el contrato además de su efecto obligatorio, posee un***

³⁰ FORNO FLORES, Hugo. Ob.Cit. pp. 80. "a partir de Justiniano se amplia el concepto de *contractus* para comprender no solo a los acuerdos bilaterales constitutivos de obligación sino también a los acuerdos bilaterales que constituyen o transfieren derechos reales, pero advertido el diferente efecto que producen ambos tipos de acuerdo en cuanto que unos constituyen la causa de la atribución, se acentúa en el derecho común la necesidad de mantenernos diferenciados y se designa a los primeros con el nombre de *titulus adquirendi* y a los segundos con el de *modus adquirendi*".

³¹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*-Tomo III. Ed. Civitas. Madrid 1988. pp. 111.

³² *Ibidem*. pp. 534.

efecto real, la compraventa, por ejemplo, no solo crea obligaciones entre las partes, sino que el transmite al comprador la propiedad de la cosa vendida³³.

La entrega es importante, pero esta entrega no transmite el derecho real, la entrega se justifica no para adquirir o transmitir el derecho, sino porque este ha sido ya transmitido o adquirido, es tradicional la opinión de *ALBALADEJO*, **al sustentar que la entrega es un simple traspaso posesorio y no una tradición**³⁴ (entrega de la posesión con animo de transferir el derecho de la cosa), con ello demuestra que en el sistema francés, uno es propietario con el solo consentimiento, y que la entrega de la propiedad es un simple traspaso posesorio del bien, con el fin de que el propietario pueda ejercer sus potestades de propiedad sobre el bien.

El Código Civil Francés tomando como base el principio de la voluntad, considera que el simple acuerdo entre las partes es suficiente para que se realice la transmisión de la propiedad³⁵.

La voluntad del individuo es considerada como instrumento todo poderoso al punto que en ella se hace reposar la justificación y razón de ser el contrato³⁶. El código de Napoleón marco el triunfo de la voluntad sobre el formalismo jurídico; en consecuencia, protegió fundamentalmente a los adquirentes convertidos de manera inmediata en propietarios, mientras el transmitente solo podía ejercer las acciones personales o de impugnación del contrato.

Según el código francés, la propiedad de los inmuebles se transmite como efecto de la estipulación, conforme a este sistema la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto, es un hecho que no tiene la virtud de transferir el dominio, sino únicamente de poner al adquirente en aptitud de servirse de la cosa, *“la obligación nace y muere sin solución de continuidad”*³⁷.

El Sistema francés se estableció sobre la base de los siguientes principios: **i)** la inscripción que contendría por objeto hacer oponible los actos frente a terceros, **ii)** el registro sería personal, **iii)** los actos celebrados intervivos necesariamente deberían ser inscritos, **iv)** la inscripción no convalidaría los vicios de los títulos, ni impediría las acciones reivindicatorias, **v)** los registros serían accesibles a todos los interesados en el inmuebles, **vi)** de un lado, se llevaría un registro de hipoteca y, del otro, uno de la propiedad y sus desmembraciones.

³³ MASEAUD, Henri y León y MASEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil-Derechos Reales Principales (El Derecho de Propiedad y sus desmembraciones)*, Parte Segunda: Volumen IV, Ed. Jurídica. Europa-América, Buenos Aires-1960, pp. 323-324

³⁴ ALBALADEJO Manuel. Ob. Cit. pp. 234.

³⁵ VAZQUES RIOS, Alberto. *Los Derechos Reales: La propiedad*, Ed. San Marcos, Lima-Perú, p. 100.

³⁶ FORNO FLOREZ, Hugo. Ob. Cit. pp. 81 “la propia idea de libertad de actuación de los particulares encuentra su justificación en la voluntad individual (la llamada autonomía de la voluntad).”

³⁷ OSTERLING PARODI, Felipe- CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. Cit. pp. 412 “Se considera perfecta y ejecutable en el mismo momento de su formación. El consentimiento decía Bigot-Preameneu, perfecciona por sí solo la obligación de entregar la cosa y no hay necesidad de tradición real para que el acreedor sea considerado propietario de ella. Por el contrato, afirmaba Portalis, se opera una especie de tradición civil, y Marcade agrega: la convención de dar crea la obligación; la obligación de dar lleva consigo la de entregar; el cumplimiento de esta obligación por la tradición trasfiere la propiedad; la tradición no necesita ser real, porque el consentimiento lleva en sí un tradición fingida que produce el mismo efecto; y esta tradición realiza el desplazamiento automático del dominio.

En conclusión el derecho francés desarrolla un sistema de transmisión y adquisición de derechos reales distinto del sistema dual (título y modo) por lo cual solo se basa en el “*solo consensus*” es suficiente para adquirir la propiedad de un bien inmueble, una vez transmitido el derecho de dominio como efecto inmediato del contrato, la obligación del vendedor consistirá en permitir la posesión real y efectiva del bien, en propiedad del comprador.

5.3. EL SISTEMA ALEMAN.-

La transferencia de los inmuebles se realizaba en dos fases: el negocio jurídico y el acto traslativo del dominio. En Alemania prima el criterio de la “*Ausflassung*” que es un acuerdo abstracto de transmisión entre el adquirente y el enajenante. Según el código alemán y su doctrina comparada casi siempre existe un deber de emitir declaración de “**auflassung**” emanado de la relación causal básica, es por eso que el vendedor debe hacer todo lo posible y todo lo que este al alcance de sus manos para conseguir la transmisión de propiedad, si se niega a emitir por su parte la declaración requerida, puede ser demandado en tal sentido. El “**Auflassung**” también puede ser judicial y extrajudicial; será judicial cuando al igual que la “*in iure cessio*” era un juicio simulado; el adquirente demandada al enajenante la entrega de la cosa, este de allanaba a la demanda y el juez resolvía a favor del accionante entregándoles judicialmente la posesión; será extrajudicialmente cuando el contrato se perfecciona con la inscripción de la transmisión de la propiedad en el libro territorial. A este sistema se le conoce con el nombre del registro.

El que compra una cosa quiere adquirirla no solo para aprovecharse de ella temporalmente, sino con carácter definitivo y excluyente y para disponer de ella; por lo tanto, con la sola entrega de la cosa el vendedor no ha cumplido su obligación totalmente: esta obligado a proporcionar la propiedad sobre ella. La transmisión de la propiedad esta regulada en el derecho de cosas. Esta transmisión, cuando se refiere a cosas muebles, exige la entrega y el acuerdo de ambas partes de “transmitir la propiedad” no se contiene en el contrato de compraventa, sino que es necesario un especial contrato “real” diferente, cuyo único contenido es que la “*propiedad sea transmitida*”, este contrato real es independiente del contrato de compraventa que le sirve de base, es decir, es un contrato “abstracto”³⁸.

En el sistema germano de la separación del contrato (artículos 873, 925 y 929 del Código Civil Alemán) el consentimiento no es suficiente para la traslación de la propiedad y esta se produce desdoblada, según se trate de bienes muebles o inmuebles.

En el primer caso se requiere la tradición, sea física o espiritualizada, en tanto que en el segundo es necesaria la inscripción del contrato en el registro de la propiedad o en los libros territoriales³⁹.

³⁸ LA PUENTE LAVALLE, Manuel. *Perfeccionamiento de la Transferencia de la Propiedad*, En: Folio Real año III N°. 7 febrero 2002, pp. 104.

³⁹ ARIAS SCHEREIBER-PEZET, Máx. *Exégesis*, Tomo II. Gaceta Jurídica, 1998. Lima-Perú. pp. 25.

6. EL SISTEMA PERUANO.-

El sistema peruano de transferencia de propiedad inmueble es por excelencia de herencia e influencia francés, por lo cual adopta el sistema espiritualista francés o sistema declarativo, el antecedente del artículo 949 del Código Civil de 1984 lo ubicamos en el artículo del Código Civil de 1936 que a la letra regulaba *“la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario”* norma que también estaba contenida en el Código Civil de 1852 en sus artículos 574 y 1306. Todos los artículos mencionados abandonan el sistema del derecho romano del título (el consentimiento) y el modo (la tradición), adoptando el sistema espiritualista francés para la transmisión de propiedad de bienes inmuebles determinados.

6.1. EN EL CÓDIGO DE 1852.-

Este código es influenciado eminentemente por el código de napoleón, en el cual considera que solo el consentimiento *“consensus”* era necesario para poder transferir la propiedad inmueble.

Al celebrarse el contrato de compraventa simple con el solo consentimiento de las partes, y al operar en aquella la transferencia de propiedad de la cosa *“aun antes de su entrega y pago del precio”*, debemos entender que la transferencia de la propiedad (al igual que el derecho francés) en los contratos de compraventa simple, operaba automáticamente, al momento del nacimiento de la obligación de enajenar, urgida de su celebración⁴⁰.

6.2. EN EL CÓDIGO DE 1936.-

En este cuerpo legislativo, en la sección segunda del libro Quinto, del Derecho de Obligaciones, relativa a las Obligaciones y sus Modalidades, incluye el artículo 1172, en el que se ratifica el principio del artículo 1308 del Código Civil de 1852, pero exclusivamente para bienes inmuebles: **Artículo 1172.-** *“la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario”*.

No podríamos hablar del sistema de transferencia de propiedad inmueble en el código de 1936, sin dejar de mencionar los ilustres e intensos debates de la comisión Redactora del Código de 1936.

Uno de los puntos que fue materia de intensos y brillantes debates, y que más avivó el interés de la Comisión, fue el concerniente a la transmisión de propiedad de bienes inmuebles. Todos los integrantes de ella tuvieron la honrosa misión de elaborar el código mencionado, estuvieron de acuerdo que el viejo sistema

⁴⁰ OSTERLING PARODI, Felipe- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Ob. Cit. , pp. 407.

todavía imperante, *sustentado en el simple consentimiento*, es imperfecto, tanto por inseguro y que en el curso de su vigencia y de su aplicación, ha dado origen a opuestas e inconciliables discusiones e interpretaciones.

6.2.1. POSICION DE LOS DOCTORES MANUEL AUGUSTO OLAECHEA Y JUAN JOSE CALLE A FAVOR DEL SISTEMA FRANCÉS O DECLARATIVO.-

El Dr. El Dr. Olaechea, consideraba que el sistema mas favorable a adoptar en el país era el sistema francés, y consideraba que el *sistema argentino y español de la tradición como modo necesario para transferir la propiedad no era un sistema adecuado*, ya que la tradición puede revestir las mas de formas, pero no necesariamente garantizar la publicidad del acto.

No se concibe la vida de un sistema consolidado sobre la base de las inscripciones, sin registro, sin títulos idóneos, que no existen en todas las regiones, sin notarios, sin abogados, sin clima propicio, para imponer el requisito de la inscripción con carácter de ineluctable obligatoriedad.

La institución del registro fue implanta en el Perú hace casi medio siglo. No obstante los esfuerzos realizados, es lo cierto que no ha podido arraigarse en todo el país y que adolece de vacíos e imperfecciones que no son insuperables a la acción de la voluntad. El registro existente tiene el gravísimo defecto de ser personal. Su transformación recurrirá, como condición insustituible, el catastro. Por eso, es *imperativo prescindir del sistema germánico* que ha organizado el dominio y los derechos reales sobre las bases de la publicidad y de la especialidad, atribuyendo el primer valor y eficacia materiales. Ningún sistema teórico, por perfecto que sea, puede por si solo resolver satisfactoriamente los hechos. No son paralelos el progreso legal y el adelanto moral de una nación. La propiedad de las cosas muebles se adquiere por la tradición, y el dominio de los inmuebles, por el contrato, con las restricciones derivadas de la institución del registro.

6.2.2. POSICION DE LOS DOCTORES ALFREDO SOLF Y MURO Y PEDRO M. OLIVEIRA A FAVOR DEL SISTEMA CONSTITUTIVO.-

Para el doctor *SOLF Y MURO* propuso una dualidad de sistemas. “Podemos establecer una separación entre los inmuebles que ya están inscritos en el registro y se inscriban en adelante, y los inmuebles que no están registrados. Para los primeros, establecer la necesidad de la inscripción de todos los actos que con ella se relacionan para la validez de ellos, sea entre las partes o frente a terceros, los segundos, o sea los bienes no inscritos, mientras no se inscriban, seguirán sujetándose a las mismas reglas o a las reglas semejantes a las que se contiene en nuestro Código Civil.”

La innovación que propongo permitirá aplicar algunos de los principios *del Sistema Torrens o del Germano* a un conjunto considerable de bienes inmuebles, que

llegan a 24, 876 urbanos, 21, 398 rústicos y 3, 041 minas, según la estadística llevada en el Registro de la Propiedad hasta el año 1921, número que habrá aumentado desde entonces y que seguirá aumentando cada día.

Complementando la propuesta del *doctor SOLF Y MURO*, El *doctor PEDRO M. OLIVEIRA*, dice “urge civilizar al país, y uno de los medios de hacerlo consiste en dotarlo de instituciones que promuevan el desarrollo económico sobre la base de la seguridad de las relaciones jurídicas, de nada servirá en la práctica si el Registro de la Propiedad no se reorganiza en armonía con las exigencias de una sociedad que todo lo espera de la inmigración de capitales, del desarrollo del crédito y del crecimiento de la riqueza.

La comisión reconoció la inferioridad de nuestro sistema, cuyos defectos se pueden sintetizar diciendo que ***constituye un propiedad relativa al lado de la propiedad absoluta***. La *inscripción no asume mas valor que el de un simple aviso que protege a los terceros que no han intervenido en el acto, pero no lleva en si misma una verdadera sustantividad*.

Por lo anteriormente expuesto, es de resaltar que las discrepancias surgidas sobre el sistema de transferencia de propiedad inmobiliario peruano, tiene sus antecedentes en la comisión revisora de 1936.

6.3. EN EL CODIGO DE 1984.-

A continuación nos ilustraremos de la destacada doctrina nacional, esperando poder transmitir las principales ideas y críticas mas importantes, reiterando nuestras limitaciones en referencia de ilustrar perfectamente las opiniones, críticas (a favor o en contra de nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble) de autorizados juristas nacionales que no pudieron dejar de participar con brillantes exposiciones sobre tan polémico tema de transferencia de propiedad inmueble en el derecho civil patrimonial peruano.

Cabe resaltar que nos limitaremos a mencionar las principales ideas y aportes, de los siguientes juristas:

a) POSICIÓN DE JACK BIGIO CHREM .-

Para el profesor *BIGIO* entiende , los contratos solo tienen una eficacia obligatoria, es decir generan la obligación, el contrato de enajenación es al mismo tiempo, título y modo, por cuanto el solo consentimiento hace producir el efecto traslativo (*refundiendo, por tanto, el título y el modo en un instante cronológico*), por lo menos así sucede entre las partes contratantes. ***Pero si existe un conflicto entre dos compradores que han adquirido el mismo bien inmueble de parte de un vendedor común, la situación se resolvería a favor del primer inscribiente, con***

*lo cual, en esta situación excepcional de incertidumbre jurídica, sería la inscripción la que atribuiría la propiedad, y en consecuencia, tendría carácter constitutivo*⁴¹.

Para el profesor *BIGIO*, el contrato es a la vez título y modo de adquisición, de lo cual su posición representa a la unidad del contrato de la transferencia de bienes inmuebles. El contrato (de compra venta) sirve, por un lado, de título, en tanto perfecciona la adquisición (del comprador), lo cual nos indica que para *BIGIO* el contrato transfiere directamente la propiedad inmueble, aceptando que el solo consentimiento de las partes convierte al comprador en propietario.

b) POSICIÓN DE MIGUEL TORRES MÉNDEZ⁴².-

El profesor *TORRES* nos indica que el artículo 1529⁴³ del código civil consagra el régimen del título y el modo en referencia a manera de la transferencia de propiedad inmueble, la compraventa, tanto mobiliaria como inmobiliaria, no es traslativa sino obligatoria (*no opera como consecuencia directa del contrato sino como consecuencia de la entrega del bien realizada en cumplimiento de un título válido*), para la constitución de la compraventa es necesario a su vez la celebración de la compraventa, esto quiere decir, pues, que la transferencia inmobiliaria se consigue con la sola celebración de dicho contrato.

El doctor *TORRES*, sostiene que la compraventa no es un contrato traslativo sino obligatorio, “el contrato genera la obligación de transferir la propiedad, obligación que nace del contrato y que no debe confundirse con el, obligación que la ley da por ejecutada”. Para el mencionado profesor algunos contratos determinados para la transferencia de propiedad, requieren de una actividad concreta (modo), que sería la entrega en el caso del contrato de compraventa.

En el régimen consensualista no hay título y modo que se confundan porque en el no es necesario que se den dos actos para que opere la transferencia de propiedad, como ocurre en el régimen del título y el modo; *la propiedad se transfiere mediante un solo acto: el acuerdo de voluntades.*

⁴¹ BIGIO CHREM, Jack. *La compraventa y la transmisión de propiedad*, En: *Para Leer el Código Civil*. Lima Fondo Editorial de la PUCP, 1991. pp. 94

⁴² TORRES MENDEZ, Miguel. *La transferencia de propiedad de los bienes incorporales en el código civil*, En: *Derecho* N° 45, Diciembre 1991, PUCP. pp. 163.

⁴³ Este autor empieza recordando el problema interpretativo que, surge entre los artículos 949 y 1529 del Código Civil. Por este último, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador, y este establece que la sola obligación de enajenar hace al acreedor propietario del inmueble. Según esta norma, la compraventa inmobiliaria es traslativa y no obligatoria. Ello establece que la transferencia se produce sin que sea necesario el cumplimiento o ejecución de la obligación de enajenar, sino basta únicamente que se haya constituido dicha obligación. Citado por: GONZALES BARRON, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, pp. 302.

c) POSICIÓN DE HUGO FORNO FLOREZ.-

A entender del doctor *FORNO* indica que el contrato es susceptible de producir efectos reales, pues el artículo 1351 del Código Civil establece que aquel tiene por objeto crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, el cual no se agota en la obligación, en tanto que existen situaciones jurídicas subjetivas distintas del deudor y el crédito y también expone una crítica al sistema espiritualista francés cuestionando sobre el efecto traslativo del contrato en el cual el legislador francés se olvidó de atribuirle al contrato el efecto traslativo⁴⁴.

Si la obligación es absolutamente inútil pues no puede darse siquiera la secuencia de obligación –cumplimiento ya que el pago de tal obligación se produce con independencia de toda actividad del deudor, por el hecho de su misma existencia; ella se paga por sí misma, es su propio cumplimiento, *el contrato produce directamente la atribución del derecho de propiedad*, la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles determinados deriva directamente del contrato, o que se sostenga que el contrato genera la obligación de enajenar y que esta obligación transmite el referido derecho.

El profesor *Forno* concluye manifestando que la transmisión del derecho de los bienes inmuebles determinados se produce por efecto del contrato. Siendo que Hugo Forno, atribuye el carácter traslativo y no obligacional en la transferencia de bienes inmuebles, advirtiendo que el cumplimiento de una obligación requiere de una actividad del deudor, pues precisamente esto es la prestación. Por lo cual el artículo 949 no exige conducta alguna para que opere la transferencia de propiedad, debe entenderse que dicha transmisión no deviene del cumplimiento de una obligación (la de enajenar a que hace referencia el dispositivo), sino que surge directamente del contrato. No existiría, pues, un modo para que opere la transferencia, a ese efecto bastaría el título.

d) POSICIÓN DE GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ.-

El doctor *FERNÁNDEZ* en forma precisa nos indica la preferencia que profesa sobre el sistema espiritualista francés constitutivo y justifica su posición de la siguiente manera: “en nuestra patria, la puesta en práctica,

⁴⁴ FORNO FLOREZ, Hugo. Ob. Cit. p. 84. “en nuestro caso, la ley establece que la adquisición del derecho de propiedad de un inmueble determinado no requiere de la conducta del deudor -como se necesita en cambio para la transmisión del derecho de propiedad de un cosa mueble- por lo que no cabe que esta transmisión derive directamente del contrato sin que el expediente de crear una obligación”.

¿De qué obligación puede hablarse en el caso del artículo 949 del Código vigente? Se trata de una obligación que consiste en transmitir el derecho de propiedad, lo que supondría una actividad material del deudor consistente en dar, hacer o no hacer (que es la prestación) a través de la cual se produzca dicha transacción (cumplimiento). la prestación siempre es contenido u objeto para quienes prefieren un enfoque distinto de la obligación. Pero en este caso, el interés del sujeto activo queda satisfecho mediante la obtención del derecho de propiedad y esa obtención se logra automáticamente sin necesidad de ningún acto material del sujeto pasivo.

por ejemplo, del sistema registral constitutivo de transferencia de la propiedad inmueble, como modo de transmisión del dominio inmobiliario, dado el nivel socioeconómico y cultural de las grandes mayorías nacionales y la imposibilidad de extender el registro inmobiliario a todos los confines de la patria, pese a significar el sistema más perfecto de seguridad jurídica individual imaginable, incrementaría los costos de transacción a un nivel inaceptable, paralizando las transacciones jurídicas⁴⁵.

En todo sistema ideal de transferencia de la propiedad inmueble existen tres finalidades: El permitir una circulación ágil de bienes y servicios, El reducir el número de adquisiciones *a non dominio* y El dar seguridad jurídica

Motivo por lo cual el profesor *FERNÁNDEZ*, nos explica que el consenso constituye el sistema de transferencia de la propiedad inmueble mas adecuado para su aplicación a la realidad peruana, por ser aquel que traduce –en términos económicos- la opción mas conveniente para *maximizar la circulación de la riqueza*, dado el ***carácter eminentemente agrario de la economía nacional***⁴⁶.

El Sistema de Transferencia de dominio perfecto es aquel que conjuga las tres finalidades: a) la maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria, b) la reducción de los costos de transacción, cuando la transferencia de la propiedad inmueble opere por la vía de la cooperación, c) la reducción o eliminación, de ser esto ultimo posible, de todo riesgo de adquisición de un “*nom domino*” o de perdida ulterior de eficacia del derecho adquirido, a través de un sistema publicitario adecuado de exclusión.

*El artículo 949 del Código Civil, lejos de adoptar la teoría del titulo y el modo, le otorga al contrato (su finalidad traslativa) la virtualidad de transferir directamente la propiedad*⁴⁷.

e) **POSICIÓN DE ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ.-**

El doctor *BULLARD* desde su perspectiva del análisis económico del derecho nos brinda nuevas e interesantes propuestas y reflexiones sobre el sistema de transferencia inmobiliaria en el Perú; un sistema de transferencia de propiedad óptimo debe cumplir con dos objetivos. *En primer lugar*, debe permitir la máxima circulación de la riqueza, esto es, conseguir que se den el mayor número de operaciones de intercambio eficientes posibles, haciendo fácil contratar. *En segundo lugar*, debe eliminarse o reducir el riesgo de ineficacia del derecho adquirido, es decir generar seguridad jurídica para los adquirientes.

⁴⁵ FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Ob. Cit. pp. 152.

⁴⁶ Ibidem. pp. 159.

⁴⁷ Ibidem. pp. 173.

La propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es completamente incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros⁴⁸.

Los sistemas de transferencia de propiedad que generan seguridad para los adquirentes es que reducen los costos de transacción (mejoran la información y reducen la incertidumbre) pero son, a su vez, un costo de transacción (porque implican pagar, al registrador, al abogado) se genera un conflicto que ha generado grandes discusiones en torno a si es el sistema consensualista o el registral el mejor desde el punto de vista económico.

La posición de *FERNÁNDEZ CRUZ*, sobre los costos de transacción, elimina ciertos costos, pero el problema es que genera otros costos, como consecuencia de aliviar los primeros. Básicamente se genera el *costo de incertidumbre*. Es decir, como uno no sabe si quien le vende es efectivamente el propietario, probablemente no le compre o le compre mas barato. Basta simplemente con ver el precio en que se vende un inmueble no registrado con respecto a otro registrado para descubrir que la seguridad tiene un valor adicional por el cual nosotros pagamos, y que la propiedad vale menos como consecuencia de esta incertidumbre⁴⁹.

Un Sistema registral constitutivo tiene reglas claras. Es como la isla que se ve lejos. Sabemos que si el registro dice algo voy a llegar a mi meta. Mientras que en el consenso debo confiar: (1) que la persona que me esta vendiendo es el propietario; (2) que no le haya vendido a otro; o (3) que exista un tercero con documento de fecha cierta anterior al mío que pueda privarme de ese bien. Ello solo genera inseguridad. La conclusión principal es que la propiedad debe permitir la exclusión más perfecta al menor costo posible, pero permitiendo, paralelamente, que los terceros estén en la posibilidad de conocer el derecho del que han sido excluidos⁵⁰.

⁴⁸ BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Sistemas de Transferencia de Propiedad*, En: Derecho y Economía, Palestra Editores, Lima-2003. pp. 156.

⁴⁹ BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Ob. Cit. pp. 146. “La incertidumbre de saber si compro o no compro un bien hace que se celebren menos contratos, que haya menos circulación de riqueza y menor dinamismo, impidiendo la maximación de las operaciones y transferencias.

⁵⁰ *Ibidem*. pp. 151. “el riesgo que esta presente en toda transferencia radica en el hecho de que podría no transmitirse al adquirente la potestad de excluir a los demás, o que la posibilidad de exclusión no sea transmitida en términos perfectos. Si este riesgo no es racionalizado, el potencial adquirente puede decidir no comprar o hacerlo a un precio que se encuentre por debajo del valor real del derecho que se adquiere. Ello se puede apreciar, por ejemplo, cuando se compra un inmueble no inscrito, pues el precio que se fije del valor real del derecho que se adquiere. Ello se puede apreciar, por ejemplo, cuando se compra un inmueble no inscrito, pues el precio que se fije viene a ser, de ordinario, considerablemente menor al de otro inmueble si registrado. La protección registral y la certeza que esta brinda son la explicación a este mayor valor. En el fondo, lo que hace diferencia es que quien compra siente que el registro el garantiza una posibilidad, *de exclusión* mas perfecta y, por tanto, mas valiosa. En el inmueble no registrado entra a tallar el azar, y con ello la irracionalidad. Por lógica consecuencia, la posibilidad ya no es tan cierta. Este riesgo podría determinar que se adquiriera una propiedad que no permita excluir, por ejemplo, a un adquirente anterior. Estaríamos, entonces, ante una propiedad disfuncional o, dicho de una manera mas clara, ante la ausencia de un autentico derecho de propiedad. **Un sistema de transferencia de propiedad coherente debe dar al adquirente la certeza de poder excluir a cualquier otro pretendido adquirente, es decir, una posibilidad de exclusión total.**

Para *BULLARD* el controvertido artículo 949. C.C. por la cual la propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es complementaria incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros.

Ello quiere decir que carece de la cualidad de ser un signo de cognoscibilidad y, por tanto, de la posibilidad de informar a los terceros sobre quien goza de la titularidad para la transferencia de propiedad, la disfuncionalidad del sistema sería evidente.

Pero cualquier abogado⁵¹ sabe que esto no es así y que el postulado propuesto en el artículo 949 no funciona en la realidad tal como se ha descrito.

