

El contrato con efectos reales

Hugo Forno Flórez

Abogado. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Lima.

Existe una marcada orientación en nuestro medio a considerar que el contrato sólo es capaz de crear obligaciones, o de regularlas, modificarlas o extinguirlas⁽¹⁾. Sosteniendo este punto de vista, una voz autorizada ha afirmado, incluso, que el contrato de hipoteca no es en realidad un contrato porque -según aquel autor- tiene efectos reales, es decir, produce directamente la constitución del derecho real de hipoteca, y por ello debe ser considerado una convención⁽²⁾.

Como es obvio, el resultado de este análisis depende del marco dentro del cual se realice. Si abandonamos una perspectiva teórica desprovista de todo marco legislativo para centrarnos en el derecho positivo peruano, encontramos que en apoyo de esa estrecha concepción de la noción de contrato se podría invocar algunas disposiciones de nuestro Código Civil que resultan tan sugestivas como desorientadoras. Sin embargo, una interpretación plena que comprenda el aspecto funcional, el sistemático e incluso el histórico, de esas y de otras normas del Código, conduce a redimensionar el efecto del contrato y a entender que éste es, por antonomasia, el instrumento de actuación de la autonomía privada, susceptible de producir efectos obligatorios y también efectos reales.

La definición que contiene el artículo 1351 del Código Civil suministra una idea no sólo de su estructura -acuerdo de dos o más partes-, sino también de su función, es decir, indica que este instrumento sirve para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. La referencia a un concepto amplio como es el de "relación jurídica patrimonial" permite precisamente asignar al contrato una función que no está circunscrita únicamente al campo de las relaciones obligatorias sino a cualquier tipo de relación jurídica que, siendo o no una obligación, tenga contenido patrimonial.

En el estado actual de la dogmática jurídica es valor entendido que la obligación no es el único tipo de relación jurídica patrimonial, sino que a su lado coexisten una gama de relaciones jurídicas que articulan o estructuran deberes jurídicos y derechos subjetivos -es decir, situaciones jurídicas subjetivas- distintos al débito y al crédito. Este es el caso de los deberes o sujeciones correlativos a los poderes y a los derechos potestativos⁽³⁾, también a las potestades, aunque éstas se agotan en el ámbito del derecho familiar y no tienen, por ello, carácter patrimonial. Verdad es que en la mayor parte de los casos estas relaciones jurídicas son desde cierto

-
- (1) DELA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. En: Para Leer el Código Civil, vol. XI, primera parte-tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, págs. 95 y 96. ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis. Tomo I. Studium, 1986, pág. 158; también del mismo autor, Luces y Sombras del Código Civil, tomo II, Studium, pág. 86.
 - (2) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Abriendo el debate". En: *Thémis*, Segunda Epoca, Nº 15, pág. 80, nota 2.
 - (3) SANTORO PASSARELLI, Francesco. Doctrinas Generales del Derecho Civil. Trad. Luna Serrano. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 69 y siguientes. GALGANO, Francesco. Diritto Privato. Cedam, Padova, 1983, pág. 19 y siguientes. MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Trad. Santiago Sentís Melendo, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, tomo II, pág. 3 y siguientes. RESCIGNO, Pietro. En: Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, 1979, vol. XXIX, voz *Obbligazioni* (diritto privato), pág. 138 y siguientes.

punto de vista instrumentales porque sirven para complementar a la obligación, pero tienen una estructura y cumplen una función diferentes y pueden observarse en forma autónoma.

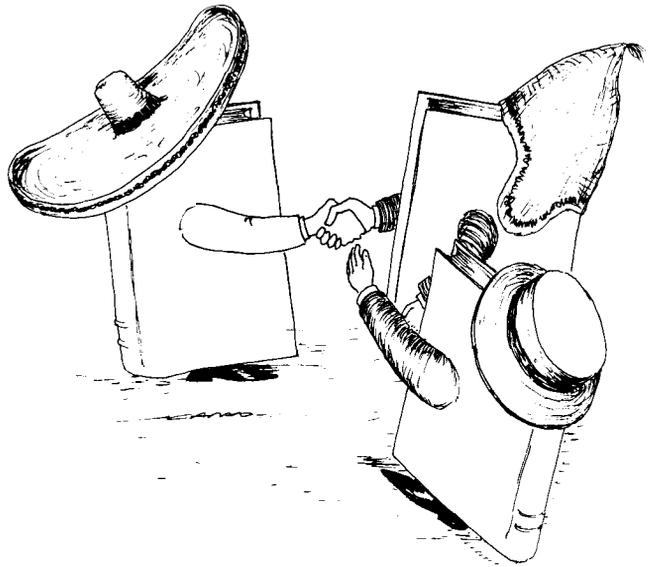
Por otra parte, aun entendiendo -como se reconoce en la actualidad- que la relación jurídica se establece sólo entre personas, es comúnmente admitido que los llamados derechos reales se estructuran también a través de relaciones jurídicas⁽⁴⁾.

A ello se debe que la doctrina de nuestros tiempos se incline por concebir la relación jurídica en términos muy amplios, entendiendo que ella estructura dos situaciones jurídicas subjetivas, esto es, la respectiva posición de poder de una persona y de deber de otra u otras personas⁽⁵⁾.

Es en el sentido amplio que hemos expuesto, que puede entenderse la relación jurídica a que se refiere el artículo 1351 del Código Civil y que el contrato es apto para crear, regular, modificar o extinguir. Esta interpretación se refuerza con la contribución de la doctrina de Italia, de cuyo Código el legislador peruano ha tomado casi a la letra -sólo con leves modificaciones- la definición de contrato. Messineo⁽⁶⁾ explica, por ejemplo, que en atención a que el artículo 1321⁽⁷⁾ del Código italiano (u otra norma) no lo dice, no puede sostenerse más que el contrato sea estipulado *animo contrahendae obligationis*, y que puede decirse ahora que del contrato nacen deberes y pretensiones, cuando no surge directamente un derecho real; y concluye que, por lo tanto, es actual y fundada en la ley la distinción entre contrato obligatorio y contrato con efectos reales⁽⁸⁾.

