

# El contrato y los efectos reales

## Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano

**Freddy Escobar Rozas**

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

### 1 Introducción.

Desde que se promulgó el Código Civil de 1984, se ha instalado en nuestro país un tenue pero importante debate acerca de la posibilidad de que, al amparo de lo establecido por dicho cuerpo normativo, el contrato produzca efectos reales; y, más concretamente, de que transfiera la propiedad (mueble e inmueble). Como se podrá suponer, este debate enfrenta dos posiciones: la que admite la referida posibilidad y la que la niega.

Particularmente, considero que el debate en cuestión no debería haber surgido, pues en mi opinión resulta indiscutible que bajo el Código Civil de 1984 el contrato puede, además de crear -modificar o extinguir- obligaciones, constituir y transferir derechos reales (e incluso producir otro tipo de consecuencias que no pueden ser explicadas a la luz de las categorías tradicionales). Es cierto que el lenguaje empleado por el legislador no es el más adecuado y que la lectura literal de algunas normas del referido código puede conducir a la conclusión opuesta; pero es cierto también que dicha lectura no puede prevalecer sobre la que se basa en la historia, la sistemática y la razón.

Reconociendo que puede resultar algo desconcertante el hecho de considerar que el debate comentado no debería haber surgido, dos razones me animan a ingresar en él. La primera tiene que ver con la importancia del tema (¿se trata nada menos de definir si el contrato puede o no transferir directamente el derecho subjetivo patrimonial más importante que existe!). La segunda tiene que ver con el interés académico que suscita la riqueza de las posturas que se han ensayado para defender una y otra posición.

Las líneas que siguen están dedicadas, pues, al análisis de las posiciones enarboladas por la doctrina nacional en torno a si el contrato puede o no transferir la propiedad. El resultado de tal análisis determinará a qué sistema contemporáneo de transferencia de propiedad se afilia el Código Civil de 1984.

### 2 El contrato y los sistemas contemporáneos de transferencia 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 propiedad.

#### 2.1 El sistema de la unidad del contrato.

El sistema de la unidad del contrato tuvo su origen en los estudios escolásticos sobre los requisitos que debía cumplir la *traditio* como modo de adquisición de la propiedad.

Como es sabido, entre los romanos rigió la regla de que la voluntad no transmitía por sí sola la propiedad. Para que esto ocurriera, era necesaria la presencia de un acto exterior, sea formal (como la *mancipatio* o la *in iure cessio*) o material (como la *traditio*)<sup>(1)</sup>. Con el transcurso del tiempo, los actos formales entraron en

(1) MIQUEL, Joan. *Derecho Romano Privado*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1992, p. 177 y ss.; MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, Luis. *Pago y Transmisión de Propiedad (El artículo 1.160 del Código Civil)*. Madrid: Civitas, 1990, p. 11.

crisis, de modo que en cierto momento la transferencia de propiedad únicamente operó a través de la *traditio* (o de la usucapión, en su caso). Ahora bien, a diferencia de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, que suponían 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, por ejemplo). En tal sentido, a efectos de 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 demostrase 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*<sup>(2)</sup>.

En el Derecho intermedio cobró fundamental importancia el examen de la *traditio* como modo de adquisición de la propiedad, ya que aquélla constituyó la única herencia romana vigente que podía servir para esclarecer el asunto de la transferencia de la propiedad. Como consecuencia de dicho examen, los escolásticos crearon la teoría del título y el modo.

En efecto, influidos por la filosofía de Aristóteles, la teología de Santo Tomás y el racionalismo del Renacimiento, los escolásticos, al tratar de explicar cuáles eran las características de la *traditio*, terminaron por elaborar una construcción científica novedosa, que se apartaba sensiblemente del sistema de transferencia de propiedad que rigió en Roma.

Según se ha afirmado<sup>(3)</sup>, el padre de la teoría del título y el modo fue Apel, quien formuló una clara distinción entre el dominio y la obligación, primero; y entre la causa del dominio y la causa de la obligación, después. Según este jurista, nada había en común entre la causa del dominio, que era la tradición; y la causa de

la obligación, que era el contrato, salvo el hecho que el contrato era frecuentemente causa de la tradición. Siguiendo el pensamiento de Apel, Heineccio profundizó la distinción indicada, afirmando que no se debía confundir el título con el modo de adquirir, porque uno distaba del otro tanto como el cielo de la tierra. Para este autor, todo dominio tenía dos causas: una próxima, por medio de la cual se conseguía inmediatamente el dominio; y una remota, por la cual y mediando la cual uno se hacía dueño. La causa próxima del dominio era la entrega de la cosa, mientras que la remota era la compra de la cosa<sup>(4)</sup>.

Con la idea de que el dominio se adquiriría en virtud de una causa próxima y una causa remota, los creadores de la teoría del título y el modo descompusieron los requisitos de la *traditio* para crear dos fenómenos distintos pero complementarios. En efecto, aplicando las categorías aristotélicas de posibilidad y efectividad, Apel y Heineccio convirtieron al *animus transferendi et accipiendi dominii* y a la transmisión de la posesión, ambos elementos de un mismo fenómeno (la *traditio* como modo de adquisición de propiedad), en dos fenómenos claramente diferenciados: el título (contrato) y el modo (entrega), respectivamente<sup>(5)</sup>.

El *animus transferendi et accipiendi dominii* pasó a representar la posibilidad de que opere la transferencia de la propiedad, mientras que la transmisión de la posesión pasó a representar la concreción de tal posibilidad. Por tal motivo, el primero fue considerado causa remota de la transferencia de propiedad<sup>(6)</sup>; mientras que el segundo fue considerado causa próxima de la misma<sup>(7)</sup>.