Para el profesor *BULLARD*, el artículo 949 se refiere a una “propiedad relativa”, pues finalmente el agente económico racional sabe que en realidad no es propietario en términos absolutos hasta que inscriba su derecho y que el contrato es un escalón en el camino, pero de ninguna manera el fin del viaje, y que la aplicación coordinada de los artículos 1135, 2014, 2016 y 2022 pareciera cumplir con los otros requisitos, los cuales son el de reconocibilidad al registro y se concede a este el mérito de convertir al propietario con derecho inscrito en titular de una facultad de exclusión absoluta e inatacable por terceros.

f) POSICIÓN MÁX. ARIAS-SCHEREIBER PEZET⁵².-

El recordado Ilustre Maestro *Arias-Schreiber Pezet*, nos menciona, que el artículo 949 del código civil se deriva que, el solo acuerdo de voluntades, en el caso de los bienes inmuebles, basta para transmitir el dominio. En consecuencia, será suficiente, por ejemplo, que comprador y vendedor se pongan de acuerdo sobre el bien que es objeto del contrato y el precio que se ha de pagar por el para que no solamente se produzca el efecto de

⁵¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Ob. Cit. pp.156-157. “imaginemos que un cliente acude a un estudio de abogados y el pregunta a uno de sus integrantes desde que momento sería propietario. Este le dice que según el artículo 949, es propietario desde que celebra el contrato. El cliente sale de la oficina y celebra el contrato. El cliente sale de la oficina y celebra el contrato de compraventa. Cuando va a tomar posesión de su inmueble se da con la sorpresa de que este está ocupado por un tercero, el mismo *que tiene su derecho inscrito*. Al pedirle su título de propiedad el ocupante le enseña al cliente una escritura pública cuya fecha es posterior al contrato que él celebra. Recordando las palabras de su abogado y utilizando un poco de sentido común le dice que ese título no tiene ningún valor, pues en la fecha que se celebra ese contrato él ya había celebrado con anterioridad otro contrato con el propietario; por tanto, en la fecha de la escritura pública quien le vendió al ocupante no era propietario, y como nadie puede transferir el derecho que no tiene queda claro que el único título válido es el suyo. Sin embargo, en el juicio que siguió con el ocupante el cliente se da con la sorpresa de que el poder judicial le da la razón a la otra parte. El error en el consejo del abogado está en haber confundido la definición formal (y abstracta) contenida en el Código, con el funcionamiento del derecho en la realidad. En el trasfondo de la pregunta del cliente estaba la siguiente inquietud: ¿a partir de cuándo poder yo excluir a los demás? Para fines prácticos esto es lo único que le interesa. El abogado le contestó una pregunta distinta: ¿desde cuándo dice el código civil que tengo un derecho llamado propiedad? Como vimos en el ejemplo, las respuestas a estas dos preguntas.

⁵² ARIAS SCHEREIBER-PEZET, Max. Ob. Cit. pp. 293-327.

haber consumado el contrato y surgió un derecho al bien para el acreedor (*ius ad rem*), sino que simultáneamente este adquiere la propiedad (*ius in re*).

Las excepciones a este principio lo constituirán el pacto en contrario del artículo 949, el pacto en contrario de reserva de propiedad regulado por los artículos 1583 a 1585 del Código Civil, a este respecto es preciso puntualizar que la expresión salvo disposición legal diferente no puede entenderse referida al caso previsto por el artículo 1135⁵³ del Código Civil.

La propuesta del doctor *ARIAS SCHEREIBER-PEZET* nos parece muy importante y acertado en efectos de aplicarse en una reforma registral en nuestro país entre los puntos importantes a la propuesta ubicamos: la implantación del catastro en todo el territorio del país, particularmente en sus dos aspectos esenciales, el físico y el jurídico. De este modo se lograra determinar la correcta ubicación de los inmuebles, fijar sus dimensiones lineales y superficiales, su naturaleza, nomenclatura y otras características y, además, sanear definitivamente los correspondientes títulos de propiedad.

La realización del catastro ya no tropieza con las dificultades de antaño, Los avanzados elementos técnicos y científicos disponibles en el momento actual lo hacen posible. Entre las principales virtudes del sistema catastral propuesto por el maestro tenemos: i) Constituiría el sustento ideal del sistema registral inmobiliario, ii) impediría la especulación sobre inmuebles inexistentes. Los fraudes vinculados con esta situación no son precisamente poco frecuentes. La imperfección del sistema registral vigente permite que se inventen fincas que no tienen existencia en la realidad, iii) evitaría los problemas tan frecuentes de superposición de propiedades, pues podría conocerse con exactitud los linderos y medidas perimétricas de los predios, iv) evitaría igualmente la doble inscripción de un mismo inmueble en el registro, v) suprimirá la posibilidad de que se construya en terreno ajeno de buena fe, por falta de conocimiento de la correcta ubicación de los inmuebles; situación tan común en nuestro medio, vi) debido a su actualización permanente, dificultaría la edificación clandestina de construcción por usurpadores, vii) permitiría la identificación de las tierras abandonadas, viii) promovería, en fin, las operaciones inmobiliarias,

⁵³ ARIAS SCHEREIBER-PEZET, Max. Ob. Cit. pp. 305. “el artículo 1135 del Código Civil regula la hipótesis excepcional de que el deudor se hubiera obligado a entregar un mismo inmueble diversos acreedores (como consecuencia de cualquier acto jurídico que implique una obligación de dar: contratos de donación o de arrendamiento –cuando el supuesto no fuese el previsto por el artículo 1670 del Código, por ejemplo, y no exclusivamente el de compraventa-, y señala las normas de preferencia para la entrega que en ese supuesto operan. La preferencia que se otorga al acreedor de buena fe que hubiese inscrito primero su título esta en función de que el hecho de la inscripción califica un mejor derecho oponible al de los otros títulos referidos al mismo bien inmueble. El artículo por lo tanto brinda una solución obligacional al caso de concursos de acreedores y no una de carácter real al de la pluralidad de propietarios. ***En consecuencia, no es exacto que el artículo 1135 otorgue a la inscripción la calidad de modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria.***

que aumentaría su volumen al basarse en un régimen que asegura la realidad de los inmuebles, ix) mediante la inscripción constitutiva, se descartaría, por ejemplo, la posibilidad de la venta del mismo bien a un segundo o tercer adquirente que ignoraba la primera enajenación y, aun la venta de lo ajeno. Es preciso imponer en nuestro país el sistema de la inscripción, en forma distinta a la vigente, exigiendo esta como requisito consultivo de todos los derechos reales que se establezcan sobre la propiedad inmueble inscrita.

g) POSICIÓN DE MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE⁵⁴.-

El distinguido profesor Manuel De La Puente, nos otorga una visión de la transferencia de la propiedad (mueble e inmueble) desde la óptica del contrato, sobre el momento en que se perfecciona la venta, lo cual será explicado en las siguientes líneas:

En el caso de inmuebles el vendedor debe entregar al comprador la cosa materia de la venta, pues solo así dicho comprador podrá disfrutar de todos los derechos inherentes a la propiedad contemplados en el artículo 923 del código. Versando la venta sobre un derecho, el vendedor debe efectuar lo necesario para que se produzca la transferencia del derecho y, si el derecho se produce la transferencia del derecho y, si el derecho faculta a la posesión de una cosa, a entregarle esta. La entrega de la cosa al comprador, que es la primera obligación principal del vendedor, no tiene por finalidad, pues, hacerle adquirir la propiedad de la cosa, que ya tiene, sino permitirle la posesión de ella. La entrega es para el comprador el medio ordinario de conseguir la posesión. El título de adquisición, en efecto, califica el sentido posesorio de la disponibilidad de hecho del bien: en cuanto recibe la detención de la cosa, el comprador deviene poseedor. El doctor *DE LA PUENTE LAVALLE*, nos menciona sobre *el perfeccionamiento del contrato*⁵⁵ el cual es sustentado por el artículo 1549⁵⁶ que consiste en hacer lo necesario para que se transfiera al comprador la plena

⁵⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Perfeccionamiento de la transferencia de propiedad*, En: Scribas, N°. 2, Arequipa-1996, pp. 37-42.

⁵⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Perfeccionamiento de la Transferencia de Propiedad*, Ob. Cit. pp. 37-42. “Si bien el contrato de compraventa no se transfiere al comprador la propiedad del bien vendido, corresponde hacer todo lo necesario para que este efecto se produzca, pues solo así se habrá cumplido la obligación que en ese sentido ha asumido al celebrar el contrato. Pensar que el vendedor por el mero hecho de celebrar el contrato satisface todo lo que de él se requiere, sería privar al contrato de compraventa de gran parte de su virtualidad y convertirlo en un instrumento inadecuado para que el comprador adquiera la propiedad del bien”.

⁵⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “*Notas polémicas sobre la regulación de la reserva de propiedad*” en “temas de Derecho Civil”, Universidad de Lima, 1991, pp.234, Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Ob. Cit. “considera que el artículo 1549 del código civil debe ser interpretado en el sentido que “perfeccionar” la transferencia de la propiedad significa que ha habido un inicio de transferencia, la cual puede estar aun incompleta, inacabada o imperfecta si no se han transmitido todos los poderes jurídico-reales sobre el bien adquirido, pero el entendimiento de la norma implica que la transferencia jurídica ya se ha producido como efecto de la transferencia jurídica ya se ha producido como efecto natural del consentimiento perfecto (art. 1352) de vender y comprar, y se encuentra a la espera de perfeccionamiento con pasos ulteriores de dar o hacer recíprocamente exigibles.

propiedad del bien. En los bienes inmuebles la transferencia se obtendrá mediante la celebración de un contrato de compraventa que cree a cargo del vendedor una obligación pura de transferir la, propiedad del bien, de acuerdo con el artículo 949 del Código Civil, según el cual la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de el, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Perfeccionamiento constitutivo⁵⁷ y perfeccionamiento complementario⁵⁸:

Pienso que el problema, y también su solución, se encuentran en el sistema del título y el modo adoptado por el derecho contractual peruano. En virtud de este sistema la transferencia por compraventa de la propiedad de un bien requiere de una causa remota (título) que esta constituida por el contrato consensual de compraventa (perfeccionamiento en virtud de los artículos 1351 y 1373) por el cual el vendedor se obliga a transferir al comprador la plena propiedad del bien; y una causa (modo) destinada a cumplir esa obligación.

En el caso de bienes inmuebles, la causa próxima de la adquisición de la propiedad es la aplicación de artículo 949 del Código Civil, que hace al comprador (como acreedor de la obligación de que se le transfiera la propiedad del bien) propietario de el. Sin embargo, en este caso, la transferencia de la propiedad no lleva incluida la posesión del bien, por lo cual para que el comprador goce del pleno dominio del bien, incluida la posesión, se requiere su entrega.

Para evitar cualquier mal entendimiento debe recordarse que el ***perfeccionamiento constitutivo*** es para la celebración del contrato y que el ***perfeccionamiento complementario*** es para la transferencia de la propiedad del bien.

⁵⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE. Ob. Cit. “El verbo “**perfeccionar**” es entendido como celebrar y también concluir. Esta interpretación coincide con la tercera apreciación de la palabra “perfeccionar” dada por el diccionario de la lengua española, según el cual significa “completar los requisitos para que un acto civil, especialmente un contrato, tenga plena fuerza jurídica”. En efecto, tanto en el caso del artículo 1352 como en el del artículo 1373 se quiere expresar que el cumplimiento de cada uno de los requisitos contemplados en ellos esto es la existencia del consentimiento, en el caso del artículo 1352, y el conocimiento de la aceptación por parte del oferente, en el caso del artículo 1373 –d lugar a la existencia del contrato, esto es a su vez celebración. Podemos decir que se trata de un **perfeccionamiento constitutivo**.

⁵⁸ Ibidem. “Se trata, pues de dos supuestos distintos. En el caso del artículo 1549, a diferencia de los artículos 1352 y 1373, existe un vínculo precedente que determina que una persona tenga la calidad de vendedor -que se adquiere en virtud de un previo contrato de compraventa -y que tal persona tenga como obligación esencial inherente a tal calidad que perfeccionar la transferencia de la propiedad para que produzca sus efectos propios. En este caso el sentido de la palabra “perfeccionar” corresponde más bien a la primera acepción de ella según el diccionario de la lengua española, o se “acabar enteramente una obra, dándole el mayor grado posible de bondad o excelencia”. Podemos decir que se trata de un **perfeccionamiento complementario**.

A fin de que opere el *perfeccionamiento complementario* tanto en el caso de bienes muebles como de inmuebles, se requiere que previamente se haya producido el *perfeccionamiento constitutivo* de producido el *perfeccionamiento constitutivo* del respectivo contrato de compraventa, que crear la obligación del vendedor de transferir al comprador la propiedad del bien. Solo cuando se haya celebrado el contrato de compraventa podrá efectuarse el *perfeccionamiento complementario* de la transferencia del bien mediante la entrega del mismo, que en el caso de bien mueble tendrá como efecto la transferencia de la plena propiedad, y en el caso de bien inmueble la adquisición de la posesión.

h) **POSICIÓN DE FELIPE OSTERLING PARODI Y MARIO CASTILLO FREYRE.-**

Para los profesores *OSTERLING* y *CASTILLO*, consideran que el simple acuerdo de voluntades produce el efecto transmitido, y aceptan la teoría del título y modo.

Para los mencionados profesores no es el contrato sino más bien la obligación de enajenar creada por el mismo la que en definitiva provoca la transferencia de la propiedad inmueble. A continuación mencionaremos las ideas más importantes sobre su posición (en la cual coinciden con el Dr. De la Puente y Lavalle) expresado en un ensayo jurídico⁵⁹:

El contrato en general, como categoría abstracta, tiene por objeto crear obligaciones, y el contrato de compraventa, en particular, crea la obligación de transferir la propiedad de un bien, así no puede concebirse la celebración de un contrato cuyo fruto no sea una obligación, porque sería algo contrario a la naturaleza misma del contrato.

Por eso –según De la Puente–, la función del contrato de compraventa es crear la obligación de transferir la propiedad de un bien y la función del artículo 949 es otorgar a esa obligación, tratándose de bienes inmuebles determinados, el efecto de hacer al comprador propietario. El título y el modo, requiere indispensablemente la conjunción de un acuerdo de voluntades orientado a transferir la propiedad y de un medio que permita lograrlo. Expresa que esto es posible otorgando al título el carácter de causa remota de la transferencia y al modo el carácter de causa próxima de la misma.

⁵⁹ OSTERLING PARODI, Felipe- CASTILLO FREYRE, Mario. *La transferencia de Propiedad en el Perú*, En: Ius Et Praxis, Universidad de Lima, N° 30, 1999. pp.163.

i) POSICIÓN DE JORGE AVENDAÑO VALDEZ⁶⁰.-

El doctor *AVENDAÑO*, diferencia el título y el modo, el título es el acto jurídico, el acuerdo de voluntades, en definitiva, el contrato. El título se presenta en el nivel obligacional y contractual, que es eminentemente privado. El modo es el hecho determinante que produce la traslación, aunque es consecuencia del título⁶¹.

La inscripción no es constitutiva de derecho sino simplemente declarativa, la transferencia de propiedad⁶² no se produce en dos momentos. No hay pues como en el derecho alemán, suizo, austriaco y de varios países de Europa, principalmente del centro de Europa, dos momentos: el título y el modo. El título es el acto jurídico, el acuerdo de voluntades, es el contrato en definitiva; y el modo es un hecho que, en materia inmobiliaria, es la inscripción. *El momento de la transferencia en nuestro sistema es solo uno.*

Ocurre con el título porque la sola obligación de dar un inmueble determinado hace el acreedor propietario de él. De manera que basta el acuerdo de voluntades para que la transferencia de propiedad se entienda producida. El modo no es la inscripción porque esta no es un elemento esencial, no es un elemento constitutivo. No podemos decir, sin embargo, que la inscripción no “quita no pone”. Si pone en lo que a los terceros se refiere.

Pero para que quede perfeccionada la transferencia de la propiedad, la inscripción no es necesaria. La transferencia puede quedar perfectamente convalidada y ser plenamente eficaz entre las partes por el solo mérito del consentimiento. No hay título y modo, hay título y punto.

El modo (la inscripción) no surte efecto desde el punto de vista de la transferencia del derecho real, sino tan solo protege a los terceros en los términos del artículo 2014 del Código Civil. Para el Dr. *AVENDAÑO*, solo el principio consensualista (el contrato) es quien se produce la transferencia de propiedad inmuebles, *no mencionando a la obligación de enajenar.*

⁶⁰ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *El Derecho de Propiedad, El sistema Registral Peruano y la Reforma del Código Civil*, En: Folio Real, Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, Año I N° 2, Agosto 2000, Palestra Editores, pp.101-106.

⁶¹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “*Clasificación de los Bienes y transferencia de propiedad*” citado por: GONZALES BARRON, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, Jurista Editores, Lima-2002, pp. 295.

⁶² La propuesta del profesor AVENDAÑO en la Comisión revisora del Código Civil es la siguiente: el nuevo criterio es, pues, bienes registrados y no registrados, estableciendo que los bienes registrados se transfieren con título y registro obligatorio (modo), con lo cual estamos atribuyendo efectos constitutivos al registro, no solo al de la propiedad inmueble, sino a todos los registros, entonces habrá título y modo cuando se trate de la transferencia de bienes registrados y de bienes no registrados. En ambos casos el título es el contrato, el modo en los bienes registrados es el registro y en los no registrados es la tradición.

j) POSICIÓN DE GUNTHER GONZÁLES BARRON⁶³.-

El profesor Gonzáles nos ofrece algunas notas distintivas correspondientes a nuestro sistema de transferencia de propiedad en bienes inmuebles:

- i) Se adopta el principio **consensualístico**, propio de los sistemas jurídicos francés e italiano. Sin embargo, este principio se halla moralizado o corregido por la introducción del registro y los efectos de la inscripción.
- ii) La transferencia de propiedad (o de cualquier otro derecho real) opera en virtud de un contrato traslativo, por lo que se trata de un sistema **causalista**, en donde no es necesario un “*modo*” específico de adquisición.
- iii) No existe una independiente “*obligación de enajenar*” (art. 949 C.C.) en cambio, desde una perspectiva teleológica y sistemática, si es posible hablar de una “*obligación de dar en propiedad*” como obligación esencial del vendedor en todo contrato de compraventa. En este sentido debe entenderse el artículo 1529 del código.
- iv) La obligación esencial del vendedor es compleja y unitaria, consistente en hacer propietario y entregar la cosa al comprador.
- v) el momento exacto de la transferencia de propiedad es una cuestión de política jurídica. El legislador puede hacer coincidir ese momento con la consumación de la “*obligación de dar en propiedad*”, esto es, con la tradición; o también puede preferir un momento distinto a cualquiera de los dos anteriores (la inscripción). Si el legislador opta por establecer que la propiedad se transfiera antes de la tradición (principio consensual), el comprador ya es propietario, y el vendedor solo se encuentra obligado a entregar la cosa. En cambio si el legislador opta por establecer que la propiedad se transfiera después, o con independencia, de la tradición (principio de inscripción constitutiva), el comprador no es propietario aunque ya exista tradición.

k) NUESTRA POSICIÓN.-

Nuestro Código Civil, abandono el sistema de transmisión inmueble del derecho romano del titulo (el consentimiento) y modo (la tradición o entrega), ha optado por elegir (fíel a la tradición que existe en nuestra legislación civil por la escuela exegética) como sistema de transferencia de propiedad inmueble (art. 949) el sistema espiritualista o francés y para la transferencia de la propiedad de bienes muebles (art. 947) se mantiene *la traditio* como modo.

⁶³ GONZALES BARRON, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario* Ob. Cit. pp. 641

Para el sistema espiritualista o consensual (lo cual consta en la Tendencia Jurisprudencial Peruana⁶⁴) de transmitir la propiedad inmueble, la sola obligación es el que produce el efecto traslativo del dominio de la propiedad.

La transferencia espiritual se produce por el acto jurídico, es decir el simple acuerdo de voluntades y el consentimiento de las sujetos de derecho, este sistema espiritualista se encuentra inspirado en el individualismo propagado por la revolución francesa, es decir no se requiere la tradición, es decir la entrega, el mero consentimiento hace propietario al acreedor de la obligación, de entregar la propiedad. La obligación de entregar la cosa en propiedad se perfecciona automáticamente, de lo cual se deduce que el acuerdo de voluntades hace consumir la entrega a través de un mecanismo de tradición espiritualista, no es necesaria la entrega física, la entrega se perfecciona con el consentimiento.

El contrato de transferencia de propiedad inmobiliaria, es el único título que transmite la propiedad, es decir el contrato es la causa jurídica directa e inmediata de la transferencia de la propiedad inmueble. El contrato es la causa de transferencia de la propiedad inmueble, lo cual es susceptible de dos efectos *una obligacional y otro efecto real*.

Los efectos del contrato de compraventa, es un contrato consensual, que se perfecciona con el simple consentimiento, que en la mayoría de los casos tiene efectos obligatorios, es también susceptible de producir efectos reales.

Al confundirse título y modo, el contrato es, al mismo tiempo, el fundamento del traspaso de la propiedad y el medio de adquisición de ella; el contrato transfiere sin más, el derecho; este es un contrato con efectos reales, a diferencia de los contratos obligatorios, y la eficacia traslativa y constitutiva de tal contrato es plena⁶⁵.

MESSINEO critica al sistema consensual: el principio de la transmisión de la propiedad por el simple consentimiento, es el fruto de un

⁶⁴ Cas. 597-96-Callao, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 3/05/98. pp. 855 “conforme al artículo 949 del Código Civil la sola obligación de transferir un bien inmueble hace al acreedor propietario del bien, por lo que si se demuestra que se constituyó dicha obligación se presume que ha operado la transferencia de dominio. Asimismo, por el incumplimiento en el pago no se puede extraer que la obligación no existió”.

- R. 219-98-ORLC/TR; Jurisprudencia Registral. Año III, Vol. VI, pp. 257 “La transferencia de propiedad en nuestro sistema opera extraregistralmente, es decir, con la sola creación de la relación obligatoria de las partes, la que nace en este caso del contrato de compraventa, asimismo, no es menos cierto que dicho acto jurídico debe merecer fe respecto a la fecha de su celebración, a fin de determinar la calidad de propios o conyugales de los bienes adquiridos”.

- R. 101-98-ORLC/TR; Jurisprudencia Registral. Año III, Vol. VI, pp. 312 “El código Civil ha adoptado el sistema espiritualista francés, por el cual la sola voluntad de las partes, contenida en el acto jurídico creador de la relación obligatoria, resulta suficiente para producir un efecto traslativo de propiedad. La transferencia espiritual se produce en este caso, por efecto directo del acto jurídico por el cual se asume la obligación de enajenar un bien inmueble determinado y no requiere de la tradición material ni la inscripción como en el derecho germano”.

⁶⁵ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III. pp. 331.

error sobre la naturaleza del derecho real y de la relación obligatoria, ya que para los derechos reales basta la voluntad de las partes para crear el vínculo jurídico, no siendo así para los derechos reales puesto que son de otra naturaleza, ya que al ser de carácter absoluto puede hacerse valer contra todos, por lo que la transmisión de la propiedad por el simple consentimiento contradice la naturaleza del derecho real⁶⁶.

Lo que ocurre en cualquier caso es que el efecto real no se puede producir como consecuencia inmediata de la celebración del contrato, se tiene un efecto real diferido que depende, respectivamente de la adquisición del bien ajeno por parte del enajenante, o de la existencia del bien, o del pago total del precio; en estos casos, surge una obligación que si bien no tiene por finalidad producir la transferencia de la propiedad, permite garantizar al adquiriente la actuación del efecto real que no opere al momento de la celebración del contrato.

Compartimos la posición del doctor FORNO, los contratos en virtud de los cuales se enajena un inmueble determinado no producen en forma directa la atribución del derecho de propiedad sobre el mismo, sino que solo crean la obligación de enajenarlo, de modo que la transferencia y la adquisición correlativa del derecho se producen como efecto de la obligación y no del contrato.

“en una primera etapa el contrato (título) hace nacer la obligación que pesa sobre el dueño, de transmitir al adquiriente el derecho de dominio sobre la cosa. En esa etapa, encontrándose vinculados al deudor y al acreedor (el viejo dueño y el futuro dueño) por una relación obligacional. Se presenta, luego, una segunda etapa que también es causal, y que se materializa con el cumplimiento de la prestación por el deudor (el viejo dueño), entregando la cosa al acreedor. En este instante se extingue la relación obligacional, y queda transferida la propiedad a través de la tradición.

Para que el efecto real, este en, la transferencia de propiedad con la sola perfección del contrato en si, es necesario que el objeto sea cierto, actual y de propiedad del vendedor, o por lo menos este se encuentre autorizado para disponer. En cambio, se da un efecto meramente obligatorio –y se aplaza la transferencia de propiedad (efecto real diferido) –cuando se trata de ventas sobre bienes genéricos (falta la especificación o individualización del bien), o sobre bienes futuros (no se puede transmitir la propiedad de un objeto que no existe), o sobre bienes ajenos (falta el poder de disposición del vendedor), o sobre contratos sujetos a condición suspensiva o con reserva de dominio. Todas estas disposiciones de efecto real diferido o aplazado (compraventa meramente “obligatoria”) son todas

⁶⁶ MESSINEO, Francesco. Ob. Cit. pp. 332.

admisibles en el derecho peruano, ya sea por disposición expresa del artículo 949 o por vía interpretativa⁶⁷.

En el derecho francés e italiano se reconoce la existencia de compraventa con efecto real aplazado o diferido, lo cual significa que, también, en estos sistemas se pueden encontrar acreedores del dominio.

Dentro de este supuesto entendemos a la venta de cosa futura, la venta de cosa genérica, la venta de cosa ajena, la venta con efecto traslativo a termino, la venta con reserva de dominio, el contrato preliminar de compraventa, etc.... en todos estos casos lo que existe es una *obligación de dar en propiedad* por parte del vendedor; con lo cual este asume un compromiso contractual complejo, que no se agota en el mero traspaso posesorio, sino que se integra el efecto real querido, y que puede ser al especificación de la cosa, o la adquisición de la cosa por aporte del vendedor, entre otros presupuestos que permitan la transferencia de propiedad.

7. LA IMPERFECCION DEL ARTÍCULO 949 y LA INSCRIPCION EXCEPCIONAL DEL ARTÍCULO 1135.-

Creemos que el sistema consensualista peruano, amparado en el artículo 949, no es perfecto y que no brinda una garantía y certidumbre jurídica a los potenciales adquirentes de propiedad inmueble, cuando la mencionada norma *“nos indica que la sola obligación de enajenar un inmueble hace al acreedor propietario; salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”*, consideramos como pacto en contrario los artículos 1583 (Compraventa con reserva de propiedad) y el artículo 1585 (pacto de reserva de propiedad en el arrendamiento-venta) del código civil.

El problema surge cuando existen dos o mas personas que intervienen en la adquisición de la propiedad inmueble, conocido en nuestro ordenamiento como concurso de acreedores y en la doctrina como la *“doble venta”*, evidenciado en el artículo 1135⁶⁸.

⁶⁷ BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*, Tomo IV. pp. 7-13, citado por GONZALES BARRON, Gunther, *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, pp. 311.

⁶⁸ “Conforme al artículo 1135 del Código Civil, cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere el acreedor de buena fe cuyo título, ha sido primeramente inscrito” Exp. 573-95-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, Hinostroza Mínguez, Alberto, “Jurisprudencia Civil”, tomo IV, pp. 519.

- Cas. 672-97-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 15/10/98, pp. 1930 “el artículo 1135 del Código Civil se refiere a la prelación que tienen los acreedores a quienes un mismo deudor se obligo a entregar un bien inmueble, que podría ser el caso de varias ventas de un mismo bien a favor de distintas personas, u otros contratos que generen obligación de entregar un bien inmueble, como los derechos reales de usufructo, habitación, superficie o anticresis”.

Si hay dos acreedores respecto del mismo bien y el segundo de estos inscribe, es preferido respecto del primero. Es decir, es el propietario del bien. ¿Produce en este caso efectos constitutivos la inscripción registral? La respuesta es que ella sola no produce tal efecto porque a ella debe sumarse la buena fe. Si están presentes ambas, la protección es total, lo cual significa que el amparo registral al tercero tiene finalmente un efecto constitutivo del derecho. Pero el sistema es doble y confuso porque hay norma expresa que dice que el solo consenso es suficiente para producir la transferencia. Si esto es así, ¿no es cierto que el enajenante agote su derecho con la primera enajenación? ¿Qué derecho transmitió entonces cuando otorgo la segunda Transferencia?⁶⁹.

El artículo 949 (*desde luego tiene el problema de falta de publicidad y no de poder excluir esta propiedad a terceros*) y , no es absoluto en su concepción espiritualista francesa, por el cual la sola voluntad toda poderosa hace propietario al acreedor, el solo acuerdo de voluntades transmite la propiedad inmueble, del vendedor o titular del derecho de propiedad al comprador o sujeto quien espera el cumplimiento de la prestación; este principio evidentemente es perfecto y no surte ningún problema; pero que pasaría que si el vendedor, efectúa una segunda venta de la propiedad inmueble a un tercero, con lo cual estaríamos ante dos actos jurídicos que tiene como finalidad la transmisión de propiedad inmueble, claro que se podría aplicar el principio de buena fe registral, para favorecer al tercero de buena fe que no tuvo conocimiento de la venta. El primer comprador solo aplico el principio consensual “el solo contrato te hace propietario” y no le exigieron de que el titulo tenia que ser inscrito, para poder oponer y excluir su derecho (*de que sirve una propiedad sino no puede ser excluida a todos los terceros*) por lo tanto se trata de solucionar un problema de incertidumbre social respecto al adquirente de un bien, razón por la cual el legislador al brindar la enfermedad (artículo 949) trata de brindar la cura (artículo 1135) por el cual ante la presencia de dos títulos, se prefiera al de buena fe y el que inscribió su derecho primero en el registro.