Sin embargo, no puede soslayarse que Messineo expresa la opinión que hemos citado en el párrafo anterior considerando que no se lo impide ni el artículo 1321 de su Código Civil ni ninguna otra norma, y que, por el contrario, artículos como el 922 (que al enumerar los modos de adquirir la propiedad incluye expresamente al contrato), el 1376 (según el cual en los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transfe-

rencia de un derecho real o bien la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado), el 1470 (que establece que la venta tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa o de otro derecho contra la contraprestación de un precio), el 1552 (que indica que el contrato de permuta tiene por objeto la transferencia recíproca de la propiedad de cosas o de otros derechos), etc., constituyen un perfecto complemento de su artículo 1321, permitiendo una interpretación amplia del término relación jurídica y atribuyendo al contrato en forma clara y directa efectos reales.



En cambio, puede sostenerse que en nuestro Código no existe un artículo que enumere los modos de adquirir la propiedad -y menos aún- que incluya expresamente entre ellos al contrato; que a tenor del artículo 947 la transferencia de la propiedad de una

(4) Ver, por ejemplo, BULLARD, Alfredo. La Relación Jurídico Patrimonial. Lluvia Editores, pág. 110. BETTI, Emilio. Teoria Generale delle Obbligazioni. Giuffrè, Milano, 1953, tomo I, pág. 12.

(5) SANTORO PASSARELLI, Francesco. Op. Cit., pág. 67. Ver además otras definiciones de relación jurídica en las obras citadas en la nota 3.

(6) Il Contratto in Genere. En: Trattato di Diritto Civile e Commerciale, Giuffrè, Milano, 1973, vol. XXI, tomo I, pág. 73.

(7) El artículo 1321 del Código Civil italiano es el que contiene la definición de contrato que ha servido de modelo al legislador peruano; su texto es el siguiente: "1321. Noción.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial" (Codice Civile a cura di Adolfo di Majo, Giuffrè, Milano, 1991).

(8) La opinión en este sentido en Italia es prácticamente unánime de modo que las citas podrían ser innumerables. Véase por ejemplo: OSTI, Giuseppe. Contratto. En: Scritti Giuridici, Giuffrè, 1973, tomo II, pág. 23. SCOGNAMIGLIO, Renato. Dei Contratti in Generale. En: Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro quarto, delle obbligazioni (arts. 1321-1352), Zanichelli-Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1970, pág. 16.

cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor (salvo disposición legal diferente); que de conformidad con el artículo 949 la transferencia de la propiedad de los inmuebles determinados, en el caso de negocios jurídicos *inter vivos*, se produce con la obligación de enajenarlos; que el artículo 1402 señala que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones; que, a diferencia de los artículos 1470 y 1552 del Código italiano, los artículos 1529 y 1602 del nuestro, que contienen la definición de los contratos de compraventa y de permuta, respectivamente, atribuyen efectos obligatorios a dichos contratos; y, en fin, que por todo ello, de conformidad con el Código Civil peruano, el contrato sólo puede producir efectos obligatorios.

Nos esforzaremos por demostrar que esta conclusión es incorrecta y que si bien el contrato tiene en la mayor parte de los casos efectos obligatorios, es también susceptible de producir efectos reales.

Para resolver el problema no se puede dejar de considerar con mucho cuidado el sistema que el ordenamiento jurídico ha establecido para la transmisión y constitución de los derechos reales y en particular del derecho de propiedad. Tratándose de bienes muebles determinados, el asunto parece bastante claro. El artículo 947 del Código vigente consagra claramente la exigencia de la tradición como acto material distinto al contrato -o mejor dicho, distinto al simple consentimiento- para producir la transferencia de propiedad de bienes muebles determinados, aunque algunas fundadas dudas pueden suscitar los casos en que esta exigencia de tradición, entendida necesariamente como acto material, desaparece (tradición ficta).

Pero el caso de los bienes inmuebles es distinto. El artículo 949 de nuestro Código Civil establece: "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario". En consecuencia, a partir de una interpretación sólo literal y aislada de esta norma, parece evidente que -salvo disposición legal diferente o pacto en contrario- 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 sólo 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 otras palabras, todos los contratos de enajenación de bienes inmuebles determinados tendrían exclusivamente efectos obligatorios.

Lo anterior parecería encontrarse en perfecta armonía con los artículos 1529 y 1602 del Código -sólo para citar dos contratos de enajenación a los que ya nos hemos referido líneas atrás -que establecen que la compraventa y la permuta crean la obligación de transferir propiedad.

Sin embargo, es necesario denunciar que tratándose de bienes inmuebles determinados, este efecto obligatorio no es más que un mero espejismo que se desvanece cuando uno se aproxima con cautela a dichas disposiciones. La norma del referido artículo 949 es, salvo algunas diferencias, sustancialmente la misma que contenía el artículo 1172 del Código de 1936, que señalaba: "La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario". El precepto en cuestión es de inspiración francesa, pues encuentra su fuente en el artículo 1138 del Código de Napoleón, a tenor del cual "La obligación de entregar la cosa es perfecta por el sólo consentimiento de las partes contratantes. Ella hace al acreedor propietario y pone la cosa a su riesgo desde el instante en que debió serle entregada, aun cuando la tradición no se haya realizado, a menos que el deudor incurra en mora; en cuyo caso la cosa queda a riesgo de este último".

Es significativo, empero, que se reconozca unánimemente al Código Civil francés como el primer código que sanciona el contrato como modo de transmisión de la propiedad⁽⁹⁾ -es decir, en virtud del simple consentimiento de los contratantes-, aserto que quedaría corroborado por el texto de artículos como el 1583 del *Code* que, refiriéndose a la venta, indica que "Ella es perfecta entre las partes, y la propiedad queda adquirida de derecho por el comprador con respecto al vendedor, desde que han convenido en la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado".

Hagamos un breve *excursus* que nos muestre cómo se ha llegado al texto del artículo 1138 del Código de Napoleón y, por tanto, al artículo 1172 de nuestro Código Civil de 1936 y al artículo 949 del Código vigente.