Concebida del modo como ha sido expuesta, la teoría del título y el modo produjo un impacto notorio que afectó la noción romana de *traditio*. En efecto, dicha teoría determinó que la tradición dejara de ser un mecanismo de adquisición de la propiedad para pasar a ser un mecanismo de adquisición de la posesión<sup>(8)</sup>. Por tal razón, un autorizado autor<sup>(9)</sup> ha afirmado que, como

(2) CUENA CASAS, Matilde. *Función del Poder de Disposición en los Sistema de Transmisión Onerosa de los Derechos Reales*. Barcelona: Bosch, 1996. pp. 42 y 43.

(3) CUENA CASAS, Matilde. Ibid.; p. 226; DE LOS MOZOS, José Luis. *La doctrina de F. C. Von Savigny en torno a la transmisión de dominio*. En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Año CXVI, Tomo LV, Número 223. Reus, 1967. p. 86.

(4) CUENA CASAS, Matilde. Op. cit.: p. 226.

(5) CUENA CASAS, Matilde. Op. cit.: p. 225.

(6) Según refiere Cuenca Casas, la expresión "título" fue el resultado de la comparación del requisito de la *iusta causa* de la tradición con el requisito del justo título de la usucapión. Esta comparación determinó que la noción de causa (tradicionalmente entendida como finalidad) se objetivara, al quedar esta última asimilada a la causa hábil para transferir el dominio (título), identificada con el contrato independiente. La equiparación de la *iusta causa* de la tradición y el justo título de la usucapión parece encontrarse tanto en la Instituciones de Gayo (II. 41-42) como en el Digesto (D. 18.1.74) (ver: CUENA CASAS, Matilde. Op. cit.: pp. 356 y ss).

(7) DE LOS MOZOS, José Luis. Op. cit.: pp. 84 y 85.

(8) CUENA CASAS, Matilde. Op. cit.: p. 228.

(9) José Luis de los Mozos, citado por CUENA CASAS, Matilde. Op. cit.: p. 229.

consecuencia de la teoría en cuestión, la tradición perdió su elemento espiritual, quedando reducida a un acto material, indebidamente identificado con la *solutio*, esto es, con el pago de una obligación precedente (la de transferir la propiedad).

La teoría del título y el modo, tal como fue formulada por Apel y Heineccio, se convirtió en la primera manifestación del sistema de la unidad del contrato y, porqué no aceptarlo, en la primera manifestación de los modernos regímenes de transferencia de propiedad. Su influencia fue sumamente poderosa, al punto que el Código de Baviera, el A. L. R. prusiano y el A. B. G. B. austríaco la adoptaron inmediatamente.

Con el transcurso del tiempo, y gracias a un proceso de espiritualización que afectó a la teoría del título y el modo, el sistema de la unidad del contrato conoció una segunda manifestación, signada por la desaparición de la tradición como elemento constitutivo del *iter* traslativo.

Como es sabido, en el antiguo Derecho francés, la transferencia de propiedad operaba con la tradición de la cosa, tal como lo establecía la teoría del título y el modo. Ahora bien, así como en Roma la tradición sufrió un proceso de espiritualización<sup>(10)</sup>, en Francia la entrega física de la cosa comenzó a ser reemplazada por el empleo de la cláusula *dessaisine-saisine*, insertada por el notario en las escrituras notariales. En virtud de dicha cláusula, el vendedor declaraba “desapoderarse” de la posesión de la cosa en favor del comprador y éste, a su vez, declaraba “apoderarse” de dicha posesión<sup>(11)</sup>. Formalmente, la transferencia de propiedad seguía operando en virtud del título (contrato) y del modo (tradición). Realmente, sin embargo, dicha transferencia operaba en virtud del acuerdo de las partes.

Ahora bien, tratando de reconocer lo que en la práctica ocurría, tratando de transformar una cláusula de estilo en regla general, el legislador francés sancionó

una fórmula según la cual la obligación de entregar la cosa hacía al acreedor propietario, aunque la tradición no hubiese sido hecha<sup>(12)</sup>. Esta fórmula, sin embargo, en vez de positivizar la costumbre que había espiritualizado la tradición, terminó por consagrar un principio novedoso, que por primera vez le otorgaba al contrato la virtualidad de transferir directamente la propiedad.

En efecto, la costumbre arraigada en Francia jamás desconoció la relevancia de la tradición como requisito para que opere la transferencia de propiedad. La entrega de la cosa siempre constituyó el modo que, cual causa próxima, determinaba dicha transferencia. Lo único que en realidad ocurrió fue que en la generalidad de los casos la entrega real quedaba reemplazada por la entrega ficticia, mediante la suscripción, ante notario, de la cláusula *dessaisine-saisine*. La fórmula adoptada por el legislador francés, empero, en lugar de espiritualizar la tradición, suprimió expresamente la necesidad de que la misma sea efectuada para que opere la transferencia de propiedad. De esta forma, y probablemente sin estar consciente de lo que hacía<sup>(13)</sup>, el legislador francés estatuyó el principio del *solo consensus*<sup>(14)</sup>.

Así, pues, nació la segunda expresión del sistema de la unidad del contrato, que, a diferencia de la primera, sólo exige la celebración de un contrato con finalidad traslativa para que se produzca la transferencia de propiedad.

## 2.2 El sistema de la separación del contrato.

El sistema de la separación del contrato tuvo su origen en la revisión crítica a la que fue sometida en la Alemania del siglo XIX la teoría del título y el modo.

Como es sabido, desde un primer momento los textos romanos permitieron dos interpretaciones antagónicas sobre la naturaleza de la *traditio* como modo de adquisición de propiedad<sup>(15)</sup>. De acuerdo con una primera interpretación, la *traditio* era causal, en tanto

(10) En Roma ya se conocían casos en los cuales el objeto no pasaba materialmente de manos del *tradens* a manos del *accipiens*. Estos casos fueron agrupados en las siguientes figuras: *traditio* simbólica, *traditio longa manu*, *traditio brevi manu* y *constitutum possessorium*.