Volviendo a la doble venta, si aplicamos el principio consensualista diríamos que el primer contrato es el que tiene eficacia jurídica, por ser el primero en celebrarse en el tiempo, y segundo por el principio de buena fe contractual, fieles al estricto cumplimiento del artículo 949, por virtud del mero contrato de las partes se transfiere la propiedad inmueble, hasta este punto no existen problemas; pero que pasaría como sucede en la realidad, el vendedor decide celebrar un segundo contrato con otra persona por la venta de la misma propiedad inmueble, y este decide inscribir su titulo en el registro, estaríamos desamparando al primer comprador que solo cumplió con lo amparado en el artículo 949, en celebrar un simple contrato con lo cual era el único propietario

- Si dos o mas personas alegan tener derechos reales sobre un determinado inmueble, es preciso que el derecho que se opone este inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone y, en defecto de la inscripción, tiene preferencia aquel que ostente titulo de fecha anterior, siempre que este ultimo conste de documento de fecha cierta mas antigua. (Exp. 173-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella. Ejecutorias Supremas Civiles. (1993-1996) pp. 494.

⁶⁹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Clasificación de los bienes y transferencia de propiedad*. pp. 169-171. citado GONZALES BARRON, Gunther. *Tratado de Derecho Inmobiliario*. pp. 295-296.

del inmueble, el artículo 1135⁷⁰ reconoce la necesidad de inscribir el título de adquisición del derecho de propiedad inmueble.

“se trata dar una clara excepción del artículo 949 del código civil en donde triunfa el principio de la inscripción (que excepcionalmente tiene carácter constitutivo), aunque ello no pueda ser explicado satisfactoriamente por la doctrina francesa referida a que existen dos propiedades, una relativa entre las partes y otra absoluta frente a todos los terceros, ya que en ese caso el “propietario relativo” no podría siquiera desalojar a un precario o exhibir su título ante la administración”⁷¹”.

Creemos que se logra la exclusión de la propiedad absoluta y perfecta con la aplicación del artículo 1135⁷², lo cual no se logra con la aplicación solitaria del artículo 949, para una brindar garantía y certeza de la transferencia de la propiedad inmueble, es necesario interpretar, relacionar y aplicar en forma conjunta los artículos 2012, 2013, 2014, 2016 y 2022 del Código Civil.

8. DESVENTAJAS DEL SISTEMA CONSENSUAL.-

El sistema consensual inspirado por el principio individualista de la revolución francesa expresado en el código de napoleón, con las ventajas teóricas, entre las cuáles ubicamos *la facilitación de los intercambios, la rápida circulación de la riqueza y protección del comprador, no son suficientes para ofrecer el sistema mas eficaz y seguro en la transferencia de la propiedad inmueble*. La situación del potencial adquirente (comprador) sufre una situación de desventaja o dificultades para poder determinar quien es el propietario de un bien, y cuales son las cargas (hipoteca, anticresis) que le afectan, existiendo algunas desventajas del sistema consensual:

- a) No se puede determinar con seguridad quien es el propietario de un inmueble, ni las cargas que le afectan. Con respecto al primer problema (la propiedad), el potencial comprador puede recurrir al estudio de los títulos del vendedor (y de los precedentes), pero siempre existe la dificultad de la *“prueba diabólica”*. Para ello se requiere comprobar la posesión del vendedor por el termino de la usucapión, empero, es difícil verificar el estado posesorio por un largo periodo del tiempo, y aun cuando se utilice presunciones, estas

⁷⁰ GONZALES BARRON, Gunther. *Curso de Derechos Reales* pp. 332. “aquel configurado por dos o mas contratos de compraventa, validos y aun eficaces, cuyos cumplimientos en forma especifica son de todo punto incompatibles, y celebrados, sobre la misma cosa o derecho, por el mismo vendedor que, por lo menos en relación con uno de ellos, era el titular de aquella cosa o derecho doblemente vendido, con independencia de que alguno de los compradores haya o no recibido la entrega real o ficta. En esta forma mas genérica –y aplicable a nuestro artículo 1135, se puede decir que se trata del conflicto entre dos (o mas) títulos adquisitivos validos otorgados por la misma persona y sobre el mismo bien inmueble, siendo que dicha pugna de intereses debe ser zanjada claramente por la ley, en tanto, no es posible admitir que en un solo bien pueda ser entregado a distintas personas que arguyen títulos incompatibles sobre el”.

⁷¹ GONZALES BARRON, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, Ob. Cit., pp. 333.

⁷² CAS. N° 2409-98-CALLAO, enero 2000 “El derecho de propiedad debe concebirse como un derecho absoluto y exclusivo, siendo así no deben haber dos titularidades contrapuestas. Habiéndose presentado instrumentos jurídicos en los que consta el derecho de propiedad de ambas partes, era menester recurrir a supuestos normativos sobre concurrencia de acreedores como es el caso del art. 1135 del C.C. sobre prioridad registral”.

siempre admiten prueba en contrario. Con respecto al segundo problema (las cargas), este si es insoluble, ya que muchas cargas que afectan la propiedad territorial (por ejemplo: las hipotecas) no tienen exteriorización posesoria, y por ello, en estos casos, es imprescindible contar con algún sistema publicitario que se constituya en una excepción del principio consensualista.

- b) Por otro lado, inclusive en el caso de que haya de que el vendedor exhiba títulos legítimos, es posible que este haya enajenado el inmueble con anterioridad, siendo que el nuevo comprador desconozca la existencia del contrato precedente. En un sistema consensualista estricto, sin publicidad alguna, se presenta el grave problema de la doble venta.
- c) Aun en el caso de que el vendedor exhiba títulos de propiedad legítimos y no se produzca una doble venta, es posible que alguna de las enajenaciones anteriores en la cadena de transmisiones sea anulada o resuelta, con la consiguiente inseguridad para el último adquirente.
- d) Si las transmisiones operan con el solo consentimiento (sin publicidad), existe la posibilidad que algún tercero pretenda la reivindicación del inmueble, ya sea por tener mejor derecho de propiedad (haber adquirido del verdadero propietario) o por invocar a su favor la usucapión⁷³.

8.1.1. LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN EN EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA INMOBILIARIO.-

En nuestra patria, la puesta en práctica, por ejemplo, del sistema registral constitutivo de transferencia de la propiedad inmueble, como modo de transmisión del dominio inmobiliario, dado el nivel socioeconómico y cultural de las grandes mayorías nacionales y la imposibilidad de extender el registro inmobiliario a todos los confines de la patria, pese a significar el sistema más perfecto de seguridad jurídica individual imaginable incrementaría los costos de transacción a un nivel inaceptable, paralizando las transacciones jurídicas.

Un sistema de mero consenso reduce los costos de transacción, porque no requiere notario, no requiere de inscripciones, no requiere registros, lo que hace más “barato” contratar⁷⁴. Esta posición concuerda con la opinión del maestro LEON BARANDIARAN, por lo cual indica que la imperfección de los Registros Públicos, lo que hacía inviable el régimen constitutivo de la inscripción, considerando la deficiente organización administrativa, la falta de catastro y título idóneos que no existen en todas las regiones, “sin notario, sin abogados, sin clima propicio para imponer el requisito de la inscripción con carácter de ineluctable obligatoriedad⁷⁵.

⁷³ GONZALES BARRON, Gunther. *Curso de Derechos Reales*, Ob. Cit. pp. 594.

⁷⁴ FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Ob. Cit. pp.149-163.

⁷⁵ LEON BARANDIARAN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo III, Vol. I. Lima, WG Editor, pp. 345.

Compartimos plenamente la opinión del profesor *BULLARD*, “definitivamente lo que plantea *FERNANDEZ CRUZ* elimina ciertos costos. El problema es que genera otros costos, como consecuencia de aliviar los primeros. Básicamente se genera el costo de la incertidumbre. Es decir, como uno no sabe si quien le vende es efectivamente el propietario, probablemente no le compre o el compre mas barato. Basta simplemente con ver el precio en que se vende un inmueble no registrado con respecto a otro registrado para descubrir que la seguridad tiene un valor adicional por el cual nosotros pagamos, y que la propiedad vale menos como consecuencia de esta incertidumbre. La incertidumbre de saber si compro o no compro un bien hace que se celebren menos contratos, que haya menos circulación de riqueza y menor dinamismo, impidiendo la maximación de las operaciones y transferencias⁷⁶.

Es necesario indicar que en una economía de mercado los costos de transacción tienden a reducirse, brindando seguridad y garantía de los actos de transferencia de propiedad inmueble, la incertidumbre es el factor que no logra lo ideal para el análisis económico del derecho, que según *POSNER*⁷⁷ “a fin de facilitar la transferencia de recursos, de los usos menos valiosos a los mas valiosos, en principio de la ley debería hacer que los derechos de propiedad sean libremente transferibles”, agregamos que esta libertad de disposición de los bienes en las transferencias inmuebles deberán de estar dotadas de mínimas garantías que puedan otorgar la certeza de que la propiedad susceptible de enajenación corresponda al vendedor y que la propiedad brinde la garantía de exclusión total y oponibilidad frente a los terceros.

Creemos que el costo de transacción mas alto es para el mercado (transferencia inmobiliaria) seria el del principio de la desconfianza “una persona que tuvo la nefasta experiencia de comprar un inmueble por el solo contrato, que después se entero de que el mismo bien comprado por el fue vendido a una segunda persona quien si cumplió con inscribir el titulo al registro, no volverá a confiar o en el peor de los casos por un buen tiempo no intentara comprar algún bien raíz. Es justo que el primer comprador quede sin ningún derecho alguno frente al tercero, que si inscribió su titulo en el registro, es posible que el perfecto sistema consensual deje sin derecho a la persona que solo cumplió con le principio del articulo 949, por el cual el solo contrato hace propietario del bien inmueble.

9. LA SOCIEDAD AGRARIA Y EL CRECIMIENTO DE LAS CIUDADES.-

La sociedad peruana en 1936, en el mismo año que entro en vigencia el código civil de 1936, el sector agrario representaba la primera fuente de ingresos

⁷⁶ *BULLARD GONZALEZ*, Alfredo. Ob. Cit. pp. 146

⁷⁷ *POSNER*, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México-1998., pp. 78-79.

nacionales, la población económicamente activa, se encontraba residiendo en el campo.

Durante el transcurso del siglo XX las sociedades han sufrido un incontrolable fenómeno de urbanización, esto es, la población ha pasado a ocupar preponderantemente las urbes, abandonando progresivamente el campo. Esta realidad social tiene un carácter prácticamente universal y también se ha presentado dramáticamente en nuestro país.

De acuerdo con el censo del año 1940, el 17% de la población total del Perú vivía en ciudades de mas de 20, 000 habitantes, mientras que a fines de la década de los sesenta, el 65% de dicha población ya era urbana (JOSE MATOS MARDORDE Popular y Crisis del Estado).

Estos grupos humanos que buscaban asentarse en las principales ciudades del país se encontraron prácticamente fuera del círculo económico, del mercado y de la legalidad vigente. Y para ello crearon su propia legalidad.

Lo cual ha motivado a que el poblador urbano tome la posesión del suelo mediante el “*contrato de invasión*”, o por medio de compraventas dudosas que amparen la tenencia del predio rustico.

No compartimos lo expresado por el profesor, *FERNANDEZ GRUZ* “la realidad concreta del Perú contemporáneo, en nuestro concepto, tanto por su problema estructural del Estado-Nación (problema de orden sociopolítico), pero mas aun por su *economía preponderantemente rural y agraria*, motivando su posición en que la selección del consenso como mecanismo adecuado a nuestra realidad para regular la transmisión inmobiliaria, sin perjuicio de que en las zonas urbanas pueda ya implementarse un registro constitutivo de la propiedad, sobre la base de un adecuado plano registral⁷⁸.

En las últimas décadas se aprecia un intenso crecimiento de las ciudades del país, originando diversos problemas típicos de los crecimientos urbanos informales o desodorantes: como la especulación de la tierra, el encarecimiento de la vivienda, la tugurización particularmente en los asentamientos humanos, degradación del medio ambiente, etc.; de modo que el Perú se ha transformado de un país de predominio poblacional rural a uno fundamentalmente urbano.

En 1940 la población urbana solo representaba el 27 % de la población total actual, en 1993 ya superaba el 70% y se estima que para el año 2005 será de un aproximado de 80%, realidad que nos impide a afrontar el problema ya, como un reto nacional y no únicamente capitalino.

Compartimos lo expuesto por *HERNANDO DE SOTO* “que la representación tangible de un activo (título de propiedad) constituye un valor excedente a sus cualidades físicas y que de esta forma se genera el capital en países

⁷⁸ FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Ob. Cit. pp. 172.

desarrollados (En occidente, por ejemplo, los inmuebles formales en su mayoría son fáciles de usar como garantía para un préstamo; para obtener una inversión bajo la figura de intercambio de activos por inversión; de esta manera generando una economía, de un capital pasivo a un capital activo que dinamiza las diferentes transacciones.

Por lo anteriormente expuesto y fundamentalmente por la migración del campo a la ciudad de las personas, nuestra sociedad dejó de depender de una economía rural y agraria, los peruanos que residían en zonas rurales decidieron emigrar a las importantes y extensas ciudades del país, encontramos un estado y realidad social diferente en el momento que se promulgo el código civil de 1984.

Creemos que en momentos actuales de escasez de recursos y escasez de capital, el Estado debe facilitar y brindar las garantías jurídicas y económicas, en efectos que los peruanos protejan su derecho de propiedad inmueble; El derecho a la propiedad es un derecho fundamental de toda persona, y como tal, el estado debería de perfeccionar los mecanismos de protección y garantía en el sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú. Es necesario modificar el artículo 949, y establecer un sistema constitutivo donde la inscripción en los registros públicos constituya el modo del que una persona se hace propietaria y que un simple contrato “*secreto*” no sea el medio idóneo en la transferencia de la propiedad inmueble, en la actualidad entre los peruanos el “*principio de la desconfianza*” (*no se si la propiedad que deseo adquirir contiene algún gravamen, si fue enajenada con anterioridad o si el que me enajena es el verdadero propietario*) es el que rigen nuestro país, por la “*criollada*” de los contratantes; en la celebración de los diferentes transacciones.

La propiedad es el derecho real más perfecto por excelencia, es un derecho fundamental, columna vertebral del derecho civil patrimonial; por los motivos anteriores mencionados, es necesario revestir de garantías, seguridad y certeza, a las diferentes transacciones inmobiliarias, es necesario en la actualidad que la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, se ejecute mediante la inscripción del Título en los Registros Públicos.

10. CONCLUSIONES.-

- 1) El artículo 949 del Código Civil, se evidencia el problema de la falta en publicidad de la adquisición del bien inmueble frente a terceros.
- 2) El sistema peruano de transferencia de propiedad inmueble respalda la propiedad relativa, pues no permite excluir a todos, toda transmisión de propiedad debe estar dotado de seguridad jurídica en sus operaciones, favoreciendo la dinámica circulación de los bienes inmuebles.
- 3) La inscripción declarativa en merito del artículo 1135, otorga la garantía y seguridad jurídica que no brinda el artículo 949, constituyendo una excepción y reconociendo la importancia de la inscripción del título en el registro.
- 4) El artículo 1135 en cierta forma otorga a la inscripción, la calidad de modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria.

- 5) En la concurrencia de acreedores de propiedad inmueble, se evidencia el principio *“Quien inscribe primero es propietario”*, es la opción más recomendable y practicada en la realidad.
- 6) En toda transferencia de propiedad inmueble, es necesario interpretar y relacionar el artículo 949 del Código Civil, con otras normas que brindaran una serie de garantías y corregirá los defectos que pudiera acarrear la solitaria aplicación del artículo 949, considerando los siguientes artículos: *1135, 2012, 2013, 2014, 2016 y 2022 del Código Civil.*

**UNIDAD I: ALCANCES DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL EN LA
ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL PERU: ¿ES
NECESARIO REGISTRAR?.**

LECTURA COMPLEMENTARIA

- ESCAJADILLO CHIMAYCO, Francisco. “¿PROPIEDAD SIN REGISTRO? Reflexiones en torno a la Transferencia de la Propiedad en el Perú”.

¿PROPIEDAD SIN REGISTRO? REFLEXIONES EN TORNO A LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD EN EL PERÚ

Francisco Escajadillo Chimayco *

SUMARIO: Introducción. **I) Marco Teórico.** 1.1 Un vistazo al derecho de propiedad a la luz de la teoría del derecho subjetivo. 1.2. “Mi Propiedad Privada”: Acerca de la función del Registro en la Propiedad **II) Planteamiento del problema.** 2.1 Sistema consensual, seguridad jurídica y algunas contradicciones en el sistema peruano. 2.2 El que mucho abarca poco aprieta: Sobre el registro constitutivo y el catastro. **III) Conclusiones y propuesta**

Es pertinente precisar que el desarrollo del presente trabajo pretende brindar una aproximación distinta sobre la transmisión de la propiedad de predios en el Perú. Ello sin dejar de lado el fundamento teórico intrínseco de toda institución jurídica. Por lo que recurriré frecuentemente a los argumentos que la doctrina clásica y moderna han aportado al debate; procurando presentar un análisis multidisciplinario. Partiendo sobre la base de las teorías del derecho subjetivo, incursionando sobre los derechos reales, obligaciones, contratos y –claro está- del derecho registral; consciente que el estudio transversal de las instituciones jurídicas, en el derecho civil, es esencial para poder entenderlas, y aplicarlas correctamente; o, en este caso, para detectar los problemas que presentan y plantear una visión personal que ayude a subsanar sus eventuales deficiencias.

Considero oportuno confesar que desde siempre el estudio del derecho de propiedad ha llamado mi atención (y es probable que la de muchos) por ser una institución capaz de ser analizada desde diversas perspectivas. Es así, que desde un punto de vista teórico se afirma que en la propiedad puede hacerse todo cuanto sea jurídicamente posible¹; lo que –en ocasiones- genera resultados que no atienden el inherente contenido sentimental que se tiene respecto a lo que consideramos “nuestro”; razón de ello, es que se desarrolla un enfoque subjetivo, por el que se entiende el uso y necesidad más usual de

* Estudiante del 10mo ciclo de la facultad de Derecho (Especialidad: Derecho Civil) en la Universidad San Martín de Porres. Actualmente Practicante Pre-profesional en IMAGINA GRUPO INMOBILIARIO.

¹ Definición amplia que acogen códigos como el BGB Alemán; en Sudamérica, por ejemplo, el artículo 2.507 del Código Civil argentino de 1869, recoge también una definición no descriptiva (abstracta) del derecho de propiedad.

la propiedad inmobiliaria es la vivienda, espacio donde nos desenvolvemos establemente por desarrollar en ella nuestras actividades básicas –como formar una familia- siendo inevitable la afectación sentimental que se tenga sobre este espacio. En ese sentido WESTERMANN² sostiene que en el hombre –y no sólo en el que vive en una economía de mercado- subyace el deseo de poder asegurar su subsistencia, su cuidado, y el de sus familiares en todo lo posible, mediante la adquisición y conservación de derechos subjetivos y, en caso sea necesario, mediante su defensa. Partiendo de este punto es que es posible sostener su enfoque económico³, al considerar que el derecho de propiedad otorga a su titular un derecho de exclusiva respecto a un bien determinado; con ello el titular tiene los incentivos necesarios para invertir, al permitirle internalizar externalidades y asumiendo directamente las consecuencias que se deriven de su aprovechamiento. Ello se logra en razón a que el titular tiene la facultad de excluir al resto de su uso y disfrute⁴ como consecuencia del reconocimiento del derecho subjetivo, entendiendo así que el interés del sujeto a dicho reconocimiento se funda en que constituye una herramienta para satisfacer sus necesidades. Al respecto ALVAREZ CAPEROCHIPÍ⁵ afirma que el registro es el resultado de descubrir y desencadenar la energía potencial de una propiedad inmobiliaria, que sirve para algo más que producir lechugas: produce capital, por generar certeza al crédito y ser instrumento de formación del capital necesario para la vida económica y el desarrollo capitalista.

El problema que se presenta con más frecuencia en la propiedad inmobiliaria y, a la vez, adonde debe orientarse un buen sistema de transmisión es hacia otorgar: **(i) la seguridad del derecho adquirido; y, (ii) la reducción de los plazos en los procedimientos administrativos relativos a la adquisición del derecho.** Resulta claro pensar que para superar estas barreras se necesita que los individuos, quienes compran y venden bienes, cuenten con un nivel de

² Harry WESTERMANN y otros. Derechos Reales. Volumen I. 7ª edición. Traducido al español por Ana Cañizares Laso y otros. Madrid: Fundación Cultural del Notariado. 2007. P. 301

³ Garrett HARDIN. The Tragedy of the commons, en Science, New Series, Vol. 162, No. 3859. (Dec. 13, 1968), p. 1243-1248.

⁴ Las excepciones son claras: El caso de la expropiación o las servidumbres mineras, por ejemplo.

⁵ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. Derecho Registral Inmobiliario, 3ª edición, 1ª en el Perú, Lima: Jurista Editores, 2010, p.175 y 176.

información idóneo a fin de utilizar los mecanismos institucionales para reforzar la adquisición de su derecho; por lo tanto, es la publicidad registral la que satisface dicha necesidad de información. Del mismo modo, se considera importante el rol del Estado por ser el único capaz de reducir los costos de transacción existentes para acceder al sistema registral, todo ello sin enervar su propósito (en específico): otorgar seguridad jurídica al tráfico de bienes.

Tras un análisis costo-beneficio, es decir, sobre cumplir o no cumplir con los requisitos formales (en el caso concreto, por el hecho de recabar la documentación necesaria y tras el procedimiento de calificación registral), contrastado ello con el grado de seguridad que la inscripción otorgue (en función a la prevención del riesgo de pérdida *ex post*), nos es posible concluir si nos resulta más eficiente acceder al sistema registral o mantenernos al margen (opción por la que opta un sector de la población), independientemente de si el sistema es constitutivo o consensual⁶. Al respecto, no pierde razón Alfredo BULLARD⁷ cuando refiere que *uno no se siente propietario cuando el código lo dice, sino cuando siente que su propiedad es segura*, es así que por sistemas de *propiedad inconclusa* no se logra dar soluciones a situaciones concretas de la vida.

Nuestro Código Civil, en la materia que me ocupa, incurre en varios contrasentidos en la medida que muchas veces el sistema privilegia -en perjuicio de otros- la titularidad de los bienes inmuebles a sujetos -tal vez- con mayor información, mejor asesorados o con mejores posibilidades económicas, quienes al ampararse en el ordenamiento jurídico vigente logran adquirir y conservar el dominio de determinados bienes perjudicando el interés de otros que adquirieron sobre la base de la confianza o *bona fide* del acuerdo *inter partes* y optaron por no inscribir⁸. En el anteproyecto de nuestro código actual

⁶ AVENDAÑO ARANA, Francisco. *Los efectos de un sistema registral eficiente en el sistema de transferencia de propiedad*. En: Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Volumen II. Lima: Palestra Editores. 2008. PP.1121 -1134.

⁷ Siguiendo a BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Los Sistemas de Transferencia de Propiedad y la Propiedad Inconclusa*. En: Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales. 2da Edición. Lima: Palestra Editores, 2006, PP. 161 - 201.

⁸ A manera de ejemplo: La fe pública registral (Art. 2014º del Código Civil peruano) en la que se tutela al tercer adquirente de buena fe sobre la base de la información que el registro publicita; y el caso del

existieron propuestas para clasificar los bienes en Registrados y No Registrados con la finalidad de instituir un sistema de registro constitutivo; sin embargo, dicha propuesta no prosperó al utilizarse argumentos en contra respecto a los bienes, la naturaleza y los romanos⁹; es decir, preferir la tradición jurídica a la eficiencia de las instituciones.

Es por todo ello la motivación del presente trabajo, y mi intención de analizar el problema de la transmisión de la propiedad en el Perú, considerándose importante el análisis comparatista, pero procurando siempre aterrizar en nuestro contexto; pretendiendo brindar una aproximación distinta respecto a la interpretación sistemática del artículo 949^o, la llamada obligación de enajenar y los efectos reales que (como conclusión de dicha redacción) se argumenta que derivan del contrato; lo que evidencia la adscripción de nuestro sistema al consensual (o espiritual) francés, donde se le otorga un valor preponderante a la voluntad humana en la realización de negocios traslativos de dominio o con finalidad traslativa; todo ello –claro está- vinculado con los principios registrales, entendiendo que el acceso al registro y su eventual exigencia en otras legislaciones –como el sistema alemán– constituyen un *modus* de transmitir la propiedad o de constituir tal derecho por ser éste un requisito de validez del negocio jurídico.

Bajo el esquema propuesto, soy de la opinión que las normas jurídicas pueden considerarse como un arma de doble filo; sobre este punto pretendo parangonarlas con las armas de fuego, puesto que depende del sujeto que las detente para determinar si son o no riesgosas, me refiero al uso y su finalidad, puesto que sin manipulación humana la probabilidad de riesgo disminuye y es casi inexistente. Naturalmente mientras más sea el conocimiento y consecuente manejo de estas, mejor será su manipulación y menor la probabilidad de daño por una incorrecta manipulación (culpa). El efecto perverso que aquí se presenta es que el conocimiento de quien la detente constituye el *elemento objetivo*; la intención (dolo) –aspecto determinante- del

1135^o, sobre la concurrencia de acreedores (en el caso de la doble venta, por ejemplo), donde se establece un orden de prelación que parte sobre la base de la inscripción registral.

⁹ DE TRANZEGNIEZ GRANDA, Fernando. *Bienes, naturaleza y romanos*. En: El Comercio, 21 de diciembre de 1982.

sujeto que la tenga en su poder será el *elemento subjetivo*. Las normas funcionan del mismo modo, se promulgan en base a “buenas intenciones” pero ello no asegura que su uso atienda a tal fin; dependerá mucho de quien las aplique y del interés que se pretenda tutelar, todo ello sobre la base del conocimiento que se tenga sobre el sistema en general, para determinar si la consecuencia de su uso atendió o no al fin primigenio. Un conocimiento incompleto –o ya sea incorrecto- nos dará muchas veces resultados injustos.

I. MARCO TEÓRICO

1.1 Un vistazo al derecho de propiedad a la luz de la teoría del derecho subjetivo

Analizar los fenómenos jurídicos desde sus bases ayuda – en ocasiones- a evitar grandes disputas sobre temas que poco o nada contribuyen a solucionarlos. En el proceso de las construcciones dogmáticas sobre la transferencia de la propiedad, es probable que se haya perdido de vista la naturaleza jurídica del derecho de propiedad como derecho subjetivo, de igual forma, es posible que se haya apartado del análisis *ex ante* a la decisión legislativa de adoptar determinado sistema de transmisión, factores como la realidad social, política y cultural. Es por ello que más allá de si el registro constitutivo puede o no crear derechos, de si la inscripción es la forma de adquirir el dominio que sirve de lucha contra la clandestinidad¹⁰, de si la transmisión espiritual (consensual) es la forma adoptada más ágil para transferir o no, entre otras posturas; el *quid* puede ser analizado desde la esencia misma del Derecho de Propiedad, esto es, desde su estructura general como Derecho Subjetivo. Partiendo de ello, notaremos que la propuesta de sistemas como el nuestro, sólo representa un despropósito frente a un valor esencial superior como lo es el reconocimiento del derecho de propiedad.

¹⁰ En palabras de GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo 2, Madrid: Civitas, 1993, p. 65

En palabras de TRABUCCHI¹¹ *el titular de un derecho subjetivo puede parangonarse al hombre que tiene el poder de pulsar un interruptor de corriente eléctrica, aprovechándose de una fuerza ajena a él.* De ese modo tan sencillo es como Trabucchi explica la esencia del derecho subjetivo, precisando que es una fuerza que no proviene del titular, sino del ordenamiento; dicha fuerza, sólo es posible ejercerla una vez reconocido el mismo derecho. Así, el derecho subjetivo es entendido por BARBERO¹² como *el **resultado** de una protección jurídica actuada para todos por el derecho objetivo, por el ordenamiento jurídico* (la negrita es propia).