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. No resulta ocioso hacer notar, que el modo no respondía a un

(9) COLIN, A. y CAPITANT, H. Curso Elemental de Derecho Civil. REUS, Madrid, 1961, tomo II, vol. II, pág. 722. JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América - Bosch, Buenos Aires, 1950, tomo I, vol. III, pág. 262. CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1965, tomo II, vol. I, pág. 202.

capricho que a los romanos se les ocurrió establecer irreflexivamente. Respondía a una exigencia que hasta ahora se mantiene y que no era otra que la de constituir un mecanismo objetivo de publicidad sobre la transmisión del derecho. Tenía pues, una función ciertamente distinta a la del título.

Sobre la base de este sistema, el *contractus* era sólo y esencialmente un negocio constitutivo de obligaciones de estructura bilateral. Se requería por ello de un segundo momento en el que, actuando la obligación creada, se produjera la transmisión patrimonial. Sin embargo, la *mancipatio*, la *in iure cessio* y más tarde la *traditio*, que eran precisamente los actos (modos) de disposición patrimonial, tenían también estructura bilateral porque nacían del acuerdo entre las partes, pero no podían ser considerados dentro de la categoría *contractus* porque faltaba en ellos el elemento esencial de constituir una obligación⁽¹⁰⁾.

A partir de Justiniano se amplía el concepto de *contractus* para comprender no sólo 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 patrimonial y los otros el modo para actuar dicha atribución, se acentúa en el derecho común la necesidad de mantenerlos diferenciados y se designa a los primeros con el nombre de *titulus adquirendi* y a los segundos con el de *modus adquirendi*⁽¹¹⁾.

Esta distinción, sin embargo, sufrió el embate de la práctica y por la vía de las excepciones terminó por perder su carácter de regla. La exigencia de la tradición resultaba una traba y una complicación para la rapidez que exigían las operaciones mercantiles⁽¹²⁾. Ya en el propio Derecho Romano, por ejemplo, se abandonó la necesidad de que el adquirente recorriera íntegramente el fundo y reconociera sus linderos para adquirir la propiedad, siendo suficiente que el adquirente pisara sólo el lindero o que el enajenante mostrara el fundo al adquirente desde una torre vecina⁽¹³⁾. Por otra parte, cuando el que tenía derecho a adquirir estaba en posesión de la cosa (un arrendatario o un comodatario, por ejemplo) no tenía que devolverla al enajenante para que éste cumpliera con el rigor de la *traditio*, pues bastaba

que dicho enajenante declarara renunciar a la propiedad para que la transmisión se produjera automáticamente (era la llamada *traditio brevi manu*). Si se deseaba que el enajenante permaneciera en posesión de la cosa que enajenaba (a título de arrendatario o de comodatario, por ejemplo), tampoco era necesaria una doble tradición, primero al adquirente y luego al enajenante (arrendador o comodatario), pues bastaba que, en virtud de una convención, el enajenante reconociera poseer en adelante el bien por cuenta del adquirente, de modo que la transferencia tenía lugar convencionalmente (a esta convención se le denominó *constitutum possessorium*). Si las cosas enajenadas se encontraban a disposición del adquirente, la transferencia tenía lugar aunque no hubiera mediado una recepción efectiva por parte de éste (*traditio longa manu*)⁽¹⁴⁾.

“La referencia a un concepto amplio como es el de “relación jurídica patrimonial” permite precisamente asignar al contrato una función que no está circunscrita únicamente al campo de las relaciones obligatorias...”

En el Derecho francés antiguo continuó acentuándose la espiritualización de la transferencia de dominio que ya se había iniciado en el Derecho Romano. Se fue introduciendo poco a poco la práctica de agregar en los contratos una cláusula llamada *dessaisine-saisine* (desposesión-posesión) en cuya virtud el enajenante declaraba haber abandonado la posesión de la cosa en manos del adquirente, quien a su vez declaraba haberla recogido. No interesaba qué hubiese ocurrido en la

(10) BETTI, Emilio. Op. cit., vol. III, pág. 54 y siguientes.

(11) BETTI, Emilio. Op. cit., vol. III, págs. 55 y 56.

(12) MAZEAUD, H., L. y J. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda, volumen IV. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, pág. 325.

(13) JÖRS, P. y KUNKEL, W. Derecho Privado Romano. Trad. Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1937, págs. 164 y 165.

(14) JÖRS, P. y KUNKEL, W. Op. cit., págs. 166 y 167. COLIN, A., y CAPITANT, H. Op. cit., tomo II, vol. II, pág. 724.

realidad, de tal manera que la tradición, todavía indispensable para operar la transferencia de propiedad, se convirtió por obra de la cláusula *dessaisine-saisine* en un modo absolutamente espiritual, es decir, en una declaración de voluntad de las partes, en una cláusula contractual; en suma, se confundió con el contrato mismo⁽¹⁵⁾. El uso de esta cláusula fue generalizándose a tal punto que con el tiempo se convirtió en una cláusula de estilo y se la consideró sobreentendida en todos los contratos aunque no hubiese sido expresamente consignada⁽¹⁶⁾. De esta manera, el artículo 1138 del Código Civil francés, al consagrar la espiritualización de la transferencia de propiedad, no hizo sino recoger lo que ya era una costumbre extendida en la práctica jurídica.

Sin embargo, no es la costumbre extendida en forma irreflexiva y espontánea el único factor que, aisladamente considerado, contribuye a la consagración de la trasmisión de la propiedad *solo consensu*. Las enseñanzas de la escuela filosófica del derecho natural son determinantes en este proceso. La voluntad del individuo es considerada un instrumento todopoderoso al punto que en ella se hace reposar la justificación y razón de ser del contrato. La propia idea de la libertad de actuación de los particulares encuentra su justificación en la voluntad individual (la llamada autonomía de la voluntad).