(11) COLIN, Ambrosio y Henri CAPITANT. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo II, Volumen II. Madrid: Reus, 1961. p. 725; CUENA CASAS, Matilde. Op. cit.: p. 92.

(12) Se trata de la fórmula contenida en el artículo 1.138 del *Code*, según la cual “*l’obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l’instant où elle a dû être faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier*”.

(13) Según Marcade, los redactores del *Code*, que eran más juristas prácticos que teóricos, al formular el artículo 1138 de este cuerpo normativo, trataron de sancionar legalmente una situación (la espiritualización de la tradición) que se estaba presentando en la práctica, sin percatarse de que en realidad estaban consagrando un nuevo principio, según el cual el *solo consensus* transmitía la propiedad (Marcade, citado por CUENA CASAS, Matilde. Op. cit.: p. 95).

(14) CUENA CASAS, Matilde. Op. cit.: p. 95.

(15) En palabras de Flume, el problema de si la transmisión de propiedad mediante tradición exige una *iusta causa* tiene una historia que ofrece rasgos dramáticos. Para este autor, la discusión científica renovada constantemente a lo largo de los siglos tuvo su punto de partida en la antinomia existente entre el D. 12. 1. 18 y el D. 41. 1. 36 (ver: FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. p. 218).

que, además del *animus transferendi et accipiendi domini* que debía tener tanto el *tradens* como el *accipiens*, requería de la existencia de un fundamento que justificara su realización (*iusta causa*). Este fundamento estaba constituido por un negocio jurídico (venta, donación, permuta, etcétera) anterior que precisamente obligaba al *tradens* a efectuar la *traditio*. De acuerdo con una segunda interpretación, la *traditio* era abstracta, pues sólo requería la existencia del *animus* en cuestión. El negocio jurídico precedente únicamente exteriorizaba el motivo por el cual las partes estaban dispuestas a efectuar la operación real (esto es, la *traditio*).

En la Alemania del siglo XIX aún 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.

En este contexto, tan alejado de lo que las fuentes romanas establecían, Savigny formuló un planteamiento reaccionario, dirigido a recuperar el papel que la *traditio* tuvo como modo de adquisición de la propiedad.

En efecto, partiendo de ciertos textos romanos que consagraban la transferencia de propiedad aun cuando el negocio precedente fuera nulo, Savigny sostuvo que la *traditio* era el negocio en virtud del cual el *tradens* transfería al *accipiens* la propiedad de una cosa. En su opinión, por tanto, la *traditio* no representaba, como lo entendían los defensores de la teoría del título y el modo, la simple ejecución del negocio obligacional precedentemente celebrado con el objeto de efectuar la transferencia de la propiedad.

Para demostrar su tesis, Savigny acudió a distintos ejemplos en los cuales la *traditio* transfería la propiedad de la cosa, sin que existiera una obligación previa que sujetara al *tradens* a la *necitas* de entregarla. Uno de los ejemplos más famosos fue, sin duda, el del mendigo. De acuerdo con este ejemplo, cuando alguien ponía una limosna en manos de un mendigo, era claro que la propiedad de la moneda quedaba transferida únicamente en virtud de la *traditio*, pues no existía obligación alguna que permitiera considerar a esta última como la *solutio* de una *iusta causa*<sup>(16)</sup>.

Habiendo considerado a la *traditio* como una verdadera convención (desde que contenía las voluntades suficientes del *tradens* y del *accipiens* para transferir y adquirir, respectivamente, la propiedad de la cosa), capaz de provocar el efecto real buscado por las partes, Savigny tuvo que abordar el problema de la *iusta causa*, mencionada en varios textos romanos como requisito de la referida convención.

La posición de Savigny sobre dicho problema fue ingeniosa e innovadora, pues, en lugar de cuestionar la transcendencia de la *iusta causa* dentro del *iter* traslativo, le otorgó a la misma un papel mucho más modesto que el que tenía en ese entonces para los defensores de la teoría del título y el modo.

En efecto, según Savigny, cuando se efectuaba la *traditio* no se acostumbraba a indicar expresamente cuál era el *animus*, pues tal cosa resultaba demasiado teórica para un acto tan natural como la entrega de la cosa. Ahora bien, en los casos dudosos, en los casos en los que no estaba claro cuál era el *animus* de las partes, era preciso acudir a las circunstancias del caso para determinar si éstas efectivamente deseaban transferir y adquirir la propiedad. En ese contexto, la *iusta causa*, cuando existía, cumplía plenamente su función, pues, al ser el negocio que antecedió a la *traditio*, revelaba la intención de las partes y, por tanto, confirmaba (o desmentía) la existencia del componente espiritual de la *traditio*. La *iusta causa*, por tanto, a pesar de ser un negocio obligacional que eventualmente precedía a la *traditio*, no era un requisito para la transmisión de la propiedad sino solamente un medio para constatar la existencia del *animus transferendi et accipiendi domini* presente en la entrega de la cosa<sup>(17)</sup>.

A pesar de que la tesis de Savigny mostró notable coherencia interna, la misma no fue unánimemente aceptada en Alemania<sup>(18)</sup>. Sin embargo, inesperadamente recibió el soporte de Ihering, quien, básicamente por razones de orden práctico, defendió la intrascendencia de la *iusta causa*, esto es, del negocio obligacional que normalmente precedía a la *traditio*, en el *iter* que se tenía que cumplir para provocar la transferencia de la propiedad.

En efecto, Ihering defendió la idea de que la propiedad se transfiriese sobre la base de un acto abstracto, en el que las voluntades de transferir y adquirir no hicieran referencia alguna a la causa de la operación,

(16) MIQUEL, Joan. Op. cit.: p. 182; CUENA CASAS, Matilde. Op. cit.: p. 189.