Se entiende que la construcción de la noción del derecho¹³ (no sólo la vinculada al mundo jurídico) sino en rasgos generales, es *la facultad del ser humano para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida*¹⁴ (el subrayado es propio), bajo esos términos, ello presupone que el derecho sea reconocido para poder ejercer las atribuciones que éste permite. Dicho reconocimiento se da tras verificar que el hecho se subsume en la fenomenología de alguna norma jurídica o con el reconocimiento judicial del mismo, o de cualquier autoridad estatal al resolver una controversia, por ejemplo. Es decir, para que un derecho sea derecho *stricto sensu*, en términos jurídicos, se exige su previo reconocimiento por el Estado, siendo necesario dicho presupuesto para que pueda atribuirse como efecto el derecho de exclusiva, tras reconocer (valoración jurídica) los caracteres socialmente

¹¹ Alberto TRABUCCHI. Instituciones del Derecho Civil. Tomo I. Traducida al español por Luis Martínez Calcerrada. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1967, p. 53

¹² Doménico BARBERO. Sistema del Derecho Privado, Tomo I, *Introducción Parte Preliminar – Parte General*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, p.168

¹³ Al respecto Imerio Jorge CATENACCI en *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2001, p. 13 y 14 señala que “el término derecho está afectado de polisemia, es decir que con dicha palabra designamos distintas realidades del fenómeno jurídico.” Es así que describe la noción de derecho objetivo (como conjunto de normas vigentes en un determinado territorio), derecho subjetivo (como la facultad atribuida a un sujeto para hacer, no hacer o exigir algo) y, por último, la que se refiere a la expresión de un ideal de justicia, es decir, el derecho en el sentido de lo justo.

¹⁴ Definición acogida en la décima acepción del significado acogida por la Real Academia de la Lengua Española. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=derecho

relevantes de los intereses o actividades de las personas que justifiquen su posible relevancia en el plano normativo.¹⁵

De la misma definición de la RAE, citada líneas arriba, se destaca que de la noción del *interés* del sujeto en el ejercicio del derecho se reconocen como elementos constitutivos del derecho subjetivo (i) el interés y (ii) la voluntad¹⁶. Es evidente que, al respecto y en el transcurso de la historia, se han presentado diversas teorías esbozadas respecto a la noción del derecho subjetivo, las mismas que han sido recogidas y muy bien explicadas por el profesor Freddy ESCOBAR¹⁷. Al respecto sólo haremos un breve recuento y resumen de lo dicho por el doctor Escobar a fin de enriquecer el contenido del presente acápite:

- (i) La teoría de la voluntad: Elaborada por los principales representantes de la Escuela Histórica del Derecho, considerando al primero en sostener dicha concepción voluntarista a Friedrich Carl von Savigny, al considerarse el derecho subjetivo como un poder de la voluntad individual, siendo la voluntad, el elemento central del derecho subjetivo. Siendo modificada luego por Windscheid, quien intentó eludir la crítica de Ihering sin resultar satisfactoria su apreciación.
- (ii) La teoría del interés: Siendo el segundo intento de la doctrina por definir el derecho subjetivo, tuvo como autor a Rudolf von Ihering, el mismo que oponiéndose a la concepción voluntarista sostuvo que el elemento central no era la voluntad de la persona, sino el interés. Sosteniéndola sobre la base de que existen supuestos en los cuales sujetos sin voluntad, como niños o enfermos mentales, son titulares de derechos subjetivos. Considerando al interés (entendido como la expresión del valor de un bien en relación al sujeto) como uno de los elementos, siendo el otro, la protección del interés por el

¹⁵ Rosario NICOLÓ, *Las situaciones jurídicas subjetivas*. Traducción de Carlos Zamudio Espinal. En: *Advocatus* Nº 12. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2005, pp. 103.

¹⁶ Alberto TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 53

¹⁷ Freddy ESCOBAR. "El Derecho Subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura" *Ius et Veritas*.16 (1998).

ordenamiento jurídico, redefiniéndola luego tras ser consciente de que existían intereses jurídicamente protegidos que no constituían derechos subjetivos.

- (iii) La teoría de la protección: Elaborada luego de la de Ihering, siendo su autor Augusto Thon, también citado por BARBERO¹⁸, quien precisó que el elemento esencial no era el interés protegido, sino la protección del interés. Partía de la distinción de que una cosa era el fin del derecho subjetivo, y otra, el derecho subjetivo mismo, considerando así que el derecho subjetivo era el medio de protección de un interés.
- (iv) La teoría ecléctica o mixta: Elaborada paralelamente a la teoría de la protección, defendiendo como concepto de derecho subjetivo al poder de la voluntad limitado por el interés al cual tutelaba y por el que adquiriría fuerza jurídica¹⁹.
- (v) La teoría del *facultas agendi*: Formulada años después de la teoría ecléctica, se apartó de los límites trazados por las teorías de la voluntad y del interés, considerando al derecho subjetivo como una posibilidad de obrar, es decir, el poder de obrar voluntariamente dentro de los límites que la ley imponía²⁰.

Tras analizar la estática del derecho subjetivo, creemos oportuno echarle un vistazo a su aspecto dinámico, considerándose fundamental también para el presente trabajo; por ello tomaré como referencia el trabajo de la Dra. María del Carmen GETE-ALONSO²¹ sintetizando lo relevante de su lectura.

Para empezar, y como sustento de lo propuesto, la autora en referencia menciona que el *nacimiento* de un derecho subjetivo se da con la producción del hecho al que el ordenamiento liga tal efecto, tras concurrir todos los

¹⁸ Doménico BARBERO, op. Cit. P. 166

¹⁹ Respaldata, entre otros, por Alberto TRABUCCHI, quien fue citado líneas arriba dentro del mismo acápite.

²⁰ Chioni G.P. y Albello, L., *Tratatto di Diritto Civile Italiano*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1904, vol. I, pág. 112. Citado por Freddy Escobar en el artículo en mención.

²¹ PUIG FERRIOL, GETE-ALONSO y CALERA, GIL RODRIGUEZ y HUALDE SANCHEZ. *Manual de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 1997, p. 415-449

presupuestos y requisitos que se exigen en cada caso concreto; es así que se analiza la adquisición del derecho en la esfera jurídica del titular distinguiéndose en distintos tipos o modos de adquisición, tomando como criterios:

(i) Respecto a la eficacia que se reconoce a la voluntad humana pueden ser:

- Adquisición *ex lege*: Es decir, se atribuye el derecho al titular con independencia de la voluntad humana, tras la concurrencia y requisitos de cada caso. Por ejemplo: El nacimiento.
- Adquisición voluntaria o negocial: Aquí se determina el efecto adquisitivo con la voluntad humana. Por ejemplo: En lo negocial, a la compraventa. Y en la voluntaria pero no negocial al daño.

(ii) Por la dependencia o independencia de la situación jurídica:

- Adquisición originaria: Es decir, *ex novo*, la adquisición se da sin relación de causalidad con una situación jurídica anterior. Por ejemplo: El autor de una obra.
- Adquisición derivativa: En este caso sí se presenta la relación de causalidad con el anterior titular, basándose, fundamentándose y derivando de este la adquisición del derecho, sintetizándose en la regla del *nemo plus iuris ad alium tranferre potest quam ipse haber*, es decir: que nadie puede transmitir a otro más derecho de los que uno tiene. Del mismo modo se diferencia en la adquisición derivativa a la adquisición traslativa y a la constitutiva; manteniéndose, en la primera, el mismo derecho con sólo un cambio de titular. En la segunda, derivativo-constitutiva, la creación del nuevo derecho se da sobre la base del preexistente, o sea, limitándolo, por ejemplo: La constitución de una servidumbre de paso o de un usufructo.

(iii) Por formación del supuesto de hecho al que se otorga eficacia: En este punto es preciso un análisis sesudo, puesto que partiendo de aquí es que se fundamentan muchas aristas del presente trabajo.

- Adquisición instantánea: En este caso la producción del hecho previsto y la adquisición del derecho se dan simultáneamente, por ejemplo, la donación de un bien mueble, en el caso Peruano, con un valor menor al 25% de la UIT conforme al artículo 1623^o del Código Civil.
- Adquisición sucesiva: Se da por la concurrencia de un hecho complejo o de varios, de tal forma que de no producirse el último, no se da la total y definitiva adquisición. Considerando que entre el espacio temporal que media entre el primer hecho hasta el último, la situación del definitivo adquirente puede variar, considerando que sólo tiene un *derecho interino*, en palabras del ya citado Trabucchi.

Es así, que tras analizar la estructura y dinámica de los derechos subjetivos, en especial, su relación con el derecho de propiedad, pasaré a desarrollar diversos factores que considero relevantes; por ello, es importante que el lector tenga claro hasta este punto los conceptos desarrollados, partiendo de la premisa que la transmisión del derecho de propiedad respecto a la adquisición derivada de su anterior titular²², constituye una adquisición negocial, derivativa-traslativa y sucesiva, conforme al esquema desarrollado.

1.2 “Mi propiedad privada”: De cómo el Registro consolida la propiedad

*“Para que sepan todos que tú me perteneces,
con sangre de mis venas te marcaré la frente,
para que te respeten aun con la mirada
y sepan que tú eres mi propiedad privada (...)”*

Es importante resaltar que la razón del título (“Mi propiedad privada”) y su evidente relación con una conocida canción interpretada en diversos géneros musicales busca demostrar cómo es que sin alejarse mucho del lenguaje

²² Carlos LASARTE. Principios del Derecho Civil, Parte General y Derecho de la Persona. Tomo I, 12^a edición. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2006, p. 126 y 127

cotidiano puede concluirse que las personas que no dominan un lenguaje técnico-jurídico perciben y, en este caso, describen de modo tan preciso la finalidad del derecho de propiedad, en especial, ser **privada**. La finalidad de este acápite no es profundizar en la dogmática del derecho de propiedad, sino encontrar los puntos de conexión esenciales relacionados al registro y a la publicidad jurídica.

Tomando como referencia la pequeña estrofa citada en el encabezado del presente acápite, es que nos permitimos explicar la función y utilidad de la propiedad, encontrando intrínsecamente elementos que se asemejan a todo lo elaborado en el plano jurídico. Sobre el particular, la finalidad de este acápite se ocupa en sustentar algunas de las conclusiones a las que llegaremos al concluir el presente trabajo, dejando la posibilidad de que el lector pueda asumir las propias o compartir las expuestas; por ello, haremos un planteamiento lógico y, atreviéndome a mencionar uno de los principios más importantes del derecho registral, respetando el **tracto sucesivo** de las ideas planteadas.

Para empezar, la idea de la propiedad privada evoca inevitablemente la relación de pertenencia exclusiva de algo a alguien, esa relación no es puramente abstracta, se materializa y, del mismo modo, se hace cognoscible a todos por el hecho de encontrarse bajo el dominio de alguien; es decir, ello se entiende al generarse la apariencia del derecho, dicha apariencia sólo se logra mediante la utilización de sistemas de publicidad como la posesión²³ o el, más desarrollado, registro público.

No sería un atrevimiento pensar que todo lo que hoy en día nos rodea existe en la medida que es necesario o alguien lo necesita, pues la permanencia de las cosas (abstractas o concretas) dependerá de la utilidad que éstas proporcionen, caso contrario, su desuso generará su extinción. Es así que de la necesidad de establecer un orden y, como alternativa a la superación paulatina

²³ La posesión, en estos términos, funciona—sin lugar a duda— como un sistema de publicidad al constituir un signo visible, generando la apariencia de la propiedad conforme al artículo 912º del C.C presunción iuris tantum; aunque por lo general es más certera en el dominio de los bienes no susceptibles de registro.

en la defensa de los intereses es que, en palabras de ROUSSEAU²⁴, se crean convenciones, mediante las cuales las personas se asocian para defender y proteger -con la fuerza común- a la persona y los bienes de cada “asociado” confiando la suprema dirección a la voluntad general, es así, que aparece la figura del gobernador (rey, presidente, etc. de acuerdo al sistema político que se adopte) quien por elección popular, hace posible lo que hoy en día conocemos como Estado de Derecho. Es así que los efectos jurídicos se condicionan a la subsunción del hecho en la norma, ello implica una valoración (o reconocimiento) del mismo, tras configurarse dentro de los márgenes del supuesto de hecho.

En líneas generales, una de las principales funciones del gobierno, como representación de un Estado, es el deber de implementar los mecanismos necesarios²⁵ para hacer posible la vida en común (de esto se desprende el crecimiento económico, el reconocimiento de los derechos, entre otras cosas). Siguiendo con la misma línea de pensamiento *la garantía institucional es importante –incluso indispensable-, así como el aseguramiento de las posibilidades individuales de adquisición y defensa.*²⁶

El reconocimiento del Derecho de Propiedad por el Estado más allá de ser una de sus funciones fundamentales en el plano de los derechos fundamentales, como líneas arriba ya se explicó, resalta también su importancia en el plano económico, es por ello que la ciencia económica centra su análisis sobre la propiedad, puesto que la propiedad privada es la base de la economía de

²⁴ Jean Jacques ROUSSEAU. El contrato social. Traducción de Enrique Azcoaga. Madrid: SARPE, 1983, p.40-47 Evidentemente no entraremos al debate filosófico planteado en torno a la tesis del contrato social, pues sólo para efectos de entender y resaltar el rol estatal en la protección de los derechos nos remitiremos a la lectura del citado libro.

²⁵ Así lo señala Marina GASCÓN ABELLÁN. *La teoría general del garantismo: Rasgos principales*. En: Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 21. *Podría decirse, pues, como primera aproximación, que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas.*

²⁶ Harry WESTERMANN y otros. Derechos Reales. Volumen I. 7ª edición. Traducido al español por Ana Cañizares Laso y otros. Madrid: Fundación Cultural del Notariado. 2007. P. 301

mercado libre²⁷ y el ordenamiento jurídico se encargará -por medio de los requisitos exigidos para cada acto- de orientarse a otorgar el máximo grado de seguridad jurídica a la adquisición y conservación de los derechos. Esta seguridad, en nuestra opinión, efectivamente se logra recurriendo a los mecanismos que el poder estatal proporciona para poder hacer oponibles los derechos -es decir- ello se da tras ser inscritos en el registro público (Sunarp) lográndose así el máximo grado de seguridad que toda adquisición de derecho de propiedad necesita, al amparo de los artículos 1135^o (conurrencia de acreedores sobre bien inmueble) y 2014^o (fe pública registral)²⁸.

Utilizando la estrofa de la canción citada, se entiende que la marca en la frente (como un signo **visible por todos**) genera la apariencia de que *algo* pertenece a alguien, y esa distinción permite al titular de la “marca” excluir a todo aquel con el que no haya consentido intervención o relación alguna con ese *algo*, o que simplemente no tenga derecho a hacerlo.

A modo de ejemplo, en la sierra peruana para reputar el ganado²⁹ como propiedad de determinado campesino, a cada animal se le coloca un distintivo en la oreja o marca en la piel. Lo que de aquí se destaca y es oportuno mencionar, es cómo en los diferentes estratos sociales la idea de la pertenencia se encuentra arraigada y, de igual forma, se consigue tras utilizar mecanismos de publicidad con el fin de generar la apariencia de la propiedad y garantizar no ser perturbado por otros; es también evidente, que prescindir –o

²⁷ Robert H. FRANK. Microeconomía Intermedia. Análisis y comportamiento económico. Traducida al español. México: McGraw-Hill/Interamericana editores S.A. 2009, 7ma Edición, p. 543

²⁸ Evidentemente limitado, en el caso de la fe pública, puesto que es exigible para que se configure la buena fe, que se ignore el “*hecho o evento que impide la adquisición ordinaria, con el agregado de ser una adquisición onerosa e inscribir la operación.*” Así lo refiere MEJORADA CHAUCA, Martín. *La nueva fe pública registral*. En: Diálogo con la jurisprudencia, tomo 150, marzo 2011, año 16. Lima: Gaceta Jurídica, p. 115 y 116. Además de considerarse, por el mismo autor citado, como una excepción a la adquisición ordinaria o al principio del *nemo plus iuris*. En modo similar, los alcances del 1135^o recogen lo denominado *prior in tempore, potior iure*, entendiéndose que prevalece el interés del primero inscrito.

²⁹ Resulta curiosa, sobre este punto, la redacción que el artículo 891^o del Código Civil Peruano de 1936, el mismo que precede al actual, dispone: “*La marca o la señal en los ganados que la lleven, prueba la propiedad de quien la tiene registrada a su nombre conforme a las leyes que se dicten.*” Sin intentar ir muy a fondo, este tema resulta muy sugerente, puesto que la Universidad Nacional Agraria La Molina, inició la conducción de los registros genealógicos en el año 1950 (posterior a la dación del código citado) en coordinación con la Asociación de Ganaderos del Perú y auspiciados por el Ministerio de Agricultura, oficializado en 1954 por Resolución Ministerial de dicho ministerio. Bien es cierto que hasta la actualidad ha ido mejorando, pero abordar cada aspecto tomaría más espacio del que nos permitimos.

desvincular- la publicidad de la propiedad resulta claramente riesgoso para cumplir los fines que la propiedad persigue.

Así, no cabe duda que el desarrollo de la tecnología en la actualidad ha sido –y es- de gran importancia para la protección de los derechos de propiedad, proporcionando ésta los medios para poder excluir al resto de nuestros bienes, es así que la tecnología nos ha permitido reducir tiempo y costos en recopilar datos catastrales, almacenar información, evitar la duplicación de datos, integrar los registros y transferir los derechos sobre los bienes³⁰. Es gracias a la tecnología que servicios como el de “Alerta Registral” implementado por la Res. Nº 185-2008-SUNARP-SN y notoriamente vinculado con el principio de *Publicidad Formal* (la posibilidad de toda persona de poder acceder a la información que el registro publicita) conforme al Título II del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos. La implementación del servicio de Alerta Registral se sustenta en el uso masivo de correos electrónicos e internet en la actualidad, permitiendo proporcionar al titular registral (la persona que figura con derecho inscrito en el registro) o a cualquier interesado, información sobre la existencia de algún título en trámite por lo que de comprobarse tal hecho se enviará por correo electrónico al e-mail que se consigne en el formato de la página de Sunarp (www.sunarp.gob.pe) los datos relevantes sobre dicho título pendiente a fin de que el interesado tome conocimiento de ello y pueda hacerle el seguimiento. Tomando en cuenta que el procedimiento registral es de naturaleza no contenciosa, es decir, no admite oposición conforme al artículo 1 de las disposiciones generales del TUO mencionado, la finalidad de éste servicio es advertir al titular o interesado de cualquier acto que pretenda inscribirse a fin de que este realice las indagaciones pertinentes si es que viera amenazado su derecho por el título en trámite.

Su utilidad se funda, por ejemplo: En el caso que alguien pretenda inscribir una compraventa en favor de otra persona sin consentimiento del titular regístralo o

³⁰ Enrique PASQUEL. *Del Alambre de Púas al GPS. La Influencia de la Tecnología en los Derechos de Propiedad*. Publicado en: Alfredo Soria (Compilador) “El impacto de las innovaciones tecnológicas en el Derecho Privado”, UPC, 2009.

de quien tenga alguna situación jurídica de expectativa sobre el inmueble que sea incompatible con la naturaleza de lo que se pretenda inscribir, tras enviarse el aviso por correo electrónico, el titular puede interponer una demanda y anotarla en la partida, a fin de que se publicite dicha carga y la persona adquirente no se deje engañar o tome sus precauciones, el fundamento de ello reposa en el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en el 25 Pleno del Tribunal Registral, el mismo que se invoca en la **Resolución N° 1092-2010-SUNARP-TR-L** del 23 de julio de 2010 de lo que se desprende que *la sentencia firme que declare la nulidad de una transferencia de dominio retrotrae sus efectos a la fecha del asiento de presentación de la anotación de la demanda respectiva, enervando los asientos registrales incompatibles que hubieran sido extendidos luego de la referida anotación, tales como transferencias de propiedad, embargos, hipotecas, etc.*

Bajo ese esquema, analizar el Derecho de Propiedad a la luz de las nociones clásicas contribuye en la tarea de conocer el fundamento de dicha institución, empero lo cierto es que -en la actualidad y- en el transcurso de la historia esa noción varía en función a las necesidades de la sociedad (no se debe perder de vista que el Derecho sirve a la realidad y no viceversa)³¹ es por ello, que es importante resaltar y estudiar las herramientas que –hoy en día- tenemos a nuestro alcance para hacer cada vez más *seguro* nuestro derecho³².

El registro, como resultado del desarrollo de la sociedad, responde a la necesidad de información y consecuente seguridad que exigen los individuos en el ámbito de sus relaciones jurídicas otorgando eficacia declarativa y –en algunos casos- constitutiva a dicha información (actos o derechos) que este publicita (principio de publicidad), la misma que se suple bajo la presunción de que la información que consta en los asientos registrales es exacta y válida

³¹ MEJORADA CHAUCA, Martín. *Carta del Dr. Martín Mejorada*. En: JuS-Doctrina & Práctica, Edición N°3, p. 194.

³² Pau Pedrón citado por DELGADO SCHEELJE, Alvaro, *La publicidad jurídica registral en el Perú: Eficacia material y principios registrales*, en Folio Real Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, Año 1, N°1, Perú, p. 14 quien nos dice que el <<Estado, para satisfacer esa necesidad de certidumbre, organiza la publicidad. A través de la publicidad se hacen innecesarias las averiguaciones. El Estado hace públicos esos datos cuyo conocimiento se requiere para entablar las más diversas relaciones jurídicas>>.

(principio de legitimación) en el sentido que cada asiento representa una inscripción sometida a un previo examen de legalidad (principio de legalidad) hecho a los documentos sobre los cuales se solicitó (principio de rogación) documentos que, por regla, son públicos (principio de titulación auténtica), los mismos que se extienden en orden correlativo y con su respectiva relación de causalidad (principio de tracto sucesivo), en el caso de bienes inmuebles, en la partida registral que –en el caso peruano- se apertura por cada finca (folio real).

La propiedad es el máximo poder jurídico que se tiene frente a un bien mueble o inmueble³³, este poder nos permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar tal bien, tales atributos tienen su origen en el Derecho Romano, los mismos jurisprudencia no definían tal derecho por considerar que escapaba de toda definición por su sencillez y extensión³⁴, en razón a ello, sólo estudiaban los beneficios que se derivaban: (i) El Jus Utendi, (ii) El Jus Fruendi, (iii) El Jus Abutendi y (iv) Jus Reivindicandi; el derecho a usar, disfrutar, abusar (por extensión: disponer) y reivindicar la *res* (cosa), respectivamente.

La necesidad de la publicidad en los negocios jurídicos traslativos de dominio parte de una lógica elemental, se vincula a la idea de que la función de un sistema de normas en general es hacer posible la vida en común. La publicidad nos brinda información, por ser de libre acceso (publicidad formal) y, de cierto modo, ayuda a prevenir la afectación de un interés legítimo ajeno a la relación principal; clara consecuencia de lo descrito al inicio del presente párrafo. Del mismo modo, la publicidad logra dotar al derecho de propiedad del carácter exclusivo que la doctrina clásica³⁵ señala, oponiendo esa situación jurídica a un número indeterminado de personas, otorgando así el poder de excluir; es en este punto donde se funda el carácter absoluto³⁶ que tiene el derecho de

³³ Usando la clasificación de nuestro código en los artículos 885º y 886º.

³⁴ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1986, p. 240

³⁵ En este sentido: AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Atributos y Caracteres del Derecho de Propiedad. En: Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984, 2ª edición, p. 103 y NOVOA MONREAL, Eduardo. El Derecho de Propiedad Privada. Concepto-Evolución-Crítica. Caracas: Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos, 1989, 2ª edición, p. 27

³⁶ Sobre este punto tenemos conocimiento de que existe un amplio sector de la doctrina que considera al derecho de propiedad como un derecho relativo en función a sus limitaciones, sin embargo, al no ser pertinente el planteamiento del debate, precisamos que nuestra postura se funda desde el punto de vista de las situaciones jurídicas subjetivas, es decir, como señala *Rosario Nicolás, Las Situaciones*

propiedad. Bajo esa premisa, es evidente que una justa asignación de derechos de propiedad y su efectiva publicidad, generará adquisiciones más seguras, ciudadanos más contentos con el sistema y, del mismo modo, contribuyendo con el crecimiento económico.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1 Sistema consensual, seguridad jurídica y algunas contradicciones del Sistema Peruano

Sobre el tema particular, si bien el 949º recoge lo que denominamos “Sistema de transferencia espiritual de la propiedad” (o de unidad del contrato, como prefiera llamarse), este mero acto no se considera suficiente para que se entienda *efectivamente* transferido, consecuentemente adquirido, el derecho de dominio. Resulta evidente el alto grado de inseguridad que un sistema consensual puede causar con “normas de apoyo” como las mencionadas (1135º y 2014º); es así que, lo que algunos mencionan que permanece por “tradición” podría entenderse en doble sentido. Por un lado, la tradición que nuestros códigos han seguido en reputar transferido el dominio de inmuebles con el mero consenso (importación del Code Napoléon que parte de la unificación de la teoría del título y modo, y de la espiritualización del contrato); y, por otro lado, las constantes propuestas de reforma que surgieron a la luz del

jurídicas subjetivas. Traducción de Carlos Zamudio Espinal. En: Advocatus Nº 12. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2005, p. 115. “Si observamos bien, notaremos que mientras los derechos absolutos realizan por sí mismos las atribuciones de carácter final, en cuanto no necesitan de la cooperación ajena para realizar el interés protegido (realización que, como se verá, se prolonga en el tiempo y es más bien potencialmente permanente), los derechos relativos crean situaciones típicamente instrumentales, ya que el interés del sujeto activo es realizado solamente cuando el deudor pone en marcha el comportamiento debido. Del mismo modo Paolo Zatti, Las situaciones jurídicas subjetivas. Traducción de Vladimir Contreras Granda. En: Revista Jurídica del Perú Nº 64. Lima, septiembre-octubre 2005, p. 347; quien señala que una útil distinción es aquella entre derechos absolutos y derechos relativos. Los primeros son aquellos que se pueden hacer valer contra cualquiera (como se decía en latín, erga omnes, es decir contra todos); derechos relativos, en cambio, son aquellos que se hacen valer frente a determinados sujetos. No se necesita entender mal las palabras “absoluto” y “relativo”. En este uso, los dos adjetivos no indican, como frecuentemente sucede en el lenguaje de todos los días, derechos que son “absolutamente” respetados y otros que en cambio tienen menor fuerza.

año 1925 con el Dr. SOLF Y MURO³⁷, quien desde ya, predicaba la obligatoriedad de la inscripción como acto constitutivo del dominio, sin embargo, si en la actualidad la presencia del Estado no se establece a lo largo del territorio, en ese tiempo, evidentemente, la ausencia era más sentida, es por ello que exigir la inscripción como requisito, en ese entonces, hubiera sido un acto insensible a la realidad nacional.

No pretenderé ahondar en temas que la doctrina³⁸ muy bien se ha ocupado, ni en analizar a fondo el aspecto histórico, sólo señalar (para utilidad del desarrollo del presente acápite) que uno de los fundamentos históricos del sistema consensual proviene de considerar que el contrato es a la vez *título* (fundamento de adquisición) y *modo* (modo de transmisión), que así como produce efectos obligatorios, es también capaz de producir efectos reales, y ello se dio con la inclusión de la cláusula de *desposesión-posesión* utilizada con mucha frecuencia en el derecho francés, al obviar la tradición y pretendiendo así la fluidez del tráfico jurídico, ello tiene lógica, puesto que basta la voluntad declarada de otorgar el dominio de un bien a alguien para que se entienda que este es dueño, el problema nace de una patología de la misma, es decir el caso de la doble venta por ejemplo, y ello por ausencia de publicidad genera inseguridad.

Hay quienes sostienen que el sistema consensual reduce significativamente los costos de transacción³⁹ al no requerirse gastar en notarios, ni escrituras públicas ni costos de inscripción, y hay quienes⁴⁰ precisan que se obvia el alto

³⁷ REVOREDO DEBAKEY, Delia (Compiladora) Código Civil V, Exposición de motivos y comentarios. Parte 3: Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, 3ra Edición, Lima, 1888, p.186.