No era posible -según los postulados de la escuela iusnaturalista- que la omnipotente voluntad individual no pudiera por sí misma producir la transferencia de la propiedad y la constitución de los demás derechos reales. No parecía que la razón pudiera justificar la necesidad de un acto material para transferir una entidad puramente ideal como es el derecho de propiedad⁽¹⁷⁾; el ordenamiento jurídico debía reconocer a la voluntad individual en toda su real dimensión y así quedó consagrado en el artículo 1138 del Código de Napoleón tantas veces citado (y en otros más claramente aún, como el artículo 1583 en materia de compraventa).

¿Cómo es posible entonces que después de todo esto el codificador francés, abanderado de la transferencia *solo consensu*, haya "olvidado" atribuir directamente al contrato el efecto traslativo y haya

escrito en el artículo 1138 que la obligación de entregar la cosa hace al acreedor propietario de ella? La respuesta que puede encontrarse a esta interrogante es, aunque parezca mentira, tan sencilla como injustificada.

Como ya hemos tenido oportunidad de poner de manifiesto líneas atrás, el contrato en el Derecho Romano sólo fue concebido como fuente de obligaciones, incapaz siquiera de extinguirlas; el acuerdo para *distrahere obligationem* no era contrato. Pues bien, el legislador francés no fue capaz de superar este concepto de contrato, asaz estrecho y absolutamente injustificado. Dando un giro de la mayor trascendencia, demostró el coraje de plasmar, en contra de las enseñanzas que impartían las fuentes romanas, la espiritualización de la transferencia de propiedad, pero en cuanto a la noción de contrato no fue capaz de desembarazarse del peso de una tradición varias veces secular, pero que no encontraba ya, a esas alturas de la evolución del pensamiento jurídico, una válida razón de ser. Apoyado en la autoridad de Pothier recibió en términos indiscutidos e indiscutibles el concepto de contrato como la convención productora de obligaciones y sólo con ese reducido alcance lo plasmó en el artículo 1101⁽¹⁸⁾.

El legislador francés se encontró así en un dilema que suponía, de un lado, el reconocimiento de la transferencia de la propiedad *solo consensu*, es decir en virtud del simple contrato, pero que, de otra parte, le impedía admitir un contrato que no estuviera limitado a la creación de obligaciones. La solución honesta de este problema hubiera exigido el abandono de alguno de los dos principios. O bien dejar el viejo concepto de contrato exclusivamente como fuente creadora de obligaciones, o renunciar a la espiritualización de la transferencia de propiedad. Pero el legislador francés las quiso todas; quiso quedarse con Dios y con el diablo. Tuvo entonces que recurrir a un artificio, a una triquiñuela jurídica; se le ocurrió poner en el medio una obligación, haciendo derivar de ella el efecto traslativo de la propiedad y con eso todos los principios quedaban satisfechos, porque la transferencia era espiritual y no requería de un acto material, pero a la vez el contrato sólo producía obligaciones. No importó demasiado si

(15) COLIN, A. y CAPITANT, H. Op. cit., tomo II, vol. II, pág. 725. Josserand, Louis. Op. cit., tomo I, vol. III, pág. 263. MAZEAUD, H., L. y J. Op. cit., pág. 326 y siguientes.

(16) Floren (Vente immobilière en Provence) y Aubenas (Cours d'histoire) sostienen que ya en 1635 existe un pronunciamiento del parlamento provenzal en ese sentido; la cita es de BIANCA, Massimo. La Vendita e la Permuta. En: Trattato de Diritto Civile, Diritto da Vassalli, UTET, vol. VI, tomo 1º, Torino, 1972, pág. 72, nota 8.

(17) OSTI, Giuseppe. Op. cit., tomo II, pág. 677.

(18) El artículo 1101 del Código francés señala que "El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan, frente a una o varias otras, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa".

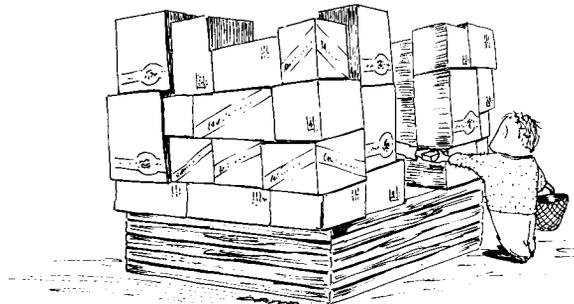
la regla era coherente, después de todo el legislador es omnipotente en el ámbito de lo jurídico y puede establecer cualquier cosa; nosotros tenemos también claros ejemplos de ello.

Pero algunos de los comentaristas de aquel Código y la doctrina comparada pronto se dieron cuenta del artificio y lo denunciaron⁽¹⁹⁾. Los Mazeaud, por ejemplo, sostienen que “El procedimiento normal por el que una persona se convierte en propietaria de un bien (o en titular de otro derecho real), fuera de una transmisión por causa de muerte, es la convención: por medio de una compraventa, de una donación o de una permuta se realizan casi todas las adquisiciones de propiedad entre vivos”. Más tarde agregan que “...la voluntad todopoderosa para crear obligaciones es todopoderosa igualmente para producir, sin ninguna formalidad ni tradición, transmisión de derechos reales: el contrato, además de su efecto obligatorio, posee un efecto real; la compraventa, por ejemplo, no sólo crea obligaciones entre las partes, sino que le transmite al comprador la propiedad de la cosa vendida”⁽²⁰⁾.

Ya el legislador italiano de 1865, que siguió muy de cerca al francés, supo, no obstante la influencia que éste ejerció en las codificaciones de la época, desprenderse de la estrecha noción de contrato, considerando que la convención no encuentra ninguna sistematización en la doctrina ni en la ley. Por ello, habiendo aceptado la innovación francesa en torno a la espiritualización del sistema de transferencia de propiedad, no necesitó recurrir al mismo artificio que sus colegas y plasmó sin ambages el efecto real de los contratos en el artículo 1125 de su Código -hoy derogado- con una fórmula que sólo con algunos retoques fue recogida por el artículo 1376 del Código Civil italiano vigente.