(17) CUENA CASAS, Matilde. Op. cit.: pp. 188 y 189.

(18) Los críticos más importantes de la tesis de Savigny fueron Fuchs y Strohal. Según Flume, el trabajo de este último, redactado con ocasión del primer proyecto del BGB, sigue siendo importante en la actualidad para considerar los problemas que trae consigo la disposición abstracta (ver: FLUME, Werner. Op. cit.: p. 219).

para evitar de este modo el peligro de la inseguridad jurídica que traía consigo la teoría del título y el modo; peligro que estaba representado fundamentalmente por la posibilidad de que los problemas de invalidez del título afectasen la operación y perjudicasen a los terceros<sup>(19)</sup>.

Con estos antecedentes, el legislador alemán consagró un sistema de transferencia de propiedad totalmente diferente tanto del recogido en el Código de Baviera, en el A. L. R. prusiano y en el A. B. G. B. austríaco, tributarios de la teoría del título y el modo; como del recogido en el *Code*, tributario del principio del *solo consensus*.

De acuerdo con el 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 la separación del contrato supone, entonces, la concurrencia de dos negocios jurídicos y de un acto ejecutivo real<sup>(20)</sup>. El primer negocio contiene la voluntad de las partes de crear un vínculo en virtud del cual una de ellas queda obligada a transferir a la otra la propiedad de un bien (a través de la conclusión del segundo negocio y de la realización del acto ejecutivo real). El segundo negocio (*Auflassung*) contiene la voluntad de las partes de efectivamente transferir y adquirir la propiedad del bien. Este negocio es de naturaleza abstracta, pues se desvincula de su fundamento causal (el negocio de eficacia meramente

---

Tomando en cuenta que la prestación es un elemento esencial de la obligación resulta evidente que la "obligación de enajenar" recogida en el artículo 949 del Código Civil no existe. Sostener lo contrario, daría pie a admitir la idea de que la relación jurídica a la que denominamos obligación pueda surgir sin sujetos, sin vínculo o sin causa.

---

obligatoria), de modo que no se ve afectado por las vicisitudes que eventualmente sufra este último. Finalmente, el acto ejecutivo real está constituido por la tradición o por la inscripción del negocio dispositivo en el registro, según el tipo de bien del que se trate<sup>(21)</sup>.

### 3 El régimen adoptado por el Código Civil peruano.

Las normas que, en principio, definen cómo se transfiere la propiedad en el Perú son las contenidas en los artículos 947 y 949 del Código Civil. El primer artículo establece que "(l)a transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal

(19) Según Ihering, para demostrar la adquisición derivativa del derecho de propiedad había que probar dos cosas: (i) que el enajenante tenía dicho derecho antes del acto de transferencia; y, (ii) que el enajenante y el adquirente habían realizado tal acto (si la cosa había pasado por varias manos, esta prueba se multiplicaba tantas veces como sucesiones hubiese existido). Ihering consideraba que la primera prueba implicaba remontarse al nacimiento de la propiedad adquirida originariamente por el predecesor remoto. En efecto, para él no bastaba con probar que la cosa había sido entregada, pues la tradición sólo transfería la posesión. Por consiguiente, era imprescindible demostrar que la tradición había sido hecha con la intención de transferir la propiedad. Para tal fin, según Ihering, se tenía que indicar y probar la existencia del acto que contenía la referida intención. Si ese acto era, por ejemplo, una compraventa, se tenía que probar, además, que el precio ya estaba pagado, pues tal cosa era condición necesaria para la transmisión. Sobre la base de tales consideraciones, Ihering concluía que la realización de la primera prueba implicaba escribir toda la historia de la cosa: empresa que resultaba penosa y que desanimaba a cualquiera. Pero el drama no quedaba ahí. En efecto, según Ihering, si la transferencia de propiedad no era más que la ejecución de otro acto, las causas de nulidad de éste irremediablemente afectaban a aquélla, de modo tal que, ante tales causas, lo único que le quedaba al *accipiens* era la usucapión. Para evitar un panorama tan desalentador como el descrito, Ihering consideraba que se tenía que separar el elemento de la causa de la transmisión de la propiedad, tomando como modelo la *mancipatio* y la *in iure cessio* romanas, que contenían las voluntades de transferir y adquirir en su estado más puro, aisladas completamente de la causa de la operación (Ihering, citado por CUENA CASAS, Matilde. Op. cit.; pp. 194 y 195).

(20) LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957. pp. 19 y 20; CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Madrid: San Martín, 1959. p. 400; PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II. Volumen I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 177; WAYAR, Ernesto. *Compraventa y Permuta*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1984. p. 201.

(21) LARENZ, Karl. Op. cit.; pp. 22 y 23; ENNECERUS, Ludwig, y otros. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II, Volumen I. Barcelona: Bosch 1971. p. 391; PUIG PEÑA, Federico. Op. cit.; p. 177.

diferente”. Por su parte, el segundo artículo establece que “(l)a sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.

El primer artículo no encuentra antecedentes en el Código Civil de 1936. El segundo artículo, en cambio, se basa en el artículo 1172 del Código Civil de 1936, el cual a su vez se basó en el artículo 1.138 del *Code*.

Tomando en cuenta los dos artículos transcritos y concordándolos tanto con el artículo 1403 del Código Civil, que establece que el contrato tiene por objeto crear, regular, modificar o extinguir obligaciones, como con los diferentes artículos de este cuerpo normativo que definen a la compraventa, permuta, suministro, donación y mutuo como contratos meramente obligacionales, la gran mayoría<sup>(22)</sup> ha concluido que, en nuestro sistema, el contrato no tiene eficacia real.