³⁸ Por citar a algunos: **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel**, *Perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad*, en: Folio Real, Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, Año II, N°7, p. 103-116 o *Contrato con efectos reales*. En: *Ius Et Veritas*, año V, n°9, lima 1994; **FORNO FLÓREZ, Hugo**. El contrato con efectos reales. En: IUS ET VERITAS. Año IV. No. 7. Lima: Asociación Civil IUS ET VERITAS, 1994; **ESCOBAR ROZAS, Freddy**. *El contrato y los efectos reales*, en: Estudios sobre el Contrato en General: Por los setenta años del Código Civil Italiano (1942-2002) 2da edición, Leysser León Hilario (Compilador), Lima: ARA editores, 2004, p. 217-256; **FERNANDEZ CRUZ, Gastón**. *La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú*. En Themis-Revista de Derecho No. 30. 1994. P.149 y ss.

³⁹ Fernández Cruz, Gastón. *Ibidem*.

⁴⁰ Bullard Gonzáles, Alfredo. *Ibidem*.

costo que el riesgo produce en ese tipo de transacciones. Para resumir el debate, personalmente sigo la opinión de CARNELUTTI⁴¹ quien dice que *la propiedad de una persona frente a otra no es propiedad, o existe frente a todos o no existe*; es así como, la postura a la que me sumo, de considerar que el contrato como acuerdo de voluntad sólo puede producir efectos obligacionales que tienen eficacia *inter partes*, puesto que no se considera título suficiente, por sí solo, para oponerlo *erga omnes*, al ser evidente que se requiere su reconocimiento por la autoridad estatal, al margen de ello, si uno es propietario por el sólo consenso, por qué principios como los contenidos en el 2014° (fe pública registral) o por qué en la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble 1135° donde se prefieren al primero inscrito, es evidente que tal contradicción no hace más que debilitar los fundamentos de quienes sostienen que el sistema es puramente consensual en virtud al artículo 949°, cuando en la práctica (que es donde el derecho verdaderamente es útil) no es así.

2.2 El que mucho abarca poco aprieta: Sobre el sistema constitutivo y el catastro

La iniciativa del sistema constitutivo parte de cambiar la clasificación de los bienes a lo que se refieren los artículo 885° y 886° del Código Civil, según los cuales, en la actualidad los bienes se clasifican bajo el criterio de ser “muebles e inmuebles”, no obstante ello y como ya se precisó en el acápite anterior, esta iniciativa parte de una vieja propuesta de Solf y Muro en 1925 (con miras al C.C de 1936) y se replanteó en la reforma del mismo código, del mismo modo que no tuvo acogida. En la actualidad, en la exposición de motivos del anteproyecto de enmiendas al Código Civil vigente (1984) vuelve a la luz del debate dicha propuesta, pretendiéndose así fundar un registro que cumpla un rol constitutivo de los derechos (en caso de los bienes registrados corporales e incorporales), manteniéndose la clasificación actual (muebles e inmuebles) pero limitada a los bienes corporales. Tal fórmula, personalmente, me resulta compleja y peca de

⁴¹ Citado por BIANCA, Massimo. *Reflexiones sobre el principio del consenso traslativo*, en *Thémis* 38, p.73-80.

pretender conciliar con la “naturaleza, los bienes y los romanos”⁴², es decir al viejo criterio de clasificación de las cosas que se mueven, de las que no.

Es evidente que la iniciativa de un registro constitutivo y su eventual adopción, no pudo –ni puede- darse por un plumazo del legislador, ni antes (1925) ni ahora (2012), ello debe suceder paulatinamente de la mano con el avance tecnológico, que, como ya se señaló, tiene mucha relación e importancia con el desarrollo del registro jurídico. Hoy en día, el registro público a cargo de Sunarp, cuenta con sistemas integrados de información como el SIR y el SARP, que permiten organizar y difundir la información ahorrando tiempo y otorgando la certeza que exige un sistema de publicidad, ello respondió también a una necesidad, la necesidad de organizar la información en virtud a que cada vez más se inmatriculaban predios (urbanos o rústicos) y ello hacía más compleja la labor de organizarlas, por ello se recurrió a su digitalización, por la gran simplificación en la labor que significaba el uso de las computadoras.

Es evidente que un sistema eminentemente constitutivo es el alemán, en el cual su catastro, según WESTERMANN⁴³, se instauró en el siglo XIX con motivos fiscales (tributación), puesto que la propiedad sobre el suelo hacía necesario fijar los elementos físicos que daban base a esa imposición. Es en ese mismo siglo que en España⁴⁴, se dio la 1era etapa del registro, como un registro de cargas y gravámenes, puesto que éstas, por el tema del principio de la prioridad requerían el correspondiente orden cronológico para establecer su rango.

El sistema constitutivo, suscrito por muchos autores peruanos⁴⁵ (de ahora y antes) presenta muchas ventajas al reducir los riesgos de contratar, al entender que el sistema al otorgar mayor certeza, reduce significativamente los riesgos de pérdida de la adquisición del derecho, permite no verse afectado por lo que no conste inscrito (principio de inoponibilidad), es decir, permite responder

⁴² La cita es del título del artículo del profesor DE TRAZEGNIES.

⁴³ *Ibíd*em, p. 926.

⁴⁴ CANO TELLO, Celestino. Manual de Derecho Hipotecario, 2da edición, Madrid: Civitas, 1992, p. 37

⁴⁵ Para citar algunos: Solf y Muro, Olaechea, Jorge Avendaño, Alfredo Bullard (desde el análisis económico del derecho), etc.

efectivamente a las siguientes preguntas⁴⁶: ¿Quién es el propietario de un bien? ¿Qué títulos puede exhibir el propietario como prueba eficaz? ¿Qué otros derechos concurren con el propietario al mismo bien? Es por ello que, conforme al principio de legitimación (la presunción de que todo lo contenido en el registro es válido y que produce todos sus efectos), se desprende que el registro es el instrumento de publicidad más perfecto⁴⁷ al permitir obtener certeza completa sobre la situación del titular respecto al bien.

La propuesta del registro constitutivo, a mi entender, es ambiciosa es por ello que soy de la opinión que no se adaptaría a la realidad social, puesto que a pesar de la instalación de oficinas registrales en distintos puntos del país, se sabe que hay un sector olvidado que vive al margen de la formalidad, donde no existen notarios y los jueces de paz extienden, las llamadas, *escrituras públicas imperfectas*⁴⁸, o donde sencillamente no tienen la necesidad de recurrir al Estado para obtener justicia y seguridad. No obstante, los problemas del registro constitutivo se dan también por el alto costo que este impone (los planos georreferenciados, por ejemplo), y bajo el argumento de pensar si es que “¿estamos preparados?⁴⁹”, es por ello la razón del título del presente acápite extraído de un conocido refrán “*El que mucho abarca poco aprieta*”, y es así, a pesar de que el sistema constitutivo sí generaría mayor certeza y menores riesgos, lo considero un trasplante jurídico bastante ambicioso para nuestro medio, tal es así que posiblemente produzca irritaciones⁵⁰ en nuestro sistema jurídico, no por no adaptarse con las demás normas (porque el 1135° y el 2014° tácitamente aceptan el máximo grado de certeza que produce el registro) sino por no condecirse con la realidad social; sin embargo sí se ajusta

⁴⁶ GONZALES BARRON, Gunther Hernán. La usucapión: Fundamentos de la Prescripción Adquisitiva de Dominio. Biblioteca Moderna de Derecho Civil. Lima: Jurista Editores, 2010, p. 254. Aunque dichas preguntas hayan sido tomadas de un tema, al parecer distante, como la usucapión, en realidad tiene mucha vinculación. Puesto que, el autor en mención, se realiza estas preguntas para intentar determinar qué es lo que debe buscar un régimen legal de prueba de la propiedad, y hacemos extensivo el discurso, de titularidad –en este caso- de derechos reales.

⁴⁷ ANCAJIMA WOOLCOTT, Javier. Ventajas de tener un registro constitutivo para la transferencia de la propiedad. En: http://www.gacetajuridica.com.pe/informes/arch_infor/articulo_julio.pdf (p.19)

⁴⁸ Al respecto sugiero la lectura de la **Resolución del Tribunal Registral Norte N° 056-2002 ORLL/TRN**

⁴⁹ La cita es de Beltrán Pacheco en el blog de la PUCP, en el siguiente link: <http://blog.pucp.edu.pe/item/27881/verdades-y-ambigüedades-del-registro-inmobiliario-en-el-peru-obligatorio-o-potestativo-un-misterio-por-resolver> Visitado el 28/09/2012 a las 16.04 hrs.

⁵⁰ Sobre ello sugiero la lectura de SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. *Sobre formantes, trasplantes e irritaciones*, en: *Ius Et Veritas* N° 40, p. 70-101.

a las necesidades económicas (en lo referido a las transacciones y promoción al crédito), por ello se deduce que la solución, al menos para el Perú, no va por ese medio.

III. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

En atención a todo lo expuesto hasta este punto, se concluye que la solución escapa del marco jurídico, el debate sesgado en una sola vertiente (ya sea el derecho continental o el análisis económico del derecho) no ha producido, al menos en el Perú, más que incertidumbre jurídica, más aun con un sistema como el nuestro con evidentes contradicciones (las mismas que hemos descrito en cada acápite). Como bien se dice, la idea no es mantener intactas las instituciones tradicionales, puesto que ellas (como todo) están expuestas al cambio con el desarrollo de la sociedad misma, no por ello, se puede argumentar *exclusivamente* en base a experiencias extranjeras que un sistema es bueno o malo; desde mi opinión, rechazo el sistema consensual, puesto que –por todo lo expuesto- no cumple con otorgar la seguridad jurídica que las transmisiones de dominio en el Perú necesitan, bastaría revisar un poco las noticias y observar que normas así sólo brindan herramientas a los estafadores inmobiliarios.⁵¹

Desde la teoría del derecho subjetivo, es que se toma como referencia dos momentos: Uno estático (la construcción de la noción del derecho subjetivo a través de la historia: Por Savigny, Ihering y Thon) concluyendo que el derecho subjetivo es el resultado de la valoración jurídica de la producción de un hecho, evidentemente atendiendo a un interés del sujeto. En el momento dinámico, analizo la adquisición del derecho subjetivo, en este caso del derecho de propiedad, tomando como referencia la lectura de María del Carmen Gete-Alonso y Carlos Lasarte, de lo que se concluye que la adquisición de la propiedad por transmisión en el caso de los bienes inmuebles es negocial,

⁵¹ MORALES HERVIAS, Rómulo. *El principio de la fe pública registral como instrumento de los estafadores inmobiliarios*, en: <http://enfocodederecho.com/el-principio-de-la-fe-publica-registral-como-instrumento-de-los-estafadores-inmobiliarios/> Visitado el 30/09/2012 a las 20.10 hs

derivativa-traslativa y sucesiva. Sustentando que por ser sucesiva, requiere de la concurrencia un hecho complejo o de varios. Todo ello considerando que el derecho subjetivo, en la adquisición de la propiedad por transmisión, se ejerce con su reconocimiento previo, de lo contrario, en palabras de Trabucchi, se le considera sólo como derecho interino.

Desde el análisis intrínseco al derecho de propiedad y su vinculación con el registro, es que se precisan los caracteres que la doctrina clásica refieren del derecho de propiedad, es decir que este sea absoluto, exclusivo y perpetuo. Sobre el primer punto, es absoluto, en clave de situaciones jurídicas, en el sentido de su eficacia relativa (es decir en el momento de la suscripción del contrato) o de su eficacia absoluta o erga omnes (en el momento de su inscripción con la publicidad), partiendo de ahí es que se considera exclusivo.

Partiendo de esa base teórica es que se crítica la insostenibilidad del sistema espiritual (consensual o de unidad del contrato). Del mismo modo, se considera no adaptable a nuestra realidad el sistema constitutivo, ¿Entonces qué? Mi principal conclusión es que el sistema que se adopte es indiferente, en razón a que somos nosotros mismos quienes decidimos qué hacer en el marco de nuestra libertad natural, es por ello que si eliminamos o, como dice Coase, acercamos a cero los costos de transacción estaremos consiguiendo resultados eficientes y a la vez incentivando las inscripciones (que es evidentemente lo que se busca; bajo esa precisión la solución no proviene del entretenido debate jurídico, sino es un tema de gestión estatal.

Es así, que en el marco de la Ley 27658, Ley marco de Modernización de la Gestión del Estado, es donde se declara al Estado Peruano en proceso de modernización, con claros fines a mejorar la gestión pública; es por medio de la Resolución Ministerial N° 381-2008-PCM, que se aprueba los estándares para ser tomados en cuenta en la ejecución del Proyecto de Interoperabilidad del Estado, siendo el objetivo del proyecto descrito el de implementar una Plataforma de Interoperabilidad del Estado Peruano, a fin de que las instituciones públicas que brindan servicios en línea puedan integrarse (a eso responde la “Plataforma”) al permitirse con ello compartir la información que

cada cual proporciona a fin de ofrecer un servicio que reduzca significativamente los costos y el tiempo en la realización de las gestiones referidas. Graficándolo un poco, ya no se necesitaría ir de entidad en entidad, pagar por un trámite distinto en cada una de ellas, sino bastará con acudir a una para que esta (utilizando la plataforma de interoperabilidad) pueda recabar la información que necesite para que sea calificado el pedido de cualquier ciudadano. Esto reduce tiempo y dinero, lo que evidentemente fomentaría el acceso al registro (ya sea de Propiedad Inmueble o de los otros registros), permitiéndose así otorgar mayor certeza de las situaciones jurídicas que éste publicite. Lamentablemente dicho proyecto sigue en etapa de ejecución, pero su conclusión será un avance significativo en la seguridad jurídica que proporcione el Estado en general. ¡Quedaremos a la espera entonces!.

BIBLIOGRAFÍA:

1. **Ancajima Woolcott, Javier.** Ventajas de tener un registro constitutivo para la transferencia de la propiedad. En: http://www.gacetajuridica.com.pe/informes/arch_infor/articulo_julio.pdf
2. **Avendaño Arana, Francisco.** Los efectos de un sistema registral eficiente en el sistema de transferencia de propiedad. En: Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi. Volumen II. Lima: Palestra Editores. 2008.
3. **Avendaño Valdez, Jorge.** Atributos y Caracteres del Derecho de Propiedad. En: Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984.
4. **Barbero, Doménico.** Sistema del Derecho Privado, Tomo I, Introducción Parte Preliminar – Parte General. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, p.168
5. **Bullard González, Alfredo.** Los Sistemas de Transferencia de Propiedad y la Propiedad Inconclusa. En: Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales. 2da Edición. Lima: Palestra Editores, 2006.
6. **Cano Tello, Celestino.** Manual de Derecho Hipotecario, 2da edición, Madrid: Civitas, 1992.
7. **Chioni G.P. y Albello, L.,** Trattato di Diritto Civile Italiano, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1904, vol. I, pág. 112.
8. **Delgado Scheelje, Alvaro,** La publicidad jurídica registral en el Perú: Eficacia material y principios registrales, en Folio Real Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, Año 1, N°1.
9. **De la Puente y Lavalle, Manuel,** Perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad, en: Folio Real, Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, Año II, N°7 y Contrato con efectos reales. En: Ius Et Veritas, año V, n°9, lima 1994
10. **De Tranzegnies Granda, Fernando.** Bienes, naturaleza y romanos. En: El Comercio, 21 de diciembre de 1982.
11. **Escobar Rozas, Freddy.** "El Derecho Subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura" Ius et Veritas.16 (1998) y El contrato y los efectos reales, en: Estudios sobre el Contrato en General: Por los setenta años del Código Civil Italiano (1942-2002) 2da edición, Leysser León Hilario (Compilador), Lima: ARA editores, 2004.

12. **Robert H. Frank.** Microeconomía Intermedia. Análisis y comportamiento económico. Traducida al español. México: McGraw-Hill/Interamericana editores S.A. 2009, 7ma Edición.
13. **Fernández Cruz, Gastón.** La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú. En Themis-Revista de Derecho No. 30. 1994.
14. **Forno Flórez, Hugo.** El contrato con efectos reales. En: IUS ET VERITAS. Año IV. No. 7. Lima: Asociación Civil IUS ET VERITAS, 1994
15. **García García, José Manuel.** Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo 2, Madrid: Civitas, 1993.
16. **Gascón Abellán, Marina.** La teoría general del garantismo: Rasgos principales. En: Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
17. **Gonzales Barrón, Gunther.** Derechos Reales. 2da edición, Lima: Ediciones Legales, 2010 y La usucapión: Fundamentos de la Prescripción Adquisitiva de Dominio. Biblioteca Moderna de Derecho Civil. Lima: Jurista Editores, 2010.
18. **Garrett Hardin.** The Tragedy of the commons, en Science, New Series, Vol. 162, No. 3859. (Dec. 13, 1968).
19. **Ihering, Rudolf.** Tres Estudios Jurídicos. Bibliografía Omega. Buenos Aires, 1960. .
20. **Imerio Jorge Catenacci,** Introducción al Derecho. Buenos Aires: Astrea, 2001.
21. **Lasarte, Carlos.** Principios del Derecho Civil, Parte General y Derecho de la Persona. Tomo I, 12ª edición. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2006.
22. La exposición de motivos oficial del Código Civil del libro de los Registros Públicos, elaborada por la Comisión Revisora del Código Civil y publicada por el diario El Peruano el 19 de noviembre de 1990
23. **Mejorada Chauca, Martín.** La nueva fe pública registral. En: Diálogo con la jurisprudencia, tomo 150, marzo 2011, año 16. Lima: Gaceta Jurídica y Carta del Dr. Martín Mejorada. En: JuS-Doctrina & Práctica, Edición N°3.
24. **Morales Hervias, Rómulo.** El principio de la fe pública registral como instrumento de los estafadores inmobiliarios, en:

<http://enfoquederecho.com/el-principio-de-la-fe-publica-registral-como-instrumento-de-los-estafadores-inmobiliarios/>

25. **Rosario Nicolás**, Las situaciones jurídicas subjetivas. Traducción de Carlos Zamudio Espinal. En: *Advocatus* N° 12. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2005.
26. **Novoa Monreal, Eduardo**. El Derecho de Propiedad Privada. Concepto-Evolución-Crítica. Caracas: Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos, 1989.
27. **Palacios León, Nélica**. Regulación en la inscripción de transferencia de dominio en el Reglamento de Inscripciones del Registro de predios, en: *Fuero Registral: Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral*, Año III, Número 4.
28. **Pasquel, Enrique**. Del Alambre de Púas al GPS. La Influencia de la Tecnología en los Derechos de Propiedad. Publicado en: Alfredo Soria (Compilador) "El impacto de las innovaciones tecnológicas en el Derecho Privado", UPC, 2009.
29. **Petit, Eugene**. Tratado Elemental de Derecho Romano. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1986.
30. **Puig Ferriol, Gete-Alonso y Calera, Gil Rodríguez y Hualde Sánchez**. Manual de Derecho Civil, Tomo I, Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 1997.
31. **Revoredo Debakey, Delia** (Compiladora) Código Civil V, Exposición de motivos y comentarios. Parte 3: Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, 3ra Edición, Lima, 1888.
32. **Ramón Roca Sastre y Luis Roca-Sastre Muncunill**, Derecho Hipotecario, Fundamentos de la publicidad registral, 8ª edición, Tomo I, Barcelona: Bosch, 1995.
33. **Jean Jacques Rousseau**. El contrato social. Traducción de Enrique Azcoaga. Madrid: SARPE, 1983.
34. **Saavedra Velazco, Renzo**. Sobre formantes, trasplantes e irritaciones, en: *Ius Et Veritas* N° 40.
35. **Alberto Trabucchi**. Instituciones del Derecho Civil. Tomo I. Traducida al español por Luis Martínez Calcerrada. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1967.

36. Westermann, Harry y otros. Derechos Reales. Volumen I. 7ª edición. Traducido al español por Ana Cañizares Laso y otros. Madrid: Fundación Cultural del Notariado. 2007.

37. Paolo Zatti, Las situaciones jurídicas subjetivas. Traducción de Vladimir Contreras Granda. En: Revista Jurídica del Perú N° 64. Lima, septiembre-octubre 2005.

**UNIDAD II: LA INOPONIBILIDAD DEL CONTRATO DE
COMPRVENTA DE BIEN AJENO CUANDO NO SE EXPONE
LA AJENIDAD DEL BIEN.**

LECTURA OBLIGATORIA

- BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. “Algunas Consideraciones Sobre la Compraventa de Bien Ajeno a partir de la Jurisprudencia”

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA COMPRAVENTA DE BIEN AJENO A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA

Por: Luciano Barchi Velaochaga¹

Presentación:

El presente artículo tiene como finalidad analizar la naturaleza de la nulidad de un contrato de compraventa de un bien ajeno, que ha sido materia de fundamento en las sentencias de la Corte Suprema de la República en los últimos años. Así, el autor distingue el contrato de compraventa celebrado en nombre propio y en nombre ajeno, delimitando las distintas hipótesis y supuestos legales que se presentan, en caso se trate de la compraventa de un bien mueble o un bien inmueble, así como la responsabilidad penal de los intervinientes en el contrato, en concordancia con el Código Civil y el Código Penal peruanos vigentes, respectivamente.

El comité revisor²

¹ Abogado por la universidad de Lima. Asociado del estudio Osterling abogados. Magíster en derecho con mención en derecho civil y candidato a doctor por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

² Victor Hugo Quijada Tacuri, abogado por la universidad de San Martín de Porres, estudiante de la maestría en contrataciones del Estado U.S.M.P. – O.S.C.E; y, Carlos Ricardo Torres Zavala, bachiller en derecho de la universidad de San Martín de Porres.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA COMPRAVENTA DE BIEN AJENO A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA

1) La jurisprudencia sobre la venta de bien ajeno.

Un gran número de sentencias de la Corte Suprema de la República han sostenido que la venta de bien ajeno es nula. La causa de la nulidad varía; así, encontramos las siguientes afirmaciones:

- 1) En la venta de un bien ajeno falta la manifestación de voluntad del propietario (inciso 1 del artículo 219 del Código Civil);
- 2) Vender un bien ajeno es un imposible jurídico (inciso 3 del artículo 219 del Código Civil);
- 3) La venta de un bien ajeno tiene un fin ilícito (inciso 4 del artículo 219 del Código Civil); y,
- 4) La venta de un bien ajeno es un acto contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (inciso 8 del artículo 219 del Código Civil).

2) La seguridad jurídica.

Sin duda alguna para el lego es inadmisibles que el ordenamiento jurídico permita la venta de un bien ajeno. De hecho, el sentido común nos dice que sólo el propietario puede vender su bien; de no darse esta limitación, la seguridad jurídica se vería amenazada. De esta manera, se piensa en la seguridad del propietario y se quiere evitar que la pérdida del bien ocurra sin su consentimiento.

Parece que algunos jueces comparten este sentir, de tal manera que si quien vende un bien no es el propietario, entonces consideran que estamos frente a un acto viciado que debe ser sancionado con la pena máxima: la nulidad.

Ahora bien, es cierto que nuestro ordenamiento jurídico consagra, como regla general, el principio del *"nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet"*³; es decir, que sólo puede transferir la titularidad del derecho de propiedad sobre un bien⁴, quien es su propietario; pero es un error considerar, a partir de esta afirmación, que la venta del bien ajeno es nula.

³ Recogido en D. 18, 1 28 pr.

⁴ Como bien señala Randall "Para el lego, la idea de comerciar con derechos puede parecerle algo extraña. Se tiende a pensar en el comercio como la transferencia de cosas físicas; es decir, de objetos que se pueden poseer. Sin embargo, la característica fundamental del comercio es la transferencia de derechos, más bien que la transferencia física y el traslado de cosas. Cuando uno «compra» un terreno, no toma ese pedazo de tierra y se lo lleva a casa. Más bien adquiere ciertos derechos específicos para hacer uso de ese terreno" (RANDALL, Alan. **Economía de los recursos naturales y política ambiental**. México: Editorial LIMUSA, 1985, p.173-174).

En efecto, quienes así piensan no tienen clara la diferencia entre el acto y el efecto y, por consiguiente, no distinguen entre los requisitos de validez de un acto jurídico y los requisitos de eficacia.

La capacidad de disposición, entendida como la legitimidad para disponer de la titularidad de una situación jurídica subjetiva, no es un requisito de validez del acto jurídico en nuestro ordenamiento jurídico; por tanto, el contrato de compraventa de bien ajeno no es nulo porque el vendedor carezca de capacidad de disposición o, dicho de otra manera, no se encuentre legitimado para disponer.

En tal sentido, la carencia de legitimidad para disponer del vendedor no afecta la validez del contrato. Una cosa diferente es si el contrato así celebrado produce el efecto translativo; es decir, si en virtud de dicho contrato, el comprador puede adquirir la propiedad del bien. Lo que debe determinarse entonces es si el contrato es eficaz.

Como hemos adelantado, nuestro ordenamiento jurídico adopta, como regla general, el principio del "*nemo plus iuris...*"; por tanto, el contrato de compraventa de bien ajeno, en principio, no produce el efecto translativo. Esto significa entonces que el mecanismo de protección a los propietarios no es la nulidad del contrato de compraventa de bien ajeno, sino su ineficacia.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico el principio del "*nemo plus iuris...*" no es, sin embargo, absoluto; tiene dos excepciones: las previstas en el artículo 948° y en el 2014° del Código Civil, las cuales admiten la transferencia de la propiedad del bien a pesar que el vendedor no es su propietario: se habla entonces de las adquisiciones "*a non domino*".

Las excepciones a las que hemos hecho referencia buscan la seguridad del tráfico, es decir, la seguridad del intercambio de bienes protegiendo al comprador que actúa confiando en adquirir la propiedad del bien, se busca así que la transferencia no se frustre por causas que le son desconocidas.

Normalmente se considera que la seguridad individual (o estática) se contrapone con la seguridad de tráfico (o dinámica)⁵. En tal sentido, se piensa que el legislador debe optar entre proteger al propietario evitando que la pérdida del bien ocurra sin su consentimiento o proteger al adquirente de buena fe, de tal manera que la transferencia no se frustre por causas que le son desconocidas. Vistas de esta manera, ambas categorías se oponen. Al respecto BOLAS ALFONSO señala: "...son

⁵ La seguridad jurídica subjetiva es la que busca garantizar el disfrute de los bienes, entendido como: "La apropiación por parte del titular del valor de uso y del valor de cambio del recurso económico sobre el que directa o indirectamente recae" (PAZ-AREZ, Cándido. "Seguridad jurídica y seguridad del tráfico". En: **Revista de Derecho Mercantil**. No. 175-176. Enero-junio. Madrid, 1985, p. 13). La seguridad jurídica subjetiva tradicionalmente suele distinguirse por la doctrina en dos nociones: la seguridad estática y la dinámica (o seguridad de tráfico),

*ideas que colisionan entre sí, pues cuando la segunda prospera es en detrimento de la primera, de forma que ambos valores normativos conviven dentro del derecho privado en conflicto y tensión permanente*⁶. En otras palabras, la afirmación de un interés, el de propietario o el del adquirente, parece conducir irremediabilmente al sacrificio del opuesto⁷.

Pero en realidad las nociones de seguridad estática y de seguridad dinámica no se repelen sino que armonizan. Veamos.

La seguridad jurídica subjetiva busca garantizar el disfrute de los bienes, entendido como: *"La apropiación por parte del titular del valor de uso y del valor de cambio del recurso económico sobre el que directa o indirectamente recae"*⁸. Esto significa que la seguridad jurídica subjetiva se desdobra en dos aspectos, por un lado generando confianza en que el disfrute de un bien no está amenazado por conductas ajenas que lo perturben, y por otro lado, permitiendo que el propietario, al disponer del bien, obtenga el máximo provecho y para esto último se requiere, facilitar el intercambio, evitando que éste se frustre por los elevados costos de transacción (en obtener información) que supone la aplicación absoluta del principio del *"nemo plus iuris..."*.

En efecto, adoptar como regla absoluta el *"nemo plus iuris..."*, supone que el potencial comprador deba estar absolutamente seguro que quien pretende venderle el bien es el propietario; en tal sentido, requiere información. Si el potencial comprador no está seguro que quien pretende venderle el bien sea el propietario, no comprará o lo hará castigando el precio, lo cual finalmente afecta al propietario pues no puede obtener el valor de cambio del bien.