Por su parte, el Código Civil peruano de 1936, en un sistema que puede considerarse mixto, adoptó del francés el sistema espiritualista sólo para los bienes inmuebles, repudiando explícitamente el sistema del

título y el modo que entre tanto había elaborado el legislador alemán incorporándolo en el BGB⁽²¹⁾. El artículo 1172 del Código Civil de 1936 señalaba, como ya se ha puesto de manifiesto líneas atrás, que “La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario”. León Barandiarán, seguramente el más conspicuo comentarista de ese Código, después de declarar que en el Derecho Romano no bastaba el consentimiento para la adquisición de la propiedad y que el Código francés instauró el principio opuesto, concluía a propósito de este artículo que “... con respecto a la cosa inmueble el régimen del código es claro: el mero consentimiento importa el acto de disposición”⁽²²⁾.



Según se ha puesto de manifiesto antes y se corrobora en la exposición de motivos, el artículo 1172 del Código Civil de 1936 sirvió de fuente al artículo 949 del Código vigente, que ha mantenido el texto de aquél

(19) COLIN y CAPITANT, por ejemplo, señalan que “el tercer modo de adquirir la propiedad y los derechos reales, según hemos dicho, es el contrato. El artículo 711 se expresa de un modo algo distinto: nos dice que la propiedad se adquiere y se transmite ‘por efecto de las obligaciones’. En el fondo, esto no es más que un modo distinto de expresar la misma idea.” (Op. cit., tomo II, vol. II, pág. 723). Más adelante agregan: “Una práctica ya más que secular nos ha familiarizado tanto con esta idea de que el acuerdo de la voluntad de dos personas basta para transmitir la propiedad (o un derecho real, y aun un derecho cualquiera) del que quiera enajenarlo al que quiere adquirirlo, que nos parece muy sencilla” (Loc. cit.). Es justo reconocer, sin embargo, que estos autores cuestionan la bondad del principio consensualista. Jossierand, por su parte, escribe que la reforma que introduce el artículo 1138 del Código francés está expresada “... en términos bastante oscuros y que hubieran permanecido enigmáticos de no haber sido aclarados por la historia...” (Op. cit., t. I, vol. III, pág. 263).

(20) MAZEAUD, H., L. y J. Op. cit., pág. 323-324.

(21) En cambio, para el caso de los bienes muebles optó claramente por mantener la tradición como modo, plasmando esta regla en el artículo 890.

(22) LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones), tomo II, pág. 12.

con leves variantes⁽²³⁾, de modo que "...se continúa en el Perú con el sistema consensual de transmitir la propiedad inmobiliaria"⁽²⁴⁾.

Obsérvese pues que luego de este rápido *excursus*, una interpretación enfocada desde el punto de vista histórico nos confirma que en el Código Civil peruano de 1984 el sistema de transferencia de propiedad de bienes inmuebles es consensual y que por lógica consecuencia, en este ámbito el contrato produce -también- efectos reales.

Esta conclusión no queda desmentida por la dicción del artículo 949 de nuestro Código si se la apoya en una interpretación lógica del precepto que aquel artículo contiene. Veamos.

Si concordamos el artículo 1529 con el artículo 949 del Código Civil de 1984, resultaría que en virtud del primero, al celebrar una compraventa -por ejemplo- el vendedor se obligaría a transferir al comprador la propiedad de un bien inmueble -imagínemos que se trata de un inmueble determinado-, y en mérito al segundo, esa sola obligación habría transformado al comprador en propietario del bien, es decir, esa obligación habría quedado cumplida -y se extinguiría por cumplimiento- por el sólo hecho de existir. Pero, ¿es que acaso puede afirmarse que esa "obligación" de enajenar, como la llama el artículo 949, es una verdadera obligación? ¿Es que acaso semejante "obligación" tiene la misma estructura, el mismo contenido y la misma función que la doctrina y nuestro ordenamiento positivo asignan a las obligaciones en sentido técnico?

No es necesario realizar un análisis profundo de la estructura de la obligación para comprobar por qué la respuesta a las preguntas anteriores no puede ser sino negativa. Tal análisis no tiene que abarcar pues, todos los elementos que componen la obligación, lo cual nos tomaría más espacio del que disponemos, pero sí el elemento denominado prestación. Es ampliamente admitido⁽²⁵⁾ que la prestación es uno de los elementos esenciales de la obligación o, si se prefiere, en palabras de Betti, de la relación de obligación. Esta tendencia no es ajena a nuestro propio Código que, si bien no contiene una norma que defina la obligación o que enumere explícitamente sus elementos estructurales, contiene en cambio muchas disposiciones de las que resulta claramente que la prestación es elemento esencial

de la obligación. Sólo a título de ejemplo puede recurrirse para estos efectos a los artículos 1148, 1149, 1150, 1151, 1154, 1155, 1156, 1165, 1166, 1168, 1169, 1170, 1206, 1219, 1220, 1278, 1316, 1403, etc.

Pues bien, la prestación consiste en la realización de una conducta o actividad -incluso negativa- por parte del deudor. En efecto, la obligación, en la estructura que de ella elaboró el pandectismo alemán y que han adoptado hasta ahora las legislaciones, consiste siempre en un comportamiento o actividad que el deudor debe desplegar para satisfacer el interés del acreedor. Esta es también la noción de obligación que adoptó nuestro Código Civil vigente, noción que resulta claramente de los artículos 1132 (y siguientes), 1148 (y siguientes) y 1158 (y siguientes), que regulan el tipo de prestación debida; el artículo 1220 (y siguientes) que regula el aspecto del pago; el artículo 1314 (y siguientes) que regula la responsabilidad por inejecución de obligaciones, etc.