Con distintos argumentos, sin embargo, algunos pocos<sup>(23)</sup> se han apartado de la tesis mayoritaria y han afirmado que en nuestro sistema el contrato sí tiene eficacia real.

A pesar de que casi la totalidad de los que se afilian a una u otra corriente no ha ingresado a un proceso de revisión e intercambio de opiniones, expresando simplemente su postura sin detenerse a meditar por qué la postura contraria es incorrecta, es posible considerar que existe un debate (débil pero debate al fin) que enfrenta a quienes piensan de una manera y de otra.

Reconociendo expresamente mis limitaciones para reproducir en toda su magnitud la riqueza del pensamiento de quienes han intervenido consciente o inconscientemente en el debate en cuestión, y ofreciendo desde ya mis excusas por si no logro exponer adecuadamente sus ideas, a continuación paso a describir brevemente sus planteamientos.

### 3.1 La corriente realista

La corriente realista, defendida fundamentalmente por tres autores, afirma, sobre la base de diversas consideraciones, que, bajo el Código Civil, el contrato puede transferir directamente la propiedad. Dentro de

esta corriente, se pueden advertir dos tendencias, a saber: la que considera que el contrato sólo puede transferir directamente la propiedad inmueble y la que considera que el contrato puede transferir directamente tanto la propiedad inmueble como la propiedad mueble. Los partidarios de esta corriente son los profesores Jack Bigio, Guillermo Lohmann y Hugo Forno.

#### 3.1.1 La tesis de Bigio.

Jack Bigio postula su tesis en un ensayo dedicado a la compraventa, el cual fue publicado poco después de promulgado el Código Civil<sup>(24)</sup>. En dicho ensayo este autor afirma que, en función de lo establecido en el artículo 949 de dicho código, es claro que el solo intercambio de voluntades, el *solus consensus*, perfecciona la transferencia de propiedad inmueble<sup>(25)</sup>.

No obstante que su tesis no hace otra cosa que reproducir la interpretación que mayoritariamente había sostenido la doctrina francesa sobre el artículo 1.138 del *Code*, antecedente mediato del artículo 949 ya citado, Bigio introduce un elemento de duda al afirmar que en el caso de la transferencia de propiedad inmueble, el contrato funge, al mismo tiempo, de título y de modo.

En efecto, a pesar de considerar que el título es el acto jurídico que antecede al hecho o acto de adquisición; y que el modo es precisamente el hecho o acto de adquisición, Bigio sostiene que de acuerdo con lo establecido por el Código Civil, el contrato (de compraventa) sirve, por un lado, de título, en tanto crea la obligación de dar; y, por el otro, de modo, en tanto perfecciona la adquisición (del comprador). Con semejante planteamiento, Bigio parece contradecir su idea de que el *solus consensus* perfecciona la transferencia de propiedad, habida cuenta de que para él título y modo son dos hechos jurídicos diferentes, que se verifican además en momentos distintos. No obstante ello, la doctrina nacional<sup>(26)</sup> ha considerado que en realidad Bigio postula la tesis de que el contrato transfiere directamente la propiedad inmueble, ya que finalmente acepta que es el consentimiento de las partes el que convierte al comprador en propietario.

(22) Así, por ejemplo, DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Tomo III. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1991. p. 443; ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max. *Exégesis*. Tomo I. Lima: Studium, 1987. p. 155; OQUENDO HERAUD, Sergio. *Poseción de buena fe y rescisión: virtualidad de un conflicto*. En: *Themis - Revista de Derecho*, No. 7. 1990. p. 26; CANTUARIAS SALAVERRY, Luis Felipe. *Análisis Económico de la Compraventa con Reserva de Propiedad, El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales. Autores Varios*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1993. p. 94.

(23) Así, por ejemplo, BULLARD, Alfredo. *Un mundo sin propiedad. Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble*. En: *Derecho*, No. 45. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1991. p. 147.

(24) BIGIO CHREM, Jack. *La Compraventa y la Transmisión de Propiedad*. En: *Para Leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1984.

(25) *Ibid.*: p. 183.

(26) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999. p. 24.

### 3.1.2 La tesis de Lohmann.

Guillermo Lohmann postula su tesis en un ensayo dedicado a la compraventa con reserva de propiedad<sup>(27)</sup>. En dicho ensayo este autor afirma que en el caso de bienes muebles, la transferencia de propiedad opera en virtud del consentimiento.

Para sustentar su tesis, Lohmann se ve en la necesidad de ensayar una interpretación sistemática que le permita, por un lado, afirmar que el solo consenso transfiere la propiedad mueble; y, por el otro, respetar el requisito de la tradición impuesto por el artículo 947 del Código Civil.

La norma que sirve de piedra angular de su construcción teórica es la contenida en el artículo 1549 del Código Civil. En efecto, según Lohmann, el referido artículo establece que el vendedor debe perfeccionar la transferencia de la propiedad (mas no provocarla). Habida cuenta de que la palabra “perfeccionar” significa terminar o acabar algo que esta incompleto o inconcluso, Lohmann considera que el artículo en cuestión supone que la transferencia de propiedad, mueble o inmueble, opera como efecto natural del contrato de compraventa, de modo que al vendedor sólo le resta culminar dicha transferencia<sup>(28)</sup>.

Ahora bien, la idea de que el contrato transfiere -aunque de manera imperfecta- la propiedad mueble no contraviene, según Lohmann, lo dispuesto por el artículo 947 del Código Civil. Así es, para Lohmann la tradición a la que se refiere este último artículo puede ser real o ficta. En su opinión, en sede de compraventa mobiliaria opera la tradición ficta por cambio de título posesorio, ya que con la sola celebración del contrato el vendedor cambia de título posesorio, de modo que si manifiesta la posesión del bien ya no lo hace como propietario<sup>(29)</sup>.