La falta de información genera incertidumbre y, desde una perspectiva económica, reducir la incertidumbre; es decir, informarse, tiene un costo.

Los supuestos de excepción al principio del *"nemo plus iuris..."* están destinados a reducir los costos de información. En efecto, en el caso del artículo 978° del Código Civil, el adquirente puede confiar en la información que le proporciona la posesión (artículo 912 del Código Civil) o en la que proporciona el registro (artículo 2013 del Código Civil), por ello, como señala BOLAS ALFONSO: *"...en todos los casos citados de normas de protección de terceros, recuérdese que su virtualidad radica en el ahorro de costes para facilitar al titular del derecho el tráfico de sus bienes, limitando la necesidad de información para el adquirente"*⁹.

⁶ BOLAS ALFONSO, Juan. "La documentación pública como factor de certeza y protección de los derechos subjetivos en el tráfico mercantil". En: **La seguridad jurídica y el tráfico mercantil**. Madrid: Civitas, 1993, p. 45.

⁷ PAZ-AREZ, Cándido. Ob. Cit. p. 8.

⁸ PAZ-AREZ, Cándido. Ob. Cit. p. 13.

⁹ BOLAS ALFONSO, Juan. Ob. Cit., p.47. En el mismo sentido PAZ-ARES, Cándido. Ob. Cit., p.17.

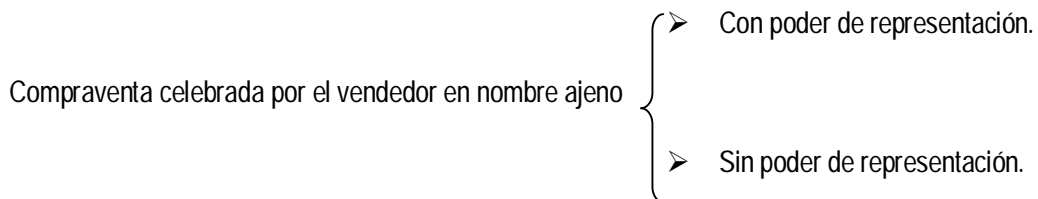
El lector puede preguntarse de qué tutela se habla si el propietario del bien corre el riesgo de verse despojado de su titularidad, precisamente en virtud de la llamada "seguridad del tráfico", pero sin duda alguna este es un riesgo que debe asumir en su propio beneficio. En tal sentido BOLAS ALFONSO, nos dice: *"El titular del derecho corre el riesgo de verse expropiado por el juego de estas normas, pero estas normas están dictadas en su interés, para facilitarle el disfrute de sus derechos y su transmisión que, en otro caso, sería inevitable por razones de costes económicos"*¹⁰.

En Italia, MENGONI ha dicho respecto a las adquisiciones "a non domino" que: *"El problema se desplaza por tanto sobre el plano de las relaciones con el titular del derecho (tercero respecto a la enajenación), y bajo este perfil se presenta la exigencia que el interés de conservación de los derechos sea sacrificado, dentro de ciertos límites, al interés de la seguridad del tráfico jurídico. Este sacrificio, del resto, con tal que contenido dentro de una equitativa medida, encuentra una contrapartida en la ventaja que indirectamente se deriva al mismo titular en relación a otro, no menos relevante interés: el interés a una fácil negociabilidad del derecho. La negociación del derecho es más rápida y expedita cuanto más los terceros están asegurados contra la eventualidad de adquirir de un no titular, y por consiguiente cuanto menos grave es la carga de control del titular del alienante. Una rígida tutela de los derechos constituidos resultaría en definitiva dañosa a los mismos titulares"*¹¹.

3) **El contrato de compraventa celebrado en nombre ajeno y el contrato de compraventa celebrado en nombre propio.**

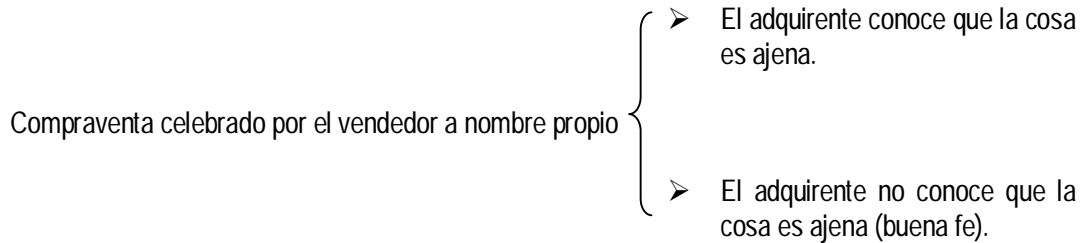
Para poder comprender adecuadamente la hipótesis de la compraventa de bien ajeno, debemos distinguir: el contrato de compraventa en que el vendedor no propietario actúa en nombre ajeno, del contrato en que el vendedor no propietario actúa en nombre propio.

Al respecto, tengamos en cuenta el siguiente cuadro:



¹⁰ BOLAS ALFONSO, Juan. Ob. Cit., p.47. En el mismo sentido PAZ-ARES, Cándido. Ob. Cit., p.17.

¹¹ MENGONI, Luigi. **Gli acquisti «a non domino»**. 3ª edizione. Milano: Giuffrè, 1994., p. 30.



3.1) **La compraventa celebrada por el vendedor no propietario en nombre ajeno.**

“Parte en sentido formal” son los autores del contrato, es decir quienes emiten las declaraciones contractuales (oferta y aceptación). “Parte Sustancial” son los titulares de la relación contractual a quienes se les imputa el conjunto de efectos jurídicos del contrato. Estas dos nociones de “parte” toman en consideración los dos aspectos del contrato: como acto y como relación constituida.

La noción de “parte” hace referencia a los sujetos del acto o de la relación, pero tal noción debe prescindir de los sujetos y debe ser identificada en la posición de interés que se contrapone a otra posición de interés. En tal sentido la parte siempre es única incluso si ella comprende más sujetos de derecho.

Por lo regular las dos posiciones coinciden, es decir, las partes en sentido formal son, al mismo tiempo, las partes en sentido sustantivo de tal manera que podríamos leer el artículo 1351 del Código Civil de la siguiente manera: “el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir «entre ellas» una relación jurídica patrimonial”¹².

Esta coincidencia entre parte formal y parte sustancial desaparece, total o parcialmente, cuando la primera utiliza la figura de la representación: un sujeto, el representante participa de la conclusión del contrato con una propia declaración de voluntad (como parte formal); y otro sujeto, el representado, asume los efectos jurídicos de la declaración de voluntad del representante, adquiriendo los derechos y asumiendo las obligaciones derivadas del contrato (parte sustancial).

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 145 del Código Civil: “*La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley*”. Es decir, el poder de representación puede ser conferido por el interesado a través de un “acto de apoderamiento” o “procura” (representación voluntaria) o

¹² GALGANO, Francesco. “Il negozio giuridico”. En: **Trattato di Diritto Civile e Commerciale**. Milano: Giuffrè, 2002, p. 397.

puede derivar de la ley (representación legal)¹³. La primero es una manifestación de autonomía del sujeto mientras que la segunda no.

Como bien lo señala DÍEZ-PICAZO: *“El apoderamiento puede ser definido como aquel acto jurídico por virtud del cual una persona (dominus negotii o principal) concede u otorga voluntariamente a otra un poder de representación”*¹⁴. Los italianos hablan de “procura” y la definen como *“el negocio con el cual el interesado confiere el poder representativo al sujeto que se convierte en su representante”*¹⁵.

El acto de apoderamiento o procura es un acto jurídico¹⁶ unilateral y recepticio. Es un acto jurídico unilateral por cuanto, como dice DÍEZ-PICAZO para su *“existencia, validez y eficacia se requiere únicamente la declaración de voluntad del principal o poderdante. Para la existencia, validez y eficacia del poder de representación no se necesita la aceptación del apoderado”*¹⁷.

En virtud del acto de apoderamiento una persona (*el representado*) concede u otorga voluntariamente a otra (*el representante*) un poder de representación, de tal manera que los actos realizados por el representado en nombre y representación del representante recaigan en la esfera jurídica del representado, ésta es la llamada eficacia directa de la gestión representativa¹⁸. Como señala DÍEZ-PICAZO en la eficacia directa *“los efectos del acto de gestión representativa se producen de forma inmediata en el patrimonio o en la esfera jurídica del representado. El acto recibe el mismo tratamiento jurídico que si hubiera sido realizado personalmente por el principal o dominus. El representante que actuó desaparece de la escena de producción de los efectos. Ningún efecto se produce para él”*¹⁹.

Conforme al artículo 160 del Código Civil:

“El acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto al representado”.

Así, si el representante declara comprar o vender, compra o vende el representado; si el representante asume una obligación, queda obligado el representado. *“Para que ello suceda es*

¹³ Comprende todos los casos de representación necesaria: la de los incapaces y la representación orgánica de los entes colectivos.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis. **La representación en el Derecho Privado**. Madrid: Civitas, s/f, p. 133.

¹⁵ ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto. Trattato di Diritto Privato**. Milano: Giuffrè, 2001, p. 271. GALGANO, Francesco. Ob. Cit., p.401

¹⁶ Seguiremos la terminología adoptada por el Código Civil.

¹⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis. **La representación en el Derecho Privado**. Ob. Cit., p. 134. En el mismo sentido ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. Ob. Cit., p. 271. En el mismo sentido GALGANO, Francesco. Ob. Cit., p.401.

¹⁸ Es conveniente advertir que en virtud del acto de apoderamiento (o procura) el representante no asume la obligación de llevar a cabo la gestión representativa. En otras palabras, el poder de representación legitima al apoderado para realizar una serie de actividades cuyos efectos recaigan en la esfera jurídica del principal, pero el apoderado no está obligado a realizarlas.

¹⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis. **La representación en el Derecho Privado**. Ob. Cit., p. 265.

*necesaria una condición preliminar: el representante debe concluir el contrato «en nombre del representado»²⁰. Esto es lo que se conoce como *contemplatio domini*: el contrato debe ser concluido en nombre del representado y, si se trata de un contrato bajo forma escrita, debe ser formado con la mención de su nombre (con la fórmula: "...otorgado por *Primus* debidamente representado por *Secundus*...") o debe ser suscrito en nombre del representado (*Secundus* firma al pie del contrato con la fórmula "*Secundus* en calidad de representante de *Primus*" o fórmulas más sintéticas *Secundus* por *Primus*)²¹.*

Si el representante actúa *agere nomine proprio* significa que actúa en su propio nombre, es decir que no ejerce la gestión representativa. Si lo hace *agere nomine alieno* el representante actúa en nombre ajeno, es decir, que ejerce la gestión representativa, el representante expresa en el acto que celebra que procede en nombre de su representante.

Así, por ejemplo, si *Primus* formula una oferta de venta del bien X (de propiedad de *Tertius*) a *Secundus* declarando que lo hace en nombre de *Tertius*, entonces actúa en nombre ajeno. Si *Primus* formula una oferta de venta del bien X (de propiedad de *Tertius*) a *Secundus* sin declarar que lo hace en nombre de *Tertius*, entonces, actúa en nombre propio y, estaremos, como lo veremos más adelante, en el caso de la venta de un bien ajeno.

Conforme con el artículo 156 del Código Civil:

"Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad".

Conforme al artículo citado para disponer de la propiedad del representado se requiere que el acto de apoderamiento conste "*en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad*". En caso que no conste en forma indubitable o por escritura pública, el acto de apoderamiento y no el acto de disposición, será nulo. En efecto, si el representante vende un bien del representado y luego, por ejemplo, se determina la nulidad de la escritura pública en la que consta el acto de apoderamiento, entonces, tendremos que el representado carecía, al momento de vender, de la representación que se atribuía, siendo de aplicación el último párrafo del artículo 161 del Código Civil.

Puede suceder, también, que alguien contrate como representante sin contar con el poder de representación. Por ejemplo, *Secundus* compra o vende en nombre de *Primus*, pero éste no le ha otorgado el poder de representación. O también puede ocurrir que alguien que si bien cuenta con el

²⁰ GALGANO, Francesco. Ob. Cit., p. 398.

²¹ GALGANO, Francesco. Ob. Cit., p. 398.

poder de representación, se exceda de los límites de éste (por ejemplo, el poder de representación lo autorizaba a comprar hasta un cierto precio, pero ha comprado por un precio mayor). En ambos casos se habla de *falsus procurador*.

El falso representante (*falsus procurador*) ha actuado en nombre ajeno y, por tanto, el contrato no puede producir sus efectos directamente respecto de él, es decir, no puede hacerle adquirir derechos ni hacerlo asumir obligaciones que de él derivan, ni el otro contratante tiene interés que ello ocurra, habiendo contratado en el supuesto que con el contrato habría adquirido derechos respecto a la persona a nombre de quien actuó el falso representante²².

Pero al no habersele conferido el poder de representación (o habiéndole conferido un poder menor que aquél que el falso representante se ha arrogado), el contrato tampoco producirá efectos respecto a la persona en nombre de la cual el falso representante ha actuado.

Se trata de un contrato ineficaz por defecto de legitimación de contratante, improductivo de efectos respecto del *dominus*. Así, el artículo 161 del Código Civil establece:

*“El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites que se le hubiere conferido, o violándolos, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.
También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye”.*

El artículo 161 del Código Civil regula dos supuestos: en el primer párrafo el ejercicio anormal de la representación y en el segundo párrafo la representación sin poder o, comúnmente conocida, como *“falso procurador”*. Como señala Díez-PICAZO existen dos formas típicas de ejercicio anormal de la representación: el abuso del poder de representación y el ejercicio extralimitado de la representación²³.

El abuso del poder de representación supone *“la existencia formal del poder y la actuación del apoderado dentro de los límites formales del poder. Implica, sin embargo, una utilización del poder de representación para una finalidad distinta de la perseguida por el poderdante y en función de unos intereses distintos a los del poderdante”*²⁴. Al respecto ROPPO señala: *“En el ejercicio de poder representativo el representante debe perseguir el interés del representado. Si actúa de manera contraria a aquel interés, él abusa de la representación”*²⁵.

²² GALGANO, Francesco. Ob. Cit., p. 403.

²³ Díez-PICAZO, Luis. **La representación en el Derecho Privado**. Ob. Cit., p. 198.

²⁴ Loc. Cit.

²⁵ ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. Ob. Cit., p. 282.

El contrato celebrado por el representante en nombre y representación del representado produce efectos en la esfera jurídica del representado sólo si se concluye dentro de los límites del poder conferido por el representante. El ejercicio extralimitado de la representación supone que el apoderado sobrepasa los límites del poder; es decir, realiza algo para lo cual no fue facultado por el poderdante. Al respecto ROPPO señala: *“El exceso de representación implica la superación de los límites de un poder representativo existente”*²⁶.

Como precisa Díez-PICAZO: *“En rigor, cuando se traspasan los límites del poder la situación es similar o paralela a la falta completa de poder”*²⁷, de ahí que, como veremos, la consecuencia es la misma.

DÍEZ-PICAZO nos dice que existe representación sin poder *“en todos aquellos casos en que una persona lleva a cabo una actividad que es externamente representativa (lo que significa que es reconocible que actúa por y para un dominus negotii), pero sin tener para ello suficiente poder de representación. Puede ocurrir así porque el poder de representación no existe ni ha existido nunca. Puede ocurrir también porque se desarrolla la actividad representativa cuando se había ya extinguido la relación representativa”*²⁸.

De la definición del profesor español puede advertirse que el falso representante o falso procurador realiza una actuación representativa, en cuanto manifiestamente actúa a nombre y representación de otro²⁹.

¿Qué ocurre con el acto celebrado por el falso procurador o por el apoderado extralimitando la representación concedida?

El artículo 161 del Código Civil en el primer párrafo respecto al ejercicio extralimitado establece que: *“El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado...”* y en el segundo párrafo respecto al ejercicio extralimitado establece que: *“También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye”*.

Como puede apreciarse, en ambos casos, el Código Civil considera *«al acto jurídico celebrado como ineficaz con relación al falso representado»*. Esto significa que los efectos del acto jurídico no recaen en la esfera jurídica del falso representado. En tal sentido el *dominus negotii* se encuentra

²⁶ ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. Ob. Cit., p. 294.

²⁷ Díez-PICAZO, Luis. **La representación en el Derecho Privado**. Ob. Cit., p. 198. En el mismo sentido ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. Ob. Cit., p. 295.

²⁸ Díez-PICAZO, Luis. **La representación en el Derecho Privado**. Ob. Cit., p. 214.

²⁹ En la gestión de negocios, en cambio, se actúa en nombre propio. Así el artículo 1950 del Código Civil señala: *“Quien careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de los negocios o la administración de los bienes de otro que lo ignora, debe desempeñarla en provecho de éste”*.

tutelado. No obstante, hay que tener presente que ello es así en la medida que el falso representado no haya creado una apariencia de representación (representación aparente)³⁰.

De acuerdo con ROPPO el contrato del falso representante tampoco vincula a éste con el tercero *“porque el contrato está celebrado en nombre del falso representado, y dispone de posiciones jurídicas de éste, no del falso representante”* y luego añade: *“En cambio, el contrato vincula al tercero contratante, como se desprende de la previsión por el cual el tercero y el falso representante «pueden acordar dejar sin efecto el contrato».* La norma indica que el contrato produce efectos vinculantes para el tercero, aclarando que de ellos el tercero no puede liberarse por decisión unilateral³¹. En el mismo sentido se pronuncia GALGANO: *“El falso representante ha actuado en nombre ajeno; el contrato, por tanto, no puede producir efectos en su esfera jurídica, no puede hacerle adquirir los derechos y asumir las obligaciones que se derivan (ni el otro contratante tendría interés que el contrato produjera efectos en la esfera jurídica del falso representante, habiendo contratado en el presupuesto que el con el contrato habría adquirido derechos respecto la persona en nombre de quién actuó el falso representante)”*³².

Como advierte BIANCA: *“En la esfera jurídica del tercero el contrato es igualmente ineficaz. En la esfera jurídica de tal sujeto no se producen efectos obligatorios o reales propios del contrato pues tales efectos presuponen la operatividad del contrato en la esfera jurídica del representado. La ineficacia del contrato estipulado por el falso representante no significa que tal contrato sea nulo o anulable. El contrato simplemente está privado de un requisito de eficacia que puede ser integrado sucesivamente mediante la ratificación del representado”* y añade *“El contrato concluido por el falso representante, se observe, es un contrato perfecto. Tal contrato consta de todos los elementos constitutivos (acuerdo, objeto, causa, forma)”*³³.

En tal sentido, el contrato celebrado por el falso procurador es ineficaz respecto a los “efectos finales” (efectos obligatorios o reales) pero es productivo del efecto primario del vínculo contractual³⁴. En tal sentido el tercero se encuentra en una situación de “sujeción”.

*“Artículo 162.- En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración.
La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.*

³⁰ Casos de extinción de poder, como por ejemplo, la revocación sin que hayan sido puestos en conocimiento de los terceros (artículo 152 del Código Civil).

³¹ ROPPO, Vincenzo. **II Contratto**. Ob. Cit., p. 296.

³² GALGANO, Francesco. Ob. Cit., p. 403. En el mismo sentido BIANCA, Massimo. **Diritto Civile. 3 Il Contratto**. Ob. Cit., p. 11.

³³ BIANCA, Massimo. **Diritto Civile. 3 Il Contratto**. Ob. Cit., p. 111.

³⁴ Situación similar a la que se produce respecto de un contrato sujeto a condición suspensiva.

*El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.
La facultad de ratificar se trasmite a los herederos”.*

La ratificación por el falso representado torna eficaz el contrato. La ratificación es un acto jurídico unilateral del falso representado con el cual se atribuye eficacia al contrato concluido por el falso representante. Como señala ROPPO, ratificando, el falso representado atribuye *ex post* al falso representante la legitimación que le faltaba al momento de la celebración del contrato³⁵.

El tercero puede poner fin a la vinculación, antes que se produzca la ratificación, pero no lo podrá hacer unilateralmente, requerirá un acuerdo con el falso representante: *“El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda”.*

En tal sentido, ninguna de las partes, ni el falso representante ni el tercero contratante, gozan de la facultad de receso legal³⁶. Tampoco el tercero contratante podrá rescindir el contrato en base al artículo 1370 del Código Civil³⁷, alegando la falta del requisito de eficacia (la legitimación del representante) al momento de la celebración del contrato. Se requerirá un mutuo disenso³⁸ entre el falso representante y el tercero contratante.

La responsabilidad del falso representante.

En el caso del ejercicio extralimitado del poder, sea por ejercicio anormal de la representación o por la representación sin poder, el tercero contratante puede sufrir daños en caso que no se produzca la ratificación y consiste en haber celebrado un contrato ineficaz³⁹. Como dice BIANCA: *“El falso representante debe resarcir el daño que el tercero contratante haya sufrido por haber confiado sin su culpa en la eficacia del contrato o, en general, del acto cumplido por el falso representante”*⁴⁰.

De acuerdo con DÍEZ-PICAZO la indemnización se refiere a *“los daños precontractuales incluíbles en el llamado interés negativo”*⁴¹. Según BIANCA: *“La responsabilidad del falso representante no es responsabilidad contractual, es decir responsabilidad por incumplimiento del contrato. El falso representante no contrae en nombre propio y no asume una obligación en orden a la ejecución del negocio. El hecho ilícito que da lugar a la responsabilidad del representante consiste más bien en la*

³⁵ ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. Ob. Cit., p. 297.

³⁶ Ver al respecto BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. “Algunas consideraciones sobre el receso en el Código Civil peruano: a propósito del artículo 1786”. En: **Advocatus**, No. 19, 2009, pgs. 291-321.

³⁷ *“Artículo 1370.- La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo”.*

³⁸ *“Artículo 1313.- Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado”.*

³⁹ ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. Ob. Cit., p. 301.

⁴⁰ BIANCA, Massimo. **Diritto Civile. 3 Il Contratto**. Ob. Cit., p. 118.

⁴¹ DÍEZ-PICAZO, Luis. **La representación en el Derecho Privado**. Ob. Cit., p. 225.

*lesión de la libertad contractual del tercero. El representante, precisamente, es responsable en cuanto dolosa o culposamente se ha valido de una legitimación inexistente. Estamos por tanto en el campo de la responsabilidad extracontractual y, más particularmente, de la responsabilidad precontractual*⁴².

Se produce entonces una lesión al interés negativo del tercero; es decir, el interés del tercero de no ser parte de un contrato ineficaz. En tal sentido, el resarcimiento estará dirigido a colocar al tercero en la situación anterior a la celebración del contrato y no a colocarlo en la situación que se hubiera encontrado de haberse cumplido el contrato (interés positivo). Así, *si “el falso representante ha enajenado al tercero un inmueble, el resarcimiento no tendrá en consideración la no obtención de la ganancia del adquirente sino el daño consistente en los gastos inútilmente sostenidas por el contrato (ejemplo: pago de los tributos), en los gastos inútilmente incurridos por el bien y por su utilización y, aún, en los mayores gastos derivados de la demora en la adquisición de un bien de reemplazo (ejemplo: para procurarse otro inmueble el tercero debe asumir el aumento medio que el mercado ha registrado durante el tiempo perdido inútilmente en la contratación*⁴³.

Queda claro que la responsabilidad del falso representante supone que el tercero haya confiado, sin su culpa, en la legitimación del falso procurador. El tercero estará en culpa si incurrió en un error que habría sido evitado si hubiera actuado con la normal diligencia. BIANCA señala: *“Si el falso representante ha dolosamente creado la apariencia de la propia legitimación la culpa del tercero resulta irrelevante*⁴⁴.

En conclusión, cuando el vendedor actúa a nombre ajeno (*agere nomine alieno*), con o sin poder de representación, no se trata de la hipótesis de compraventa de bien ajeno.

3.2) La compraventa celebrada por el vendedor no propietario en nombre propio.

La compraventa de bien ajeno puede ser definida como el contrato de atribución patrimonial (función traslativa) que tiene por objeto un derecho cuya titularidad corresponde a un sujeto distinto del vendedor y donde éste actúa en nombre propio (*agere nomine proprio*). En tal sentido, no puede afirmarse que en la compraventa de bien ajeno falte la manifestación de voluntad del propietario, puesto que el comprador y el vendedor (aún si no se encuentra legitimado para disponer) han manifestado su voluntad y en tal sentido hay acuerdo y, por lo tanto, hay contrato. El propietario es un tercero respecto de este contrato, por lo que, obviamente, no se requiere que manifieste su voluntad.

⁴² BIANCA, Massimo. **Diritto Civile. 3 Il Contratto**. Ob. Cit., p. 119. En el mismo sentido ROPPO, Vincenzo. **Il Contratto**. Ob. Cit., p. 301.

⁴³ BIANCA, Massimo. **Diritto Civile. 3 Il Contratto**. Ob. Cit., p. 119.

⁴⁴ BIANCA, Massimo. **Diritto Civile. 3 Il Contratto**. Ob. Cit., p. 121.

De conformidad con el artículo 1409 del Código Civil la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes ajenos. En efecto, el artículo citado señala:

*"La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre:
(...)
2. Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa".*

Esta norma permite afirmar que los contratos con función translativa pueden versar sobre bienes ajenos. En tal sentido, queda totalmente descartado que pueda considerarse que la compraventa de bien ajeno importa un imposible jurídico. Al respecto, comentando el artículo bajo análisis, DE LA PUENTE Y LVALLE señala: *"Para dejar claramente establecido que el carácter obligacional del contrato de compraventa admite la posibilidad de venta de una cosa ajena, el codificador de 1984 decidió, con muy buen criterio, establecer expresamente entre las disposiciones generales de los contratos que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes ajenos"*⁴⁵.

Esto permite reafirmar que para el Código Civil la capacidad de disposición o la legitimidad para disponer no constituyen un presupuesto de los contrato con función traslativa, lo que en otras palabras significa que la falta de capacidad de disposición o de la legitimidad para disponer del vendedor no ocasionan la nulidad del contrato de compraventa de bien ajeno. Así, la compraventa celebrada por quién no es titular es válida en nuestro ordenamiento jurídico.

En la compraventa de bien ajeno, el vendedor celebra el contrato a nombre propio y respecto a los efectos que se generan deben tenerse en cuenta dos hipótesis:

- 1) Que ambas partes sepan que el bien es ajeno; o
- 2) Que el comprador no sepa que el bien es ajeno⁴⁶.

Cuestión previa: ¿en virtud del contrato de compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad?

Antes de analizar cada una de las hipótesis señaladas, es necesario determinar, de acuerdo con nuestro Código Civil, a qué se obliga el vendedor en virtud del contrato de compraventa.

De conformidad con el artículo 1529 del Código Civil:

⁴⁵ DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. **El Contrato en General**. Tomo II. Lima: Palestra, 2007, p. 131.

⁴⁶ Habría una tercera hipótesis: que el vendedor no sepa que el bien es ajeno y el comprador si lo sepa. Imaginemos que *Primus*, vende un bien a *Tertius* pensando que dicho bien había sido de propiedad de su padre ya fallecido (y que pensaba haber adquirido por sucesión *mortis causa*) cuando en realidad era de propiedad de *Secundus*. *Tertius* conoce que el bien es de *Secundus*. Esta se subsume en la hipótesis en la que ambas partes saben que el bien es ajeno.

“Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero”.

Del artículo citado parece desprenderse que en nuestro ordenamiento jurídico el contrato de compraventa, en cualquier caso, genera para el vendedor la obligación de transferir la propiedad del bien al comprador. Esta afirmación, sin embargo, no es exacta.

Veamos. Tratándose de una compraventa de bien mueble, concordando el artículo 1529 con el artículo 947 del Código Civil, no cabe duda alguna que la transferencia de la propiedad del bien se realiza a través de una prestación del vendedor (deudor) consistente en la entrega del bien (tradición) al comprador (acreedor), ello supone entonces la necesidad de constituir una relación obligatoria. No ocurre lo mismo, en cambio, cuando estamos frente a una compraventa de bien inmueble.