Esta forma de observar la prestación es ampliamente admitida por la doctrina más autorizada. Es por todos conocida la secular polémica en la que se han involucrado las doctrinas personalistas y las patrimonialistas con relación a la estructura de la obligación y al contenido del deber del deudor y del derecho del acreedor. Las primeras postulan que el derecho del acreedor recae en la conducta o comportamiento que el deudor debe desplegar -es decir, en la prestación, para ser congruentes con el deber del deudor que consiste precisamente en la ejecución de la prestación-; y las segundas, que el derecho del acreedor más bien recae en el resultado que dicho comportamiento debe reportarle. Obsérvese, sin embargo, que aun en el caso en que se ponga el énfasis en el resultado esperado, no se puede desconocer que tal resultado lo será siempre como efecto del comportamiento del deudor (salvo cuando la satisfacción del interés del acreedor se obtiene por un medio distinto al cumplimiento) y dentro de los límites de la posibilidad de dicho comportamiento.

Es pues evidente, que estas dos grandes corrientes explican el fenómeno obligatorio desde perspectivas diferentes. La corriente personalista pone especial énfasis en el aspecto pasivo de la relación y en particular en el contenido del deber del deudor. Giorgianni explica, por ejemplo, que en definitiva la obligación indica aquella relación jurídica en virtud de

(23) Del mismo modo en que el artículo 890 del Código Civil de 1936 sirvió de antecedente al artículo 947 del Código Civil vigente.

(24) Lo asevera Lucrecia Maisch von Humboldt en: Código Civil, vol. V, Exposición de Motivos y Comentarios, pág. 186.

(25) Ver, por ejemplo, GIORGIANNI, M. La Obligación. Bosch, Madrid, 1958, especialmente pág. 35 y siguientes. DI MAJO, A. Commentario del Codice Civile-Scialoja-Branca, Delle Obbligazioni in Generale, Zanichelli, Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, pág. 88 y siguientes.

la cual un sujeto queda obligado a un determinado comportamiento para la satisfacción de un interés de otro sujeto⁽²⁶⁾. La posición activa de la relación obligatoria -agrega el autor citado-, o sea el derecho de crédito, está sustancialmente individualizada por la vinculación de un interés a un sujeto (llamado acreedor), interés destinado a ser satisfecho mediante el cumplimiento del deber por parte de otro sujeto (el llamado deudor). Por lo tanto -continúa-, el acreedor es el titular de aquel interés, y el derecho del acreedor indica nada más que la posición activa en que se encuentra el titular del mismo⁽²⁷⁾.

“... la transmisión del derecho de propiedad de los bienes inmuebles determinados se produce por efecto directo del contrato”

Por eso para Giorgianni el elemento central de la obligación está constituido por el deber del deudor, y ese deber tiene como contenido un comportamiento susceptible de satisfacer perfectamente el interés del acreedor; a su turno, para que pueda hablarse de interés crediticio, el interés del acreedor debe ser susceptible de ser satisfecho integralmente por el comportamiento del deudor⁽²⁸⁾. Esto permite al ilustre escritor sentenciar que no está en lo cierto aquella corriente de ideas que

quiere reconducir a la obligación todas las relaciones jurídicas patrimoniales pues, en efecto, no todos los intereses que en estas relaciones encuentran protección son susceptibles de poder ser satisfechos mediante el comportamiento de otro sujeto⁽²⁹⁾. La importancia de la prestación entendida como actividad del deudor tiene una relevancia de tal naturaleza, que el propio Giorgianni señala -en otro lugar- que un comportamiento del deudor está siempre *in obligatione*, y que su presencia constituye incluso el elemento individualizador de la relación obligatoria respecto a otras situaciones jurídicas⁽³⁰⁾.

Por su parte, dentro de la corriente denominada patrimonialista existen gran número de matices. Pero si se observa la teoría más ampliamente difundida, es decir, la del bien debido, se constatará que en el aspecto de la fisonomía de la prestación las opiniones no varían. En efecto, esta teoría postula que la obligación es sólo un medio que permite procurar a otro un bien o una utilidad determinada (satisfacción de un interés). El acreedor espera la consecución de un bien de la vida, y por ello, ese es el objeto de su derecho, de modo que su interés queda satisfecho cuando tal bien le es procurado. El medio del que se vale para la obtención del bien es la prestación, es decir, la conducta del deudor. Tal conducta es, por ello, el contenido del deber del deudor. En consecuencia, sostiene que no existe un perfecto y directo correlato entre el deber del deudor y el derecho del acreedor. Aun cuando normalmente la actuación de aquél produce la realización de éste, existen casos en los que puede observarse la actuación del deber del deudor sin que se produzca la satisfacción del interés del acreedor, esto es, sin que tenga lugar la realización de su derecho, del mismo modo en que se presentan situaciones en las que se observa la obtención del bien por parte del acreedor, o sea, la realización de su derecho, sin que por ello se

(26) GIORGIANNI señala específicamente, que “En el campo del Derecho, el término obligación es utilizado para indicar una particular categoría de situaciones en las que asistimos al fenómeno por el cual un sujeto se encuentra jurídicamente obligado a un determinado comportamiento frente a otro sujeto”. (La Obligación, pág. 20).

(27) Ver, GIORGIANNI, M. Op. cit., pág. 213.

(28) Ibidem, págs. 213-214.

(29) Ibidem, pág. 214.

(30) L' inadempimento, Giuffrè, Milano, 1975, pág. 227. Dentro de esta misma orientación, que la doctrina sigue mayoritariamente, Rescigno expresa que “Al crédito -y aquí residen las razones de la calificación como derecho subjetivo- pertenecen caracteres radicalmente distintos, por lo que concierne al interés perseguido, y por lo que se refiere a la exigencia de la cooperación. La prestación deducida en la obligación y debida por el obligado se resuelve en la necesidad de un comportamiento; en tal sentido, la obligación es un fenómeno fundado sobre la colaboración”. Ver: voz *Obbligazione* (diritto privato) Enciclopedia del Diritto, vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, pág. 145. Ver también Natoli, U., *L'Attuazione del Rapporto Obbligatorio*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, a cura di Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, vol. XVI, tomo 2, Giuffrè, Milano 1984, pág. 55-56. Para una fundamentación de que la relación de obligación no es la única relación jurídica patrimonial y que la prestación como conducta o actividad del deudor es uno de sus elementos estructurales, me permito remitir a mi artículo “Precisiones Conceptuales en torno a la Promesa del Hecho Ajeno”. En: *Advocatus*, año III, cuarta entrega, 1992, pág. 53 y siguientes.

haya actuado el deber del deudor, es decir, la prestación.