Considerando, pues, que el contrato (de compraventa) produce automáticamente el cambio de título posesorio y, por tanto, que opera la tradición (ficta) exigida por el artículo 947 del Código Civil, Lohmann concluye que es aquél el que produce la transferencia, aunque imperfecta, de la propiedad mueble. El perfeccionamiento de dicha transferencia opera cuando, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 1549

del Código Civil, el vendedor hace entrega física del bien o del título documentario (en caso que el mismo se encuentre en tránsito); o notifica al tercer poseedor que la transferencia tuvo lugar<sup>(30)</sup>.

### 3.1.3 La tesis de Forno.

Hugo Forno postula su tesis en un ensayo especialmente dedicado a los efectos reales del contrato<sup>(31)</sup>, publicado con la expresa intención de demostrar que el Código Civil no restringe la función de aquel negocio jurídico al ámbito meramente obligacional. En ese ensayo, Forno afirma que el contrato es susceptible de producir efectos reales, pues el artículo 1351 del Código Civil establece que aquél tiene por objeto crear, regular, modificar o extinguir una “relación jurídica patrimonial”, la cual no se agota en la obligación, en tanto que existen situaciones jurídicas subjetivas distintas del débito y el crédito<sup>(32)</sup>.

Para sustentar su tesis, Forno parte de la premisa de que la prestación es un elemento esencial de la obligación y de que aquélla consiste en la realización de una conducta o actividad -incluso negativa- por parte del deudor. Con el fin de que tal premisa tenga sustento positivo, Forno demuestra que el Código Civil, en diversos artículos (1132 y siguientes; 1148 y siguientes; 1158 y siguientes; 1220 y siguientes; 1314 y siguientes, etcétera), acoge la noción de obligación elaborada por el Pandectismo alemán, que coloca a la prestación como objeto del derecho del acreedor<sup>(33)</sup>.

Sobre la base de la premisa de marras, Forno considera que la “obligación de enajenar” contemplada en el artículo 949 del Código Civil no es una verdadera obligación, pues carece de prestación. En efecto, Forno afirma que como quiera que no existe una actividad material (consistente en un dar, hacer o no hacer) que se tenga que realizar para dar por cumplida la “obligación de enajenar” indicada, es claro que la misma no tiene ni la estructura, ni el contenido ni la función que nuestro ordenamiento positivo asigna a la obligación en sentido técnico. En consecuencia, para Forno una “obligación” como la contemplada en el artículo 949 del Código Civil, que se extingue automáticamente al mismo tiempo que surge, sin requerir actividad alguna

(27) LOHMANN LUCA DE TENA. Juan Guillermo. *Notas polémicas sobre la regulación de la reserva de propiedad*. En: *Temas de Derecho Civil*. Lima: Universidad de Lima, 1991.

(28) *Ibid.*: pp. 234 - 236.

(29) *Ibid.*: pp. 236 y 237.

(30) *Ibid.*: p. 237.

(31) FORNO FLÓREZ. Hugo. *El contrato con efectos reales*. En: *Ius et Veritas*. Año IV, No. 7. Lima, 1993.

(32) *Ibid.*: p. 77.

(33) *Ibid.*: p. 83.

por parte del deudor, no es más que una construcción artificiosa, desprovista de todo valor<sup>(34)</sup>.

Ahora bien, tomando en cuenta que la “obligación de enajenar” prevista en el artículo 949 del Código Civil no tiene cabida en la realidad jurídica, Forno considera el efecto jurídico contemplado en dicho artículo, consistente en la transferencia de propiedad inmueble, debe ser directamente atribuido al contrato<sup>(35)</sup>.

### 3.2 La corriente obligacionista.

La corriente obligacionista, defendida fundamentalmente por dos autores, afirma, también sobre la base de diversas consideraciones, que, bajo el Código Civil, el contrato no puede transferir directamente la propiedad, en tanto que únicamente crea (regula, modifica o extingue) obligaciones. Dentro de esta corriente, también se pueden advertir dos tendencias, a saber: la que considera que el modo de transferencia de la propiedad inmueble es la tradición y la que considera que el modo de transferencia de la propiedad inmueble es la ley. Los partidarios de esta corriente son los profesores Miguel Torres y Manuel De la Puente.

#### 3.2.1 La tesis de Torres.

Miguel Torres postula su tesis en un libro especialmente dedicado a la compraventa, publicado en un momento en el cual todas las posturas sobre el tema aquí tratado habían visto la luz<sup>(36)</sup>. En ese libro Torres afirma que la transferencia de la propiedad, sea ésta mueble o inmueble, no opera como consecuencia directa del contrato sino como consecuencia de la entrega del bien realizada en cumplimiento de un título válido.

Para sustentar su tesis, Torres parte de la idea de que existe un conflicto entre lo dispuesto por el artículo 949 del Código Civil y lo dispuesto por el artículo 1529 de dicho código. En efecto, según Torres, mientras el primer artículo supone que el contrato directamente transfiere la propiedad inmueble; el segundo artículo no supone tal cosa, en tanto que define al contrato de compraventa como aquél en cuya virtud el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien. Para Torres es claro que mientras el primer artículo consagra el

sistema del principio contractual puro, el segundo consagra el sistema de la yuxtaposición de los principios de unidad y tradición, estatuyéndose así una irremediable contradicción al interior del Código Civil<sup>(37)</sup>.

Ahora bien, Torres considera que la norma que ocasiona la contradicción indicada es la contenida en el artículo 949 del Código Civil, pues la contenida en el artículo 947 del mismo cuerpo normativo es perfectamente coherente con el sistema de la yuxtaposición de los principios de unidad y tradición. En consecuencia, la solución del problema existente debe, en su opinión, basarse en la “eliminación” de la norma que lo ocasiona<sup>(38)</sup>.