En efecto, concordando el artículo 1529 con el artículo 949 del Código Civil, en el caso de una compraventa de bien inmueble la transferencia de la titularidad opera como un efecto inmediato del contrato no siendo necesario constituir una relación obligatoria. Por tanto, la compraventa de bien inmueble no genera la obligación del vendedor de transferir la propiedad el vendedor⁴⁷.

Ahora, veamos que pasa en la compraventa de bien ajeno.

3.2.1) Compraventa celebrada por el vendedor (no propietario) a nombre propio donde ambas saben que el bien es ajeno.

De acuerdo con el artículo 1537:

“El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472”.

De acuerdo con DE LA PUENTE Y LAVALLE: *“el contrato mediante el cual el vendedor asume tal obligación no es técnicamente una compraventa pues como nadie puede crear una obligación a cargo de un tercero sin asentimiento de éste, la obligación del vendedor no puede ir más allá que comprometer su actividad para obtener el asentimiento del verdadero dueño del bien para transferir la propiedad de éste al comprador. En estas condiciones, como la compraventa crea la obligación de transferir la propiedad del bien, el llamado vendedor de cosa ajena no está, en realidad, vendiendo esta cosa, desde que, con conocimiento del llamado comprador, no se está obligando a transferir su propiedad, sino únicamente está prometiendo que el verdadero dueño lo hará, esto es*

⁴⁷ Ver al respecto FORNO, Hugo. “El contrato con efectos reales”. En: **Ius et Veritas** No. 7, p. 77 y siguientes. Ver una posición distinta en DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato con efectos reales”. En: **Ius et Veritas** No. 9, p. 9 y siguientes.

que éste y no el "vendedor" será quien se obligue a transferir al "comprador" la propiedad del bien"⁴⁸.

De acuerdo con DE LA PUENTE Y LAVALLE no es posible que un sujeto se obligue a transferir la propiedad de un bien ajeno sino que sólo puede comprometerse a obtener el asentimiento del propietario para transferir la propiedad al comprador por lo que el Código Civil remite a las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

En nuestra opinión en la compraventa de bien ajeno el vendedor se obliga a procurar la adquisición de la propiedad a la contraparte; en otras palabras, se obliga a procurar que el comprador adquiera la propiedad. Se trata de una obligación de resultado: el interés del comprador se satisface en la medida que adquiera la propiedad, si ello no ocurre se producirá una lesión del interés del comprador.

En este sentido el primer párrafo del artículo 1478 del Código Civil italiano señala:

"Si al momento del contrato la cosa vendida non era de propiedad del vendedor éste está obligado a procurar la adquisición al comprador".

Al respecto MOSQUEIRA MEDINA señala: *"la obligación del «deudor» es una de «obtener que su acreedor adquiera», obligación que no tiene el mismo contenido de la obligación del vendedor en una compraventa, consistente en «transmitir la propiedad» de un bien conforme a lo establecido en el artículo 1529 del código. «Obtener que otro adquiera» y «transmitir la propiedad» expresan contenidos diferentes y maneras de cumplir distintas, razón por el cual el «deudor» del contrato contemplado en el artículo 1537 no es el vendedor de la compraventa, por lo que el artículo 1537 no contempla un contrato de compraventa, si no un contrato innominado"⁴⁹.*

A su vez SEMINARIO STULPA señala: *"En nuestra opinión, no es necesario recurrir a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero para vender un bien ajeno cuando ambas partes contratantes conocen esta circunstancia. En efecto, al ser la compraventa en nuestro derecho un contrato obligatorio y sabiendo las partes que el bien que se va a vender es ajeno, no vemos por qué debe recurrirse necesariamente a este contrato innominado previsto en el artículo 1537, cuando desde los puntos de vista conceptual y práctico nada impide que el vendedor venda un bien ajeno, máxime cuando el artículo 1529 no establece como requisito del contrato que el vendedor sea propietario"⁵⁰.*

⁴⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Exposición de motivos y comentarios. Compraventa". En: **Código Civil. Exposición de motivos y comentarios**. Parte III, tomo VI. Compiladora: Delia Revoredo. Lima: Studium, 1985, p. 209.

⁴⁹ MOSQUEIRA MEDINA, Edgardo. "La venta de bien ajeno en el código civil peruano". En: **Thémis, Revista de Derecho**. Segunda Época, 1987, No. 8, p. 76.

⁵⁰ SEMINARIO STULPA, Eduardo. **La transferencia de la propiedad en el contrato de compraventa**. Tesis para optar el grado de bachiller en Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de

La conversión legal prevista en el artículo 1538 del Código Civil.

El artículo 1538 del Código Civil señala:

"En el caso del artículo 1537, si la parte que se ha comprometido adquiere después la propiedad del bien, queda obligada en virtud de ese mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario".

Como hemos visto según nuestro Código Civil en la compraventa de bien ajeno (en la que ambos conocen que el bien es ajeno) el vendedor promete la obligación o el hecho del propietario, pero ¿qué pasa si luego de celebrado dicho contrato el vendedor adquiere la propiedad del bien? Entonces, conforme al artículo 1538 antes citado, se produce una suerte de "conversión legal"⁵¹ de la obligación del vendedor: de prometer la obligación o el hecho del propietario pasa a obligarse a transferir la propiedad.

Adviértase, entonces, que si se trata de una compraventa de bien inmueble, concordando el artículo 1538 y el 949 del Código Civil, en el mismo momento que el vendedor adquiere la propiedad del bien de su propietario, el comprador se convierte en propietario.

El segundo párrafo del artículo 1478 del Código Civil italiano dispone lo siguiente:

"El comprador se convierte en propietario en el momento en el cual el vendedor adquiere la propiedad del titular de aquella".

La solución del artículo citado se sustenta en el hecho que Código Civil italiano adopta el sistema causa única para la transferencia de la propiedad; es decir, que la propiedad se transfiere como efecto inmediato del contrato.

Como ya lo hemos señalado, somos de la opinión que, en virtud de la compraventa de bien ajeno, el vendedor se obliga a procurar la adquisición de la propiedad al comprador. Por tanto, si luego de celebrado un contrato de compraventa de bien mueble ajeno, el vendedor adquiere la propiedad, en virtud de la obligación asumida, debe transferir la propiedad mediante la entrega del bien al comprador. En cambio, tratándose de una compraventa de bien inmueble, al igual que en el *Codice Civile*, el comprador se convertirá en propietario en el mismo momento en que el vendedor adquiera la propiedad del propietario del bien.

¿En la compraventa celebrada por el vendedor (no propietario) a nombre propio donde ambas saben que el bien es ajeno puede darse la transferencia "a non domino"?

Lima, p. 231.

⁵¹ En este sentido ver MOSQUEIRA MEDINA, Edgardo. Ob. cit., p. 77.

En la compraventa de bien mueble en el que ambas partes saben que el bien es ajeno si el vendedor entrega el bien al comprador no se producirá la transferencia de propiedad por cuanto el vendedor carece de legitimidad para disponer (capacidad de disposición) tampoco operará la transferencia "a non domino" prevista en el artículo 948 del Código Civil por cuanto el comprador conoce que el bien es ajeno y, por tanto, carece de buena fe.

En la compraventa de bien inmueble en el que ambas partes saben que el bien es ajeno la transferencia no se producirá de manera inmediata por cuanto el vendedor carece de capacidad de disposición, ambas partes son conscientes que la transferencia operará a través de una obligación (de procurar la adquisición de la propiedad a la contraparte). Tampoco opera la transferencia "a non domino" prevista el artículo 2014 del Código Civil porque el comprador conoce que la cosa es ajena.

3.2.2) Compraventa celebrada por el vendedor (no propietario) a nombre propio donde el vendedor sabe que el bien es ajeno y el comprador no lo sabe.

El artículo 1539 del Código Civil establece:

"La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiriera el bien, antes de la citación con la demanda".

El hecho que el artículo 1539 del Código Civil establezca que la compraventa celebrada por el vendedor a nombre propio donde el comprador no conoce que el bien es ajeno es rescindible, descarta que pueda considerarse la invalidez de dicho contrato. La rescisión deja sin efecto un contrato válido, lo cual confirma que la legitimación para disponer (capacidad de disposición) no es requisito de validez sino de eficacia.

DE LA PUENTE Y LAVALLE comentando el artículo citado señala: *"Si el comprador ignora que el bien no pertenece al vendedor en dicho momento, no puede conocer que el vendedor no se está obligando a transferirle la propiedad del bien, que es la finalidad del contrato de compraventa, sino únicamente se está obligando a obtener el asentimiento del verdadero dueño, o sea algo que no depende de su voluntad, por lo cual la posibilidad del comprador de obtener la propiedad del bien es bastante más remota"⁵².*

MOSQUEIRA MEDINA, por otro lado, señala: *"Este artículo si trata el caso de la venta de bien ajeno en la medida que se refiere expresamente a dicho contrato y establece sus consecuencias. En tal sentido es importante tomar en cuenta que la obligación del vendedor de bien ajeno será la de "transmitir la propiedad del bien" y no la de "obtener que otro adquiriera". El vendedor deberá*

⁵² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Exposición de motivos...". En: Ob. cit., p. 210.

*transmitir el bien al comprador y dicha transmisión deberá ser verificada por el propio vendedor, es decir deberá personalmente realizar la adquisición derivativa del derecho de propiedad en favor del comprador: la propiedad deberá salir de él (y no de un tercero) e ingresar en el comprador*⁵³.

En nuestra opinión en virtud de la compraventa de bien ajeno, independientemente que el comprador conozca o no que el bien es ajeno, el vendedor no propietario se obliga a procurar la adquisición de la propiedad al comprador.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1539 del Código Civil si se celebra una compraventa de bien ajeno donde el comprador no conoce que el bien no es de propiedad del vendedor, entonces el comprador puede "rescindir el contrato"⁵⁴.

¿Es correcto referirse a la "rescindibilidad" del contrato? Veamos.

Conviene recordar que el Código Civil distingue la rescisión de la resolución⁵⁵, así, en la rescisión la causal existe al momento de celebrar el contrato⁵⁶ mientras que en la resolución la causal es sobreviniente a su celebración.

Para el legislador, el contrato es rescindible porque el vendedor carece de legitimidad para disponer (capacidad de disposición) al momento de celebrarlo; sin embargo, como veremos, esto no es exacto.

1) Compraventa de bien mueble.- Si se trata de una compraventa de bien mueble ajeno y el vendedor entrega el bien al comprador que desconoce que el bien es ajeno (buena fe) éste adquirirá la propiedad conforme con artículo 948 del Código Civil (adquisición *a non domino*)⁵⁷. En este caso no procede que el comprador deje sin efecto el contrato que ha producido sus efectos⁵⁸.

Si, en cambio, el comprador no adquiere la propiedad en la fecha acordada, entonces, habrá un incumplimiento del vendedor de su obligación de procurar la propiedad, por lo que procedería la resolución por incumplimiento⁵⁹.

⁵³ MOSQUEIRA MEDINA, Edgardo. Ob. cit., p. 78.

⁵⁴ En puridad lo que se rescinde o resuelve es la relación obligatoria que se genera del contrato. El contrato como todo hecho una vez producido ingresa al mundo fáctico quedando sus consecuencias, sólo los efectos de dicho contrato pueden extinguirse.

⁵⁵ "Artículo 1371.- La resolución deja sin efecto un contrato válido *por causal sobreviniente a su celebración*" (el subrayado es nuestro).

⁵⁶ "Artículo 1370.- La rescisión deja sin efecto un contrato *por causal existente al momento de celebrarlo*" (el subrayado es nuestro).

⁵⁷ Se exceptúa el caso de los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal.

⁵⁸ En este sentido ver artículo 1479 del Código Civil italiano.

⁵⁹ En este sentido ver MOSQUEIRA MEDINA, Edgardo. "La venta de bien ajeno...". En: ob. cit., p. 81.

Aquí la resolución procede porque de la compraventa de bien ajeno surge la obligación del vendedor de procurar la adquisición de la propiedad al comprador y éste espera adquirir la propiedad cuando el vendedor le entregue el bien. Si no se produce la tradición (y por tanto la adquisición de la propiedad) se produce una lesión del interés del acreedor (del comprador) que lo faculta a recurrir al remedio de la resolución por incumplimiento.

- 2) Compraventa de bien inmueble no inmatriculado.- Si se trata de una compraventa de bien inmueble ajeno no inmatriculado, consideramos que la solución que brinda el artículo 1539 del Código Civil es, técnicamente hablando, la correcta.

En efecto, en este caso el comprador esperaba adquirir la propiedad del bien de manera inmediata conforme con el artículo 949 del Código Civil. En tal sentido, el incumplimiento que justifica la rescisión del contrato, previsto por el artículo 1539 del Código Civil, consiste en la falta de la inmediata transferencia de la titularidad de la propiedad (que debe ocurrir en el momento de la celebración del contrato). En cambio, en el caso de los muebles, el incumplimiento se deriva de la no realización de una actividad o comportamiento humano específico⁶⁰.

- 3) Compraventa de bien inmueble inmatriculado.- Si el vendedor aparece en el registro como propietario sin serlo realmente, el comprador, que no conoce que el bien es ajeno (buena fe), adquiere la propiedad una vez inscrito su derecho, conforme con lo previsto en el artículo 2014 del Código Civil (adquisición *a non domino*). En este caso no procede que el comprador deje sin efecto el contrato que ha producido sus efectos.

4) Compraventa de bien ajeno y el delito de estelionato.

Como hemos visto cierta orientación jurisprudencial considera que la compraventa de bien ajeno es nula sustentando su posición en el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil. Para esta orientación la compraventa de bien ajeno (por lo menos en el caso que el comprador no conoce que el bien es ajeno) tipificaría como un delito: el delito de estelionato conforme el inciso 4 del artículo 197 del Código Penal:

“La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando:

(...)

4. (...) Cuando se vende (...) como propios los bienes ajenos.

⁶⁰ En este sentido MENGONI, comentando el Código Civil italiano que adopta el sistema consensual (MENGONI, Luigi. Ob. cit. p. 22-24). Asimismo RUSSO, Ennio. **La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale**. Milano: Giuffrè, 1963, p. 5).

De acuerdo al artículo V del Título Preliminar del Código Civil:

"Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

Según la jurisprudencia citada, los contratos contrarios a las leyes que interesan al orden público, por excelencia las normas penales, sería nulo.

No obstante, esta jurisprudencia olvida lo establecido en el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil:

*"El acto jurídico es nulo:
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca una sanción diversa" (el subrayado es nuestro).*

De esta norma se desprende con meridiana claridad que, para el Derecho Civil, el contrato penalmente ilícito no necesariamente es un acto inválido (nulo). En otras palabras, la violación de prohibiciones penales en el ejercicio de la autonomía privada importa una reacción del ordenamiento jurídico que repercute en formas diversas sobre el acto jurídico⁶¹.

La nulidad del contrato penalmente ilícito está excluida cuando el ordenamiento atribuye no sólo una sanción distinta a la nulidad sino, cuando al violarse el precepto penal, el ordenamiento atribuye consecuencias que presuponen la validez del contrato con el que la norma penal colisiona.

5) La protección de la apariencia y la validez del título.

Como hemos dicho, cierta orientación jurisprudencial considera nula la compraventa de bien ajeno. Esto, como hemos visto es un error. Pero, esta misma orientación jurisprudencial comete un segundo error, puesto, que a pesar de considerar nulo el contrato de compraventa de bien ajeno, protege al comprador que actúa basado en la apariencia (adquirente de buena fe).

Es un error, puesto que para darse la protección a la apariencia jurídica (que supone una la adquisición *a non dominus*) el título de adquisición del tercero de buena fe debe ser válido. Como bien señala MENGONI: *"Si el título tiene vicios de estructura, no hay razón para atribuir al adquirente a non domino, que ignore el vicio, una tutela que no ha sido dada siquiera al adquirente a domino" y luego añade: "El título debe estar libre de vicios intrínsecos, sea de forma que de sustancia, es decir debe ser, como se acostumbra decir, abstractamente idóneo para transferir o para constituir el derecho del cual se trata: el adverbio «abstractamente» alude precisamente a una valoración del título en sí mismo, abstracción en concreta la eficacia del negocio bajo el perfil dispositivo. Si el título*

⁶¹ Ver en este sentido GRASSO, Antonio. **Illecità penale e invalidità del contratto**. Milano: Giuffrè, 2002, p. 3. Sobre el tema también ver RABITI, Maddalena. **Contratto illecito e norma penale**. Contributo allo studio della nullità. Milano: Giuffrè, 200.

es nulo (y siempre que la nulidad no dependa exclusivamente de la falta de titularidad del enajenante), la tutela del tercero adquirente es sin duda excluida”.

En este sentido expresamente se pronuncia el artículo 1153 del Código Civil italiano:

“A quien le son enajenados bienes muebles por parte de quien no es propietario, adquiere la propiedad mediante la posesión, siempre que sea de buena fe al momento de la entrega y subsista título idóneo para la transferencia de la propiedad (...)”
(el subrayado es nuestro).

De acuerdo con la orientación jurisprudencial que considera nula la compraventa de bien ajeno nunca serían de aplicación los artículos 948 y 2014 del Código Civil, lo cual resulta un absurdo jurídico.

**UNIDAD II: LA INOPONIBILIDAD DEL CONTRATO DE
COMPRAVENTA DE BIEN AJENO CUANDO NO SE EXPONE
LA AJENIDAD DEL BIEN.**

LECTURA COMPLEMENTARIA

- MOSQUEIRA MEDINA, Edgardo. La Venta de Bien Ajeno en el Código Civil Peruano.

La venta de bien ajeno en el Código Civil Peruano

Edgardo Mosqueira Medina
Bachiller en Derecho

1. LA VENTA DE BIEN AJENO. CONCEPTO Y CARACTERES

La posibilidad de que se pueda celebrar válida y eficazmente un contrato de compraventa en el cual el bien materia de la venta no pertenece al vendedor al momento de la celebración del contrato, constituye lo que en la doctrina se ha venido a denominar el problema de "La venta de cosa o bien ajeno", el cual representa un tema polémico para aquélla, en la medida que ha generado diversas y encontradas posiciones. Ciertos sistemas jurídicos aceptaron la posibilidad de celebrar válidamente contratos de venta de bienes ajenos, mientras que otros proscribieron su validez.

Nuestro Código Civil de 1984 ha legislado en la parte referida al Contrato de Compraventa respecto de la venta de bienes ajenos. En tal sentido y antes de ingresar al análisis de las normas correspondientes es importante establecer algunas precisiones.

La venta de bien ajeno constituye un contrato de compraventa mediante el cual el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de un bien al comprador. La única particularidad de este contrato radica en que el bien materia de la transferencia no pertenece al vendedor al momento de la celebración del contrato.

El contrato de compraventa como todos los contratos en nuestro Código Civil es —respecto de su formación— un contrato **consensual**, es decir, su celebración se produce por el simple acuerdo dado por las partes. De esta manera la compraventa no constituye un contrato **real**, que es aquel que para su celebración requiere que se haga la entrega o la transmisión de la propiedad del bien vendido, ni tampoco constituye un contrato **solemne**, que es aquel que para su celebración requiere el cumplimiento de alguna formalidad.

De igual modo, el contrato de compraventa es —respecto de sus efectos— un contrato de **eficacia**

obligacional, es decir, por su celebración surgen o nacen exclusivamente obligaciones entre las partes. De esta manera el contrato de compraventa no constituye un contrato con **eficacia real** o contrato **transmisorio**, que es aquel que a consecuencia de su celebración genera o produce la transferencia de la propiedad.

Por lo tanto para la formación o celebración del contrato de compraventa es suficiente que las partes brinden su consentimiento sin que sea necesario que realicen la entrega o transferencia de la propiedad del bien vendido o que cumplan formalidad alguna, y, el contrato una vez celebrado tiene como único efecto el surgimiento de obligaciones a cargo de los contratantes sin que se produzca a consecuencia de dicha celebración consensual la transferencia de la propiedad.

La importancia de la venta de bien ajeno es muy grande, pues permite una mayor fluidez en el tráfico de los bienes. En efecto, en aquellas legislaciones que permiten su celebración cabe la posibilidad de que el vendedor se comprometa a transmitir la propiedad de un bien que no le pertenece, pudiendo cumplir con su obligación adquiriendo el bien para transmitírselo a su comprador. En nuestra realidad social, los contratos de venta de bienes ajenos se celebran con una frecuencia no imaginada. En efecto, diariamente se celebran innumerables contratos de compraventa en los que vendedores de productos (alimenticios, domésticos, industriales, etc.) se obligan a transmitir la propiedad de dichos bienes sin contar con la propiedad de los mismos, la que adquirirán con el objeto de cumplir su obligación. De igual modo muchos vendedores de inmuebles ofrecen la propiedad de los mismos y se obligan a transmitirla sin ser propietarios, adquiriendo posteriormente a la celebración del contrato la propiedad de dichos bienes con el objeto de cumplir su obligación de transmitir. En todos esos casos se celebran ventas de bienes ajenos, sin que nos encontremos ante hipótesis de ventas celebradas en representación de alguien o por comisión.

2. CRITICAS A LA VENTA DE BIEN AJENO

Tal como lo hemos señalado, la venta de bien ajeno ha generado innumerables polémicas en la doctrina, siendo acogida como un contrato válido por algunos sistemas y proscrita por otros. La proscripción de la venta de bien ajeno surge esencialmente en el sistema francés pues el Código Napoleón estableció la nulidad de dicho contrato aunque sin precisar cual elemento del contrato faltaba en la venta de bien ajeno o cual de dichos elementos se encontraba viciado de tal manera que justificara la nulidad. Diversos tratadistas intentaron dar justificación a dicha nulidad siendo todas las explicaciones insuficientes e inválidas.

Seguidamente analizaremos las principales críticas dirigidas a la venta de bien ajeno, pero dicho análisis lo referiremos a la venta de bien ajeno dentro del contexto normativo del Código Civil peruano, para determinar la aplicabilidad de dichas críticas o su prescindencia.

Algunos intentaron sostener que la venta de bien ajeno es un contrato nulo pues su **objeto es imposible**, entendiendo que el objeto imposible radica en el compromiso del vendedor consistente en transferir la propiedad de un bien que no le pertenece. En efecto, el numeral 2 del artículo 140 del código establece como requisito para la validez del acto jurídico la posibilidad física y jurídica del objeto. En la medida que el contrato de venta de bien ajeno es un acto jurídico, el objeto de dicho acto jurídico es la **obligación**, conforme a lo establecido por el artículo 1402 del código. Adicionalmente el artículo 1403 del código establece que la **prestación** en que consiste la obligación y el **bien** que es objeto de ella deben ser posibles. Por lo tanto, debemos analizar si la obligación, la prestación y el bien en la venta de bien ajeno son posibles. Para dichos efectos debemos precisar que la posibilidad jurídica consiste en que la naturaleza de las instituciones jurídicas no sea transgredida, mientras que la posibilidad física radica en que las situaciones se adecúen a las premisas físicas aceptadas.

La **obligación** del vendedor de bien ajeno no es jurídicamente imposible en la medida que el artículo 1409, numeral 2 permite la posibilidad de obligarse respecto de bienes ajenos.

De igual modo, la imposibilidad de la prestación no se presenta. Requisitos para que se produzca la imposibilidad del objeto son que dicha imposibilidad

sea originaria (es decir, que se presente desde la celebración del contrato) y que sea objetiva (es decir, que sea una imposibilidad para todos). En la venta de bien ajeno la prestación del vendedor consistente en transmitir la propiedad al comprador no es originaria ni objetivamente imposible sino sobreviniente y subjetiva. En efecto tal como lo señalan Pérez Gonzalez y Alguer¹ la prestación del vendedor de bien ajeno "es siempre objetivamente posible, ya que el vendedor podría adquirir y quedaría obligado a adquirir la cosa ajena para transferirla después al comprador (...)", agregando que si el vendedor no logra adquirir la cosa para transmitírsela al comprador la imposibilidad surge recién en dicho momento por lo que es una imposibilidad subsiguiente y subjetiva (pues solamente es imposibilidad respecto del vendedor). De similar opinión es Albaladejo².

Respecto del bien materia de la prestación, en la medida que éste pueda ser vendido y no presente limitaciones a su comerciabilidad no será imposible jurídicamente. Tampoco lo será físicamente si dicho bien se adecúa a las premisas físicas comúnmente aceptadas (sería imposible el bien si se tratase de un caballo alado, por ejemplo).

Otros como los Mazeaud³ y Huc⁴ consideran que en la venta de bien ajeno el comprador sufre un **error en las cualidades de la cosa vendida**, al considerar como cualidad de aquella su pertenencia al vendedor y su posibilidad de ingresar en el patrimonio del comprador. Baudry Lcantiney y Saignat⁵ y Josserand⁶ sostienen que el comprador de bien ajeno sufre un **error en las cualidades de la persona del vendedor** al considerar como cualidad de aquella la de ser propietaria del bien vendido. Ambos supuestos errores se fundan en el hecho que el comprador asumió que por la celebración del contrato se convertía en propietario, situación que no se produjo por no pertenecerle la cosa al vendedor o —lo que es lo mismo— porque la cosa no era de él. Ambos errores se refieren a las cualidades de la persona y de la cosa, y por cualidades debemos entender aquellas circunstancias, atributos o peculiaridades de importancia en la cosa o la persona que hacen que se le asigne a una categoría en lugar de otra, son los atributos físicos o económicos que hacen que la cosa sea idónea para un uso particular (66). En tal sentido no se puede considerar que la pertenencia de una cosa a cierta persona o el que cierta persona sea propietaria de una cosa sean atributos especiales de la cosa o la persona que la diferencien de las otras cosas o personas de su misma

1. Ennecerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolff, Martin: "Tratado de Derecho Civil". Tomo II, volumen II, Barcelona 1934, p. 23.
2. Albaladejo, Manuel: "Derecho Civil", Bosch, Tomo II, volumen I, Barcelona 1975, pp. 17-18.
3. Mazeaud, Henry, León y Jean: "Lecciones de Derecho Civil francés", Ediciones Jurídicas Europa-América, parte tercera, volumen III, Buenos Aires 1959-1965, p. 92.
4. Rezzonico, Luis María: "Estudio de los contratos en nuestro Derecho civil", Ediciones Depalma, Buenos Aires 1967, tomo I, p. 95.
5. Rezzonico.
6. Josserand, Louis: "Derecho Civil", Bosch y Cía., Editores, Buenos Aires 1950, tomo II, volumen II, pp. 24-25.

especie. Dicha pertenencia o dicha titularidad no es más que una relación jurídica entre la persona y la cosa, relación que surge porque un derecho recae sobre la cosa.

Otros autores intentan sostener que la venta de bien ajeno es una compraventa en la que el vendedor comete **dolo** en perjuicio del comprador, razón por la cual el contrato debe anularse. Tal argumento es falso pues para que se produzca el dolo sería necesario que el comprador haya establecido en el contrato que lo celebra en consideración de que el vendedor es propietario y además el vendedor debería haber engañado al comprador respecto de su carácter de propietario. Caso contrario y de haberse celebrado la venta de bien ajeno obligándose el vendedor a transmitir la propiedad, no podrá presumirse que el vendedor ha actuado dolosamente pues tal presunción no es válida.

Algunos autores que aceptan la validez de la venta de bien ajeno sostienen sin embargo que la misma constituye un **contrato aleatorio**, recusando su carácter conmutativo. Siguiendo a Miguel⁷ los contratos aleatorios no son contratos con prestaciones recíprocas pues dichos contratos no se refieren a dos prestaciones ciertas sino a dos **posibilidades de prestación**. En consecuencia, siendo la venta de bien ajeno un contrato aleatorio no participaría de las características de un contrato con prestaciones recíprocas. Sin embargo esta posición tampoco es satisfactoria pues consideramos que la venta de bien ajeno es un contrato conmutativo, en la medida que desde la celebración del contrato las partes conocen perfectamente el contenido de las prestaciones que van a recibir a cambio de las que deben de dar, siendo dichas prestaciones ciertas y determinadas. No existe por lo tanto el riesgo que se presenta en los contratos aleatorios, es decir riesgo en cuanto a la existencia, calidad o cantidad de alguna de las prestaciones, pues ambas prestaciones se determinan expresamente al celebrarse el contrato; en todo caso, el único riesgo existente —y que no corresponde al riesgo del contrato aleatorio— es la posibilidad de que el vendedor llegue o no a transmitir la propiedad, riesgo que se relaciona mas bien con el cumplimiento del contrato.