Se sostiene, en efecto, dentro de esta línea argumental, que la consignación o depósito es una forma de actuación de la prestación que libera al deudor, pero que no produce la satisfacción del interés del acreedor, esto es, la realización de su derecho. El denominado pago al acreedor aparente es otro supuesto en el cual, en los casos previstos, se actúa el deber del deudor y se obtiene incluso su liberación, sin que se produzca la satisfacción del acreedor.

Por otra parte, existen casos como el llamado pago por tercero, mediante el cual el acreedor obtiene la satisfacción de su interés aun cuando no se haya actuado el deber del deudor, el cual incluso subsiste en algunos casos -cuando no se produce su extinción- frente a un nuevo sujeto por efecto de la subrogación⁽³¹⁾.

Pero lo importante para los efectos de nuestro análisis no es determinar si las premisas de esta corriente patrimonialista son exactas o si resulta más acertado el fundamento de la tesis personalista. Lo que en todo caso sí resulta de la mayor relevancia, es que también dentro de la teoría del bien debido se postula que la prestación consiste en una conducta o actividad del obligado⁽³²⁾.

Considérese, por lo demás, que, tal como ya se ha anticipado, éste es también el sentido por el que se ha orientado nuestro Código. La misma noción de cumplimiento supone el desarrollo de una conducta por parte del deudor y se corrobora con la referencia que el artículo 1314 hace a la diligencia ordinaria, o la graduación de responsabilidad en términos de culpa y dolo a que se refieren los artículos 1318 y siguientes del Código.

La explicación de esta forma de concebir la prestación obedece a la función que el ordenamiento asigna a la obligación. La satisfacción de los intereses privados puede tener que pasar necesariamente por la ejecución de un acto material a cargo de otro. En este caso, el interés quedará plenamente satisfecho cuando se actúe la cooperación de la conducta ajena necesaria, por lo que la obligación tiene como función servir de instrumento jurídico para actuar la satisfacción de intereses mediante la cooperación de la conducta ajena.

En otras palabras, si se trata de la pintura de un retrato, de la construcción de una casa que el interesado no puede lograr por sí mismo o de la adquisición de la propiedad de un bien mueble determinado, el interesado sólo habrá quedado plenamente satisfecho en la medida en que aquél que mediante un contrato haya comprometido su conducta (prestación entendida como cooperación material) efectivamente realice (y entregue) la obra o haga la tradición del bien.

Pero en otros casos, el interés del sujeto activo puede no requerir de un resultado material sino meramente jurídico (un mero efecto jurídico) sin que se requiera por ello de ningún acto material ajeno sino sólo la simple aceptación del afectado de soportar en su esfera el efecto jurídico negativo en beneficio del interesado. Este efecto jurídico puede lograrse mediante la propia actuación del interesado, es decir, del sujeto activo, y en ese caso se crea una situación jurídica subjetiva de ventaja -derecho potestativo, por ejemplo- y una situación jurídica subjetiva de desventaja -sujeción-; esas dos situaciones jurídicas correlativamente estructuradas configuran una relación jurídica que no es una relación obligatoria. En otros casos, la satisfacción del interés se logra como consecuencia directa del contrato, como en la renuncia o precisamente, en la transmisión del derecho de propiedad.

Pues bien, sólo en el primer tipo de supuestos, es decir, cuando la satisfacción del interés requiere de un comportamiento ajeno, podemos hablar de la necesidad de una obligación que asegure ese comportamiento. En el segundo caso el ordenamiento reconoce la producción de una relación jurídica distinta o directamente del efecto jurídico, por el solo hecho de haber celebrado el contrato. En tal sentido, si como sostiene Giorgianni, el interés del sujeto activo no se satisface mediante la conducta del sujeto pasivo, la estructuración de una relación jurídica obligatoria resulta totalmente inadecuada.

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 una cosa mueble- por lo que no cabe duda que esa transmisión deriva directamente

(31) La teoría del bien debido encontró probablemente su más coherente formulación con Rosario Nicoló en la obra *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936. Puede consultarse también en el compendio de obras de aquel autor: *Raccolta de Scritti*, tomo II, Giuffrè, Milano, 1980, pág. 967 y siguientes.

(32) Nicoló sostiene que esta valoración subjetiva de la prestación, considerada como comportamiento personal del obligado, es común a la mayor parte de la doctrina. Y este ilustre escritor agrega, que ésta es una concepción exacta porque la idea de prestación es inescindible de la consideración de una actividad dada (positiva o negativa) del deudor, incluso cuando se entienda que el contenido del deber sea la consecución por parte del acreedor de una utilidad determinada, la prestación consistiría siempre en el comportamiento que el deudor debe tener para que se procure al acreedor la utilidad prometida (*Op. cit.*, pág. 1022, nota 79).

del contrato sin que sea necesario 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 transmisión (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. ¿Cuál sería la estructura de semejante "obligación"? ¿En qué consiste la prestación que el "deudor" debe ejecutar?

Si la obligación consiste en transmitir el derecho de propiedad y ese efecto -según el artículo 949 del Código- se logra mediante la sola obligación -de enajenar-, esa 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. Como dice Bianca⁽³³⁾, es una artificiosa construcción que consiste en una obligación que se extingue al mismo tiempo en que surge; una obligación, en definitiva, desprovista de toda pretensión crediticia. Es una paradoja inexplicable: la propia obligación significa cumplimiento de sí misma. La conclusión es pues, que el contrato produce directamente la atribución del derecho de propiedad.

Esto no impide que en ciertos casos, el contrato que produce la atribución directa del derecho de propiedad no pueda crear, a la vez, verdaderas obligaciones, pero sólo en la medida en que ello sea necesario. Por ejemplo, si el vendedor tiene que entregar el inmueble al comprador, es claro que surge una obligación que consiste en que el deudor realice todo aquello que sea necesario para poner el inmueble a disposición del comprador. Ciertamente, si el comprador fuera arrendatario o comodatario o de cualquier modo estuviera en posesión del bien, tal obligación tampoco surge.