Siguiendo esta orientación, Torres advierte que el artículo 949 del Código Civil admite dos excepciones: una legal y otra convencional. Ahora bien, atendiendo al hecho que los artículos 949 y 1529 del referido cuerpo normativo son excluyentes, debe entenderse, en su opinión, que este último constituye una excepción al primero. En tal sentido, a la compraventa inmobiliaria no se le aplica el artículo 949 del Código Civil, sino el artículo 1529 del mismo código, por contener éste una norma de excepción<sup>(39)</sup>.

Consciente de que el artículo 1529 del Código Civil no establece modo alguno para la transferencia de la propiedad inmueble, Torres afirma que dicho artículo presenta un vacío y que, por tanto, es necesario recurrir a la analogía. En esta línea de pensamiento, Torres acude al artículo 947 del Código Civil para “aplicarlo” por analogía. Considerando que este último artículo establece que la transferencia de propiedad mueble opera con la tradición, Torres concluye que la transferencia de propiedad inmueble también opera con la tradición<sup>(40)</sup>.

Finalmente, advirtiendo que su planteamiento prácticamente eliminaría del espectro normativo al artículo 949 del Código Civil, Torres considera que el mismo únicamente es aplicable a la transferencia de propiedad inmueble prevista en los contratos atípicos<sup>(41)</sup>.

#### 3.2.2 La tesis de De la Puente.

Manuel De la Puente postula su tesis hasta en tres obras distintas, publicadas todas ellas en diferentes

(34) Ibid.: pp. 83-86.

(35) Ibid.: p. 86.

(36) TORRES MÉNDEZ, Miguel. *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*. Parte I. Lima: Grijley, 1993.

(37) Ibid.: p. 143.

(38) Ibid.: p. 145.

(39) Ibid.: p. 145.

(40) Ibid.: pp. 146 y 147.

(41) Ibid.: p. 148.

épocas<sup>(42)</sup>. En estas obras, De la Puente sostiene que la transferencia de propiedad, mueble e inmueble, opera en virtud de un título y un modo.

Para sustentar su tesis, De la Puente parte del hecho que el Primer Proyecto de Código Civil redactado por la Comisión Reformadora, fue elaborado dentro de la concepción de la teoría del título y el modo. En su opinión, dicho proyecto era un todo orgánico en el cual los artículos relativos a la transferencia de propiedad eran coherentes con el artículo que definía al contrato de compraventa, pues mientras aquéllos establecían que la transferencia de propiedad operaba con la inscripción o la entrega, según se tratara de bienes registrados (llamados después inmuebles) o no registrados (llamados después muebles); este último establecía que la compraventa obligaba al vendedor a transferir la propiedad del bien<sup>(43)</sup>.

Según De la Puente, la sustitución del artículo que establecía que los bienes inmuebles se transferían con la inscripción registral por el que establece que la sola obligación de enajenar hace al acreedor propietario del bien, no puede determinar la existencia de un sistema mixto, en el cual mientras los bienes muebles se transfieran en virtud del título y el modo, los bienes inmuebles se transfieran en virtud del contrato. A su entender, la referida sustitución crea un problema que es necesario solucionar<sup>(44)</sup>.

Para encontrar el camino que lo conduzca nuevamente a la teoría del título y el modo, De la Puente recurre al artículo 1529 del Código Civil, según el cual por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien. En efecto, como quiera que el artículo en cuestión no le otorga al contrato efectos reales sino efectos meramente obligacionales, De la Puente concluye que aquél le otorga a éste la condición de título<sup>(45)</sup>.

Ahora bien, según De la Puente, como el contrato de compraventa es solamente título, es evidente que se requiere algo más para que opere la transferencia de propiedad. A su entender, en el caso de los bienes muebles ese algo más es la tradición; mientras que en el caso de los bienes inmuebles ese algo más es el artículo 949 del Código Civil, en tanto concede a la

obligación creada por el artículo 1529 de dicho código el efecto traslativo que no tenía<sup>(46)</sup>.

Para afirmar que el artículo 949 del Código Civil constituye un verdadero modo, De la Puente sostiene que la teoría del título y el modo fue construida sobre la base de las ideas de posibilidad y efectividad. La posibilidad, equiparable al contrato de transferencia, es la causa remota (título); mientras que el medio efectivo de concretar la transmisión es la causa próxima (modo). Ahora bien, según De la Puente, la tradición es sólo uno de los posibles modos, siendo perfectamente admisible que, en tanto causa próxima de la adquisición, la ley también lo sea.

### 3.3 Las corrientes realista y obligacionista a la luz de los artículos 947 y 949 del Código Civil.

Como se habrá podido advertir, las posturas de los autores que defienden las corrientes realista y obligacionista no sólo se sustentan sobre bases muy diferentes sino que además plantean construcciones en algunos casos nunca antes imaginadas por la doctrina nacional, creando de este modo un escenario sumamente complejo, en el que fácilmente se puede perder de vista a los verdaderos protagonistas de la obra: los artículos 947 y 949 del Código Civil.

Tratando de no alejar la vista de tales protagonistas, a continuación paso a analizar las posturas en cuestión, advirtiendo desde ya que mi desacuerdo con las defendidas por Bigio, Lohmann, Torres y De la Puente.

#### 3.3.1 No existe título ni modo.

La tesis de Jack Bigio, según la cual el contrato transfiere la propiedad inmueble por ser título y modo a la vez, no puede ser compartida, desde que desnaturaliza por completo la teoría del título y el modo.