3. EL CONTRATO DE VENTA DE BIEN AJENO EN EL CODIGO CIVIL PERUANO

Considerando el carácter consensual —no real— y la eficacia obligacional —no transmisiva— del contrato de compraventa en el Código Civil peruano y habiendo sido descartados todos los intentos para justificar la unidad de la venta de bien ajeno, queda clara la validez de dicho contrato, más aún cuando el legislador no ha supeditado la validez de la compraventa

al hecho de que el vendedor cuente con el Poder de Disponer o titularidad del bien vendido al momento de celebrar el contrato.

En tal sentido el código ha contemplado diversos supuestos de contratos referidos a transferencia de la propiedad de bienes ajenos, sin que todos dichos supuestos se refieran a contratos de venta de bien ajeno.

4. EL ARTICULO 1537 DEL CODIGO CIVIL

Este artículo señala lo siguiente: "El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472".

El artículo consignado se refiere a un contrato mediante el cual una de las partes —a quien denominaremos "deudor"— asume la obligación de **obtener que la otra parte (a quien llamaremos "acreedor") adquiera** la propiedad de un bien que ambos saben pertenece a un tercero y no al "deudor".

De acuerdo a lo expuesto la obligación del "deudor" es una de **"obtener que su acreedor adquiera"**, obligación que no tiene el mismo contenido de la obligación del vendedor en una compraventa, consistente en **"transmitir la propiedad"** de un bien conforme a lo establecido en el artículo 1529 del código. "Obtener que otro adquiera" y "transmitir la propiedad" expresan contenidos diferentes y maneras de cumplir distintas, razón por la cual el "deudor" del contrato contemplado en el artículo 1537 no es el vendedor de la compraventa, por lo que el artículo 1537 no contempla un contrato de compraventa, sino un contrato innominado.

De la Puente⁸ coincide con lo expuesto y agrega que "la obligación del vendedor" ("deudor" para nosotros) no puede ir más allá de comprometer su actividad para obtener el asentimiento del verdadero dueño del bien para transferir la propiedad de éste al comprador ("acreedor" para nosotros)". De acuerdo a lo consignado, De la Puente considera que la obligación asumida por el "deudor" compromete su actividad para obtener que el tercero propietario le transfiera el bien al "acreedor". Por tal razón y en la medida que el "deudor" debe obtener el asentimiento de un tercero, el artículo 1537 se remite a las normas de la promesa del hecho o de la obligación de un tercero.

Consideramos que el "deudor" podrá cumplir su obligación no solamente mediante la manera indicada por De la Puente, sino de las maneras que señalamos:

a) Mediante una prestación de hacer —tal como

7. De la Puente, Manuel. "El contrato privado", Cultural Cuzco, Lima 1983, tomo I, p. 493.

8. De la Puente, Manuel: Exposición de motivos y comentarios-compraventa, en "Código Civil-Exposición de Motivos y Comentarios", Okura Editores S.A., Lima 1985, parte III, volumen VI, p. 209.

lo considera el tratadista mencionado—, convenciendo al tercero propietario para que transmita la propiedad del bien al “acreedor”, obteniendo así que éste adquiera la propiedad del bien vendido. En dicho caso y considerando que la prestación del “deudor” consistirá en obtener que el tercero se obligue a transmitir o transmita, se aplicarán las normas de la promesa del hecho o de la obligación de un tercero a las que se remite el artículo mencionado.

b) Mediante una prestación de dar, transmitiendo el mismo “deudor” la propiedad del bien vendido al “acreedor”, para lo cual el “deudor” requerirá previamente adquirir la propiedad del bien que se obligó a transmitir. En este caso el “deudor” obtendrá la propiedad del bien del tercero propietario y luego la transmitirá directamente a su “acreedor”, ejecutando una prestación de dar.

Lo expuesto se puede ejemplificar de la manera siguiente: A se obliga frente a B a que éste adquiera la propiedad de un bien que ambos saben pertenece a C. A podrá cumplir con su obligación haciendo que C le transfiera a B, para lo cual deberá obtener el asentimiento de C para dicha transferencia, en cuyo caso se trataría de una prestación de hacer que se rige por las normas de la promesa del hecho o de la obligación de un tercero. Pero también A podrá adquirir el bien de C y transmitírselo a B, en cuyo caso la prestación de A será una de dar en favor de B y no podrá regirse por las normas a las que se remite el artículo comentado. Este segundo supuesto será analizado en el numeral siguiente.

Cabe indicar que normalmente al celebrarse un contrato de los previstos en el artículo 1537, el “deudor” establecerá en su beneficio y a cargo del “acreedor” dos prestaciones: una primera consistente en el pago del precio del bien vendido, y una segunda consistente en una “remuneración” por la actividad desarrollada por el “deudor” al convencer al tercero propietario para que transmita la propiedad del bien al “acreedor”.

5. EL ARTICULO 1538 DEL CODIGO CIVIL

Este artículo prevé lo siguiente: “En el caso del artículo 1537, si la parte que se ha comprometido adquiere después la propiedad del bien, queda obligado en virtud de ese mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario”.

Este artículo establece qué es lo que sucede en el supuesto que el “deudor” obligado conforme a los términos del artículo 1537, adquiera la propiedad del bien del tercero propietario. En dicho supuesto, señala el artículo 1538, el “deudor” queda obligado a transmitir la propiedad del bien, es decir, adquiere el bien del tercero propietario y cumple su obligación con su “acreedor” mediante una prestación de dar. Consecuentemente, el artículo 1538 contempla la hipótesis de cumplimiento de la obligación del “deu-

dor” expuesta por nosotros en la parte final del numeral precedente: mediante una prestación de dar.

Cuando el “deudor” adquiriese el bien del tercero propietario, en virtud del mismo contrato que contenía la obligación de “obtener que el otro adquiera”, el “deudor” queda obligado a “transferir dicho bien al acreedor”. Dicha obligación de “transferir la propiedad a su acreedor” es similar a la obligación del vendedor en la compraventa, conforme al artículo 1529 del código. Por lo tanto, por mandato legal, la **obligación de obtener que el otro adquiera** se convierte en una **obligación de transmitir**, por lo que el contrato innominado contemplado en el artículo 1537 se convierte en un contrato de compraventa, en la medida que, obviamente, el “acreedor” estará obligado a pagar el precio al “deudor”. Nos encontramos pues ante la figura de una conversión legal de la obligación.

En el numeral precedente indicamos que generalmente al celebrarse un contrato en los términos del artículo 1537, se establecerán dos prestaciones en favor del “deudor” y a cargo del “acreedor”. En la medida que el “deudor” adquiera la propiedad del bien y por lo tanto su obligación de “obtener que el otro adquiera” se convierta en una de “transmitir la propiedad del bien”, surge la interrogante de si el “acreedor” continuará obligado a entregar las dos prestaciones al “deudor”. Tal duda surge del hecho de que el “deudor” debería recibir la “remuneración” —una de las prestaciones en su favor indicada en el numeral precedente— a cambio de su prestación de hacer consistente en convencer al tercero propietario de que transmita la propiedad de su bien al “acreedor”. Esta última prestación mencionada no ha sido realizada por el “deudor” pues éste, en todo caso, de lo que ha convencido al tercero propietario es de que le transfiera a el mismo el bien.

Consideramos que aún en el supuesto mencionado y una vez convertida la obligación del “deudor” en una de transmitir —conforme al artículo 1538— el “acreedor” continuará obligado a entregar al “deudor” la prestación consistente en la “remuneración” —como es obvio el precio de todas maneras deberá pagarse— en la medida que si bien la prestación de hacer del “deudor” no se realizó exactamente como se suponía debía realizarse, la finalidad del contrato se cumplió y la obligación del “deudor” también, en la medida que el “acreedor” llegó a adquirir la propiedad del bien. Adicionalmente, debemos tomar en cuenta que en el caso de un contrato celebrado conforme a los términos del artículo 1537, nos encontramos frente a un contrato con prestaciones recíprocas, en tal sentido, la reciprocidad de las prestaciones del “acreedor” —precio del bien y “remuneración”— es respecto de la prestación del “deudor” —el “obtener que el acreedor adquiera”—. Considerando que dicha reciprocidad debe presentarse durante la relación contractual y, como es obvio, cuando se cumplen las obligaciones surgidas del contrato, no puede sostenerse

que la "remuneración" no debe ser pagada al "deudor" pues dicha reciprocidad se vería afectada.

6. EL ARTICULO 1539 DEL CODIGO CIVIL

Este artículo señala lo siguiente: "La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiriera el bien, antes de la citación con la demanda".

Este artículo sí trata el caso de la venta de bien ajeno en la medida que se refiere expresamente a dicho contrato y establece sus consecuencias. En tal sentido es importante tomar en cuenta que la obligación del vendedor de bien ajeno será la de "transmitir la propiedad del bien" y no la de "obtener que otro adquiriera". El vendedor deberá transmitir el bien al comprador y dicha transmisión deberá ser verificada por el propio vendedor, es decir deberá personalmente realizar una adquisición derivativa del derecho de propiedad en favor del comprador: la propiedad deberá salir de él (y no de un tercero) e ingresar en el comprador. Si un tercero (por ejemplo, el tercero propietario del bien vendido) realizara la transferencia de la propiedad en favor del comprador, el vendedor no podría aducir que ha cumplido con su obligación, pues él no ha realizado la prestación. Sin embargo, no negamos la posibilidad de que el comprador acepte que la transmisión de la propiedad a la que se obligó el vendedor sea hecha por un tercero, salga del tercero propietario, pero, en dicho caso, la obligación del vendedor no será cumplida tal como estuvo pactada sino de otra manera distinta por lo que se produciría una novación de la obligación.

El artículo materia del análisis contiene tres supuestos diferentes con consecuencias para cada uno de ellos. Dichos supuestos son los siguientes:

a) El primer supuesto es el de la venta de bien ajeno cuando el comprador no conoce el carácter ajeno del bien, caso en el cual el comprador podrá rescindir el contrato cuando se entere que el bien es ajeno.

b) El segundo supuesto es el de la venta de bien ajeno cuando el comprador conoce el carácter ajeno del bien. En este caso el contrato no es rescindible.

c) El tercer supuesto es aquel en que el vendedor adquiere la propiedad del bien antes de la citación con la demanda de rescisión interpuesta por el comprador que no conocía el carácter ajeno del bien. En este supuesto la venta no es rescindible.

De acuerdo a lo expuesto, el legislador ha establecido que si el comprador no conoce el carácter ajeno del bien vendido, podrá interponer la acción rescisoria al momento en que se entera que el bien es ajeno. Caso contrario, es decir si el comprador conociera que el bien es ajeno o si el vendedor llegara a adquirir el bien antes de que el comprador demande la rescisión, dicha acción rescisoria será improcedente.

7. JUSTIFICACION DE LA ACCION RESCISORIA

Considerando que el legislador ha establecido la posibilidad de interponer la acción rescisoria cuando el comprador llegue a enterarse que el bien comprado es ajeno, es importante determinar la justificación de dicha acción. La doctrina coincide en señalar en que la rescisión es una acción orientada a dejar sin efecto un contrato válidamente celebrado pero que produce un perjuicio especialmente injusto para una de las partes contratantes^{9,10,11,12}. Por lo tanto, para analizar la procedencia de la acción rescisoria en la venta de bien ajeno cuando el comprador no conoce el carácter ajeno del bien, es importante precisar cuál es el perjuicio que sufre dicho comprador al momento de celebrar el contrato y que ha llevado a los legisladores a prever la acción rescisoria mencionada.

De la Puente¹³ justifica la rescisión en el supuesto mencionado señalando lo siguiente: "Si el comprador ignora que el bien no pertenece al vendedor en dicho momento (al celebrarse el contrato), no puede conocer que el vendedor no se está obligando a transferirle la propiedad del bien, que es la finalidad del contrato de compraventa, sino únicamente se está obligando a obtener el asentimiento del verdadero dueño, o sea algo que no depende de su voluntad, por lo cual la posibilidad del comprador de obtener la propiedad del bien es bastante más remota". Esta justificación de la acción rescisoria se basa en que supuestamente, el vendedor de un bien ajeno, no se obliga en realidad a transmitir la propiedad de dicho bien, no se obliga a realizar una prestación de dar, sino que únicamente se obliga a obtener que el verdadero dueño dé su asentimiento para transmitir su propiedad al comprador, es decir el verdadero contenido de la obligación del vendedor sería el de una de hacer similar a la que realiza el "deudor" en el contrato previsto en el artículo 1537, al que ya nos hemos referido. El hecho de que el comprador no conozca el "real" contenido de la obligación del vendedor constituiría el perjuicio que sufre el primero.

9. Farina, Juan: "El pacto comisorio, precedido de un estudio sobre la rescisión y la resolución de los contratos", Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires, 1961, p. 21.
10. Castro y Bravo, Federico de: El Negocio Jurídico en "Tratado práctico y crítico de Derecho Civil", tomo X, Madrid 1967, p. 520.
11. Messineo, Francesco: "Manual de Derecho Civil y Comercial", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1955, tomo II, p. 505.
12. Castro y Bravo, p. 523.
13. De la Puente, Manuel: Exposición de Motivos y comentarios-compraventa (...), parte III, volumen VI, p. 210.

Tal justificación no se ajusta al contenido de lo previsto por el artículo 1539 y por lo tanto no explica cuál es el fundamento de la acción rescisoria mencionada. En efecto, tal como lo hemos precisado el artículo 1539 se refiere a un contrato de compraventa —en el cual el bien vendido es ajeno—, por lo que en dicho contrato el vendedor se obliga a “transmitir la propiedad de un bien”, obligación a cargo de todo vendedor en un contrato de compraventa, conforme a lo previsto en el artículo 1529 del Código Civil. Por lo tanto, el vendedor se obliga a realizar una prestación de dar en favor del comprador, y no se obliga a obtener asentimiento alguno, no se obliga a realizar ninguna prestación de hacer. Si asumiéramos como válida la justificación expuesta por los legisladores, se presentaría la hipótesis de que a lo que realmente se ha obligado el vendedor de bien ajeno es a “**hacer adquirir y obtener el asentimiento del tercero propietario**”, mientras que el comprador asume que a lo que efectivamente se ha obligado el vendedor es a “**transmitirle la propiedad**”, por lo que cada una de las partes contratantes asumiría un contenido diferente para una de las obligaciones del contrato. Por lo tanto, entre los contratantes no habría acuerdo respecto del contenido de la obligación del vendedor, razón por la cual la voluntad de ellos no sería común y no habría el consentimiento requerido para la formación del contrato. En conclusión, si la justificación de la acción rescisoria transcrita fuera válida, no nos encontraríamos frente a un problema de rescisión sino frente a un contrato inexistente por no existir acuerdo entre las partes respecto del contenido de la obligación del vendedor.

Tal como lo hemos expuesto, la venta de bien ajeno es un contrato válido en nuestro sistema civil, no solamente porque las críticas a su validez sostenidas por diversos tratadistas han sido descartadas, sino porque la propia rescindibilidad de la venta de bien ajeno prevista en el artículo 1539 presupone su validez. Sin embargo, ha quedado demostrado que la rescindibilidad del contrato no se puede basar en la justificación de que una de las partes se perjudica por no conocer el contenido de una de las obligaciones. Creemos que la única explicación que justifica la rescindibilidad del contrato estudiado y la intención legislativa al respecto ha partido de considerar que en este contrato el comprador es el perjudicado en la medida que el vendedor no es propietario del bien y existe alguna dificultad para que cumpla con su obligación. El propio De la Puente señala que “... la posibilidad del comprador de obtener la propiedad del bien es bastante más remota”. Por lo tanto, el perjuicio visto por el legislador en la venta de bien ajeno —cuando el comprador desconoce el carácter ajeno del bien al celebrar el contrato— y sufrido por el comprador, consistiría en que éste desconoce que el vendedor no es propietario del bien y por lo tanto existe cierta inseguridad respecto a la posibilidad de que el

vendedor llegue a cumplir con su obligación de transmitir la propiedad.

8. LA RAZON DE LA NO RESCINDIBILIDAD EN LOS OTROS SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN EL ARTICULO 1539 DEL CODIGO CIVIL

La misma explicación expuesta en el numeral precedente justifica la imposibilidad de interponer la acción rescisoria cuando el comprador conoce desde la celebración del contrato el carácter ajeno del bien, así como en el caso de que el vendedor adquiera el bien antes de que se le cite con la demanda de rescisión. En el primer caso el perjuicio no existe pues el comprador conoce que el bien es ajeno y en el segundo caso el perjuicio desaparece pues el comprador llega a ser propietario del bien.

De la Puente¹⁴ sostiene respecto de la venta de bien ajeno cuando el comprador conoce el carácter ajeno del bien que su no rescindibilidad se refiere a dos casos:

a) Uno referido a la venta de bien ajeno en la cual el vendedor conoce el carácter ajeno del bien desde la celebración del contrato, y,

b) Otro caso en el cual el comprador desconoce al celebrar el contrato el carácter ajeno del bien y al enterarse decide no emplear la acción rescisoria esperando que el vendedor cumpla su obligación.

Agrega De la Puente que los casos expuestos se rigen por el artículo 1537 del Código Civil, pues el vendedor soporta sobre sí la obligación de obtener que el tercero propietario le transfiera su propiedad al comprador.

Tal como lo hemos explicado en el numeral precedente, los casos previstos en el artículo 1539 se refieren a contratos de compraventa, por lo que la obligación del vendedor es la de transmitir la propiedad y no la de obtener el asentimiento del tercero, razón por la cual no se puede sostener que dichos supuestos se rigen por el artículo 1537 que contempla el caso de un contrato que no es el de compraventa.

9. EL PERJUICIO QUE SUFRE EL COMPRADOR NO JUSTIFICA LA RESCISION DE LA VENTA DE BIEN AJENO

Tal como lo hemos expuesto, el supuesto perjuicio que justifica tanto la rescisión de la venta de bien ajeno —cuando el comprador desconoce el carácter ajeno del bien— como la no rescindibilidad del contrato mencionado —cuando el comprador conoce dicho carácter ajeno o cuando el vendedor adquiere antes de que se le demande—, consiste en que el comprador en el primer caso desconoce que el vendedor no es propietario por lo que se presenta un riesgo en el cumplimiento, mientras que tal desconocimiento no

14. De la Puente, pp. 210-211.

se presenta en el segundo caso, y, en el tercer caso el perjuicio desaparece.

El hecho que el vendedor carezca de la propiedad del bien vendido **al momento de celebrar el contrato** no afecta la validez del contrato, ni afecta la posibilidad del cumplimiento de la obligación del vendedor mediante la correspondiente transferencia de la propiedad en favor del comprador. Por lo tanto dicha carencia del derecho de propiedad no representa perjuicio alguno inmediato para el comprador.

a) La validez del contrato no se ve afectada

Las críticas a la validez de la venta de bien ajeno han sido insuficientes conforme lo hemos expuesto en el punto 2 de este trabajo. Adicionalmente, el código no establece como requisito necesario para celebrar una compraventa el que el vendedor sea propietario del bien. A falta de dicha exigencia y en la medida que el contrato solamente obliga a transmitir pero no transmite, es factible y válido que el vendedor no cuente con la propiedad del bien al momento de celebrar el contrato de compraventa.

Sin embargo, la supuesta justificación de la acción rescisoria en la venta de bien ajeno se basa en el supuesto perjuicio que sufre el comprador al no conocer que el vendedor no es propietario del bien. Por lo tanto —de ser tal el perjuicio— el legislador estaría considerando necesaria la concurrencia en el vendedor del Poder de Disponer del bien, pues a falta de dicho atributo, si bien el contrato sería válido también sería susceptible de ser declarado ineficaz por la acción rescisoria. Es decir, si bien el legislador en un principio habría considerado la posibilidad de vender bienes sin ser propietario de ellos, mediante el artículo 1529 —y contradiciendo su propia intención— habría frustrado dicha posibilidad pues al celebrarse una venta de bien ajeno sin que el comprador supiera que el bien no pertenece al vendedor, dicho contrato podría ser declarado ineficaz. Por dichas razones y con el objeto de que el contrato de compraventa fuera eficaz sería necesario que todos los vendedores fueran propietarios, con lo que indirectamente se estaría introduciendo un requisito para la celebración de la compraventa.

b) La transferencia de la propiedad no se ve afectada

La transferencia de la propiedad de los bienes se produce en el caso de bienes muebles mediante la tradición o entrega del bien y, en el caso de bienes inmuebles, la obligación surgida del contrato produce la transmisión.

En el caso de bienes muebles, el código se ha acogido a la teoría del Título y Modo, por tal razón la transferencia de la propiedad se realiza mediante un "modo" consistente en la entrega del bien al comprador. Por lo tanto, entre la celebración del contrato y la entrega existirá un lapso, durante el cual el vende-

dor podrá adquirir el bien y cumplir con la transferencia. Hasta que dicha entrega sea reclamada será factible el cumplimiento de la obligación del vendedor.

En el caso de bienes inmuebles la obligación surgida del contrato de compraventa soporta un "efecto legal". Normalmente la obligación tiene por efecto vincular jurídicamente a las partes. Sin embargo, el artículo 949 del código ha dado a la obligación de transmitir la propiedad un efecto adicional consistente en que por su sola existencia transmita la propiedad: éste es el "efecto legal" referido. Al celebrarse una venta de bien inmueble ajeno al efecto normal de la obligación del vendedor se producirá: las partes quedarán vinculadas, sin embargo el "efecto legal" no podrá producirse pues el vendedor al no contar con la propiedad del bien no podrá producir la adquisición derivativa en el comprador, en la medida que nadie puede hacer que otro adquiera un derecho respecto del cual no puede disponer. Por lo tanto, el contrato de compraventa no se verá afectado por el hecho de que el vendedor no cuente con la propiedad del bien, simplemente el efecto transmisivo dado a la obligación del vendedor no se producirá, por lo que la obligación de transmitir —que se cumple por sí misma— no se cumplirá. En este caso, al igual que en el de los bienes muebles, el vendedor podrá adquirir el bien inmueble hasta antes que el comprador decida terminar el contrato, pues adquiriendo antes de que se produzca dicha terminación —sea por la demanda de rescisión o por la resolución— la propiedad pasaría al comprador —pues el efecto transmisivo de la obligación se produciría— y se habría cumplido la obligación. Messineo¹⁵ sostiene que la causa de la ineficacia cesará cuando se modifique la situación de la que dependía la ineficacia, es decir en el presente caso, la ineficacia del "efecto legal" cesará cuando el vendedor adquiera la propiedad del bien.

Con lo expuesto en los puntos a) y b) precedentes hemos demostrado como el hecho que el vendedor no cuente con la propiedad del bien vendido no afecta la validez del contrato celebrado, ni afecta el cumplimiento de su obligación. En la medida que dichos eventos no se ven afectados por la falta de titularidad del vendedor, y considerando que la obligación del vendedor podrá ser cumplida, dicha falta de la propiedad al momento de celebrar el contrato no representa perjuicio alguno para el comprador.

c) La acción que corresponde al comprador de bien ajeno ante el incumplimiento del vendedor

Con los antecedentes expuestos, seguidamente precisaremos cuál es la acción que debería corresponder al comprador de bien ajeno ante el incumplimiento de la obligación del vendedor. Descartadas las acciones de nulidad y anulabilidad del contrato, debemos establecer las características de la rescisión y la resolución.

15. Messineo, tomo II, pp. 501-502.

La rescisión se diferencia de la resolución esencialmente en lo siguiente¹⁶:

(1) La rescisión supone una situación que produce un perjuicio a uno de los contratantes y que se presenta en el mismo momento de la formación del contrato, mientras que en la resolución, el contrato se forma sin perjuicio para ninguna de las partes al momento de dicha formación, posteriormente sobreviene un evento que altera la relación contractual.

(2) En la rescisión se busca subsanar el perjuicio sufrido por una de las partes en razón de una desproporción económica de las prestaciones o de un acto perjudicial que forma parte del contrato, mientras que en la resolución se da al contratante de buena fe un medio para defenderse del incumplimiento o para terminar el contrato por un hecho que sobreviene al contrato.

(3) En la resolución por incumplimiento, el contratante perjudicado resuelve el contrato porque el otro contratante no ha cumplido con alguna obligación pactada en el contrato, por incumplimiento, mientras que en la rescisión el contratante perjudicado sufre dicho perjuicio a consecuencia del cumplimiento del contrato y por tanto rescinde el contrato para evitar dicho cumplimiento perjudicial.

(4) La rescisión es una acción subsidiaria, es decir si el perjuicio que sufre una de las partes al momento de celebrar el contrato no estuviera contemplado en la ley como una hipótesis de acto rescindible, el contrato sería exigible y no podría evitarse el perjuicio que sufre una de las partes.

Analizando las diferencias expuestas podremos precisar cuál de las acciones —rescisión o resolución— es la que corresponde emplear al comprador en la venta de bien ajeno ante el incumplimiento del vendedor, es decir, cuál es la acción que deberá ejercitar el comprador cuando se entere que el bien vendido no pertenece al vendedor y exija el cumplimiento, el cual no se realizará por carecer el vendedor de la propiedad del bien.

Respecto de las primeras características mencionadas en el numeral "1" y "2" algunos sostienen que el comprador puede ejercitar la acción rescisoria pues la **causa** que genera el perjuicio —consistente en que no se produzca la transferencia de la propiedad— es contemporánea a la celebración del contrato. La carencia del derecho de propiedad que sufre el vendedor al celebrar el contrato es la **causa** que origina el perjuicio de no llegar a adquirir.

Tal posición no es cierta pues el hecho que el vendedor no sea propietario al momento de celebrar el contrato no es la causa del perjuicio consistente en

que el comprador no llegue a adquirir. El vendedor desde la celebración del contrato hasta que se le exija el cumplimiento podrá adquirir la propiedad y cumplir con su obligación. Por lo tanto el hecho que el vendedor no sea propietario del bien al celebrar el contrato no afecta dicho cumplimiento y por lo tanto no constituye causa del perjuicio sufrido por el comprador.

El perjuicio que sufre el comprador (por no llegar a adquirir el bien) se produce posteriormente a la celebración del contrato, recién en el momento en que dicho comprador exija el cumplimiento y el vendedor no cumpla. La causa de dicho perjuicio —posterior y no concomitante a la celebración del contrato— consiste en que **el vendedor no haya llegado a adquirir el bien al momento en que se le exigió el cumplimiento** de su obligación y por lo tanto no pueda realizar la transferencia.

Por lo tanto dicha causa es sobreviniente y no originaria. Pérez y Alguer¹⁷ expresan una opinión similar cuando señalan que la obligación del vendedor de bien ajeno es siempre posible desde que surge, su imposibilidad de cumplimiento recién se presenta cuando se le exige al vendedor su obligación y éste no ha llegado a adquirir la propiedad, por lo que la imposibilidad del cumplimiento —y el perjuicio del comprador— es subsiguiente y no originaria.

Respecto de las características expuestas en los numerales "3" y "4", si se produjera el incumplimiento del vendedor y éste no transmitiese la propiedad al comprador, éste podría emplear la resolución por incumplimiento (artículos 1428 o 1429 del Código Civil) dando por terminado el contrato de compraventa y liberándose de su obligación de pago del precio o recuperando el precio pagado. Adicionalmente, hemos dicho que la acción rescisoria busca evitar que se cumpla un contrato, pues el cumplimiento de una de las obligaciones perjudica a una de las partes. Si en el presente caso el supuesto perjudicado es el comprador, debemos asumir que el cumplimiento de la obligación del vendedor lo perjudicaría, lo que es totalmente falso pues dicho cumplimiento es justamente lo que llevó al comprador a contratar.

Por lo tanto, considerando que el perjuicio del comprador se produce por una situación sobrevinida y no contemporánea a la celebración del contrato, y que la acción rescisoria no consistiría en una acción subsidiaria pues existe otra acción que puede ser empleada por el comprador para terminar el contrato, sostenemos que en el contrato de venta de bien ajeno, el incumplimiento del vendedor debe ocasionar la resolución del contrato de compraventa si así lo decidiese el comprador, mas no la rescisión de dicho contrato establecida en el artículo 1539 del código.

16. Las diferencias mencionadas han sido extraídas de nuestra tesis de Bachiller titulada "La venta de bien ajeno", PUC, Lima, pp. 190 a 192.

17. Ennecerus, Tomo V, p. 96.