No sería admisible sostener en contra de la tesis del efecto real del contrato que aquí se postula, que

de este modo no se podría explicar los contratos relativos a la transferencia de propiedad de bienes inmuebles ajenos o futuros o en los que se ha estipulado la reserva de propiedad, etc., debido a que en ellos la transferencia de propiedad no se produce inmediatamente al celebrarse el contrato. A quienes así razonan les sería aplicable la misma objeción porque es evidente que en los casos recordados la transferencia de propiedad tampoco se produce como consecuencia inmediata de contraer la sola obligación de enajenar.

Lo que ocurre es que en cualquier caso en que el efecto real no se puede producir como consecuencia inmediata de la celebración del contrato, se tiene un efecto real diferido⁽³⁴⁾ 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, etc.

En estos casos, surge una obligación que si bien no tiene por finalidad producir la transferencia de la propiedad, permite garantizar al adquirente la actuación del efecto real que no operó al momento de la celebración del contrato⁽³⁵⁾.

“... en cualquier caso en que el efecto real no se puede producir como consecuencia inmediata de la celebración del contrato, se tiene un efecto real diferido...”

Podría pretenderse que esta discusión carece de toda relevancia práctica y que, en definitiva, el efecto resulta siendo el mismo ya sea que se sostenga que 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. Tal afirmación no puede ser

(33) Diritto Civile, IV, L'obbligazione, Giuffrè, Milano, 1990, pág. 15, nota 31.

(34) CAPOZZI, Guido, Dei singoli contratti, vol. I, Giuffrè, Milano, 1988, pág. 98.

(35) CAPOZZI, Guido, Op. cit., pág. 98. OSTI, Giuseppe, Op. cit., pág. 876 y siguientes. Función análoga -es decir de garantía- tienen las llamadas Obligaciones de Saneamiento, que tutelan al adquirente frente a los defectos materiales o jurídicos de los bienes adquiridos. Para un estudio más detenido de este aspecto, puede consultarse: Russo, E. La responsabilità per l'inattuazione del effetto reale. Giuffrè, Milano.

compartida por dos órdenes de razones. En primer lugar, las cosas deben llamarse por su nombre; a cada institución debe dársele su lugar porque tiene su propia función dentro del ordenamiento jurídico. Pero en segundo lugar, sí puede haber diferentes efectos prácticos de indudable relevancia según la posición que se adopte.

Como se sabe, el contrato no es más la única fuente negocial de obligaciones, como era en cambio la tendencia en los siglos pasados. Siguiendo modernas orientaciones, nuestro Código ha admitido la declaración unilateral como fuente de obligaciones. En consecuencia, la obligación puede bien ser creada mediante un negocio jurídico de estructura unilateral, esto es, mediante la declaración de una sola parte. Por lo tanto, sería hipotéticamente posible que alguien prometa públicamente transmitir la propiedad de un inmueble determinado a quien se encuentre en una determinada situación o ejecute un determinado acto. En este supuesto, por disposición del artículo 1956 concordado con el artículo 1959 del Código Civil, la obligación surge y el promitente queda obligado por su sola declaración de voluntad desde el momento en que ésta se hace pública, y aquel que se encuentre en la situación prevista o realice el acto exigido en la promesa, queda convertido en propietario del inmueble en virtud del

artículo 949 del Código, aun cuando ni siquiera conozca de la existencia de la promesa y de la obligación correspondiente⁽³⁶⁾. Si se quiere llegar al extremo de lo absurdo, podría incluso pretenderse que a partir de ese momento el nuevo propietario es responsable de los daños que la ruina del inmueble pueda causar, tal como lo dispone el artículo 1980 del Código. Lo mismo podría ocurrir en el caso del contrato a favor de tercero, del cual -por disposición de los artículos 1457 y 1458 del Código Civil- surge el derecho para éste, directa e inmediatamente de la celebración del contrato celebrado entre estipulante y promitente, y sin necesidad que el tercero intervenga en modo alguno en la formación o para la eficacia del referido contrato⁽³⁷⁾.

Debe concluirse por ello, que más allá de las expresiones utilizadas por la ley, la transmisión del derecho de propiedad de los bienes inmuebles determinados se produce por efecto directo del contrato.

Cabe finalmente aclarar, que no se pretende defender un sistema de transmisión de propiedad espiritualista frente a un sistema que contemple un modo que permita una publicidad más o menos adecuada del derecho. Se trata tan sólo de interpretar cuál ha sido la orientación adoptada por nuestro ordenamiento positivo.³⁷

(36) A pesar de que no podemos detenernos a analizar la problemática de la promesa unilateral, debe advertirse que su propia configuración resulta sumamente discutible y confusa en nuestro Código, por la indefinición en que el legislador ha incurrido en este tema. Se ha querido admitir la promesa unilateral como fuente de obligaciones pero el legislador parece no haber podido desprenderse de la bilateralidad para la atribución de los efectos de ella, lo cual implica una seria contradicción. Según el primer párrafo del artículo 1956 y el artículo 1959, la obligación surge y el deudor queda obligado por su sola declaración desde que ésta se hace pública -en el caso de la promesa al público pero según el segundo párrafo del artículo 1956, para que el destinatario se acreedor de la prestación es necesario su asentimiento. Entonces, ¿hay realmente una obligación producida por la mera declaración del promitente, antes del asentimiento del destinatario? Si la hubiera, ¿puede acaso configurarse una obligación sin acreedor? Si no la hubiera y para que la obligación surja es necesario el asentimiento del destinatario, ¿cómo se explica la parte final del artículo 1959 del Código? ¿Es la promesa realmente un negocio unilateral?

(37) Nótese que la declaración de querer hacer uso del derecho que la segunda parte del primer párrafo del artículo 1458 pone a cargo del tercero, sólo tiene como función que el derecho -ya perteneciente al tercero- sea exigible.