Como se ha visto, la teoría en cuestión considera que el título es la causa remota de la adquisición del dominio, mientras que el modo es la causa próxima de dicha adquisición. La causa remota viene a estar constituida por el contrato en virtud del cual el enajenante asume la obligación de transferir la propiedad; mientras que la causa próxima viene a estar

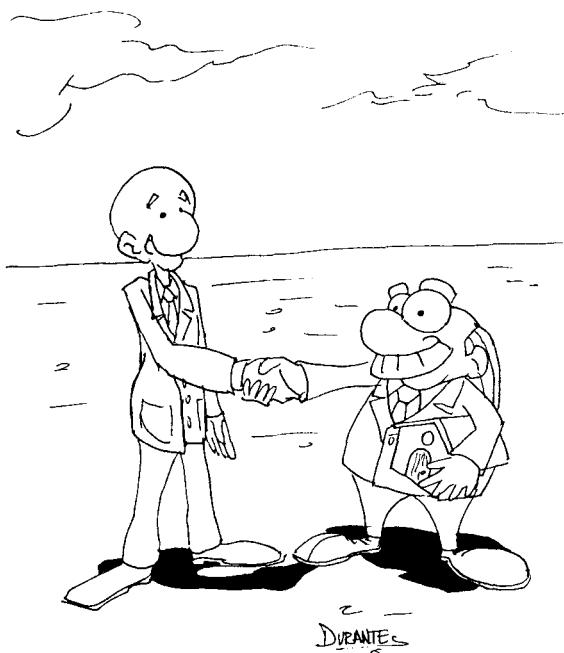
(42) Se trata de las siguientes obras: (i) *Exposición de Motivos y Comentarios. Compraventa*. En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (Compiladora). *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Parte III, Volumen VI. Lima: Artes Gráficas Industrias Avanzada, 1985; (ii) *El Contrato con efectos reales*. En: *Ius et Veritas*. Año V, Número 9. Lima, 1994; y, (iii) *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999.

(43) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios...*; p. 24.

(44) *Ibid.*; p. 24.

(45) *Ibid.*; p. 25.

(46) *Ibid.*; pp. 25 y 26.



constituida por la entrega de la cosa realizada en cumplimiento del contrato indicado.

Tomando en cuenta los postulados básicos de la teoría descrita, resulta imposible coincidir con Bigio, pues su tesis, basada en dicha teoría, no se ajusta en lo más mínimo a tales postulados. En efecto, en primer lugar, mientras la teoría del título y el modo considera que el contrato sólo crea la obligación de transferir la propiedad, Bigio considera que el contrato transfiere directamente la propiedad. En segundo lugar, mientras la teoría del título y el modo hace descansar (a través de la escisión de los elementos espiritual y material de la *traditio*) en dos hechos jurídicos la operación de transferencia de propiedad, Bigio hace descansar en un solo hecho jurídico tal operación. Como se podrá advertir, pues, existe un divorcio absoluto entre la teoría de marras y la tesis de Bigio.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expresado, y dejando de lado la equivocación en la que Bigio incurre al calificar al contrato como título y modo, es justo

indicar que su tesis tiene el mérito de captar la esencia del sistema de transferencia de propiedad inmueble adoptado por el Código Civil, al considerar que es el contrato el que directamente provoca tal transferencia.

### 3.3.2 No existe tradición (ficta).

La tesis de Guillermo Lohmann, según la cual el contrato de compraventa directamente transfiere la propiedad mueble, tampoco puede ser compartida, pues, por un lado, no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 947 del Código Civil; y, por el otro, no interpreta correctamente los alcances del artículo 1549 de dicho código, sobre el cual coloca sus cimientos.

Como se ha visto, Lohmann afirma que con la sola celebración del contrato (de compraventa) opera la tradición ficta por cambio de título posesorio, de modo que la propiedad del bien mueble queda automáticamente transferida en favor del comprador.

La tradición ficta, como se sabe, conoce dos modalidades: el *constitutum possessorium* y la *traditio brevi manu*. La primera modalidad tiene lugar cuando el transferente conserva la posesión de la cosa en virtud de un título diferente del que ostentaba antes (piénsese, por ejemplo, en el caso del propietario que vende la casa e inmediatamente la toma en arrendamiento)<sup>(47)</sup>. La segunda modalidad tiene lugar cuando el adquirente no recibe la cosa porque ya la poseía en virtud de un título diferente del que acaba de adquirir (piénsese, por ejemplo, en el caso del arrendatario que antes de que concluya el contrato de arrendamiento compra la casa)<sup>(48)</sup>.

A pesar de que Lohmann no lo indica, su tesis necesariamente supone que en toda compraventa de bienes muebles opera el *constitutum possessorium*. Ahora bien, tal como lo ha señalado la doctrina<sup>(49)</sup>, para que este tipo de tradición ficta se produzca, es necesario que se celebren dos negocios, a saber: uno en cuya virtud el enajenante se desprenda de su derecho de propiedad; y otro en cuya virtud aquél adquiera el derecho de seguir poseyendo la cosa. Si no se celebran estos dos negocios, no se produce el *constitutum possessorium*.

Tomando en consideración lo indicado, es evidente que, en contra de lo que afirma Lohmann, cuando el vendedor celebra el contrato de compraventa

(47) RUBINO, Domenico. *La Compravendita*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952. p. 355; COMPORTI, Marco. *Il Possesso, Istituzioni di Diritto Privato*. A cura di Mario Bessone. Torino: G. Giappichelli, 1999. p. 444; BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. *Diritto Civile. I Diritti Reali*. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1998. p. 364.

(48) RUBINO, Domenico. Op. cit.; COMPORTI, Marco. Op. cit.; BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. Op. cit.

(49) En tal sentido, HEDEMANN, J. W. *Tratado de Derecho Civil*. Volumen II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 64; PUIG PEÑA, Federico. Op. cit.; p. 193; PEÑA DE QUIROZ, Manuel Bernardo. *Derechos Reales*. Madrid: Universidad de Madrid, 1986. p. 39; SALVAT, Raimundo. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Tomo I. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1927. p. 85.

de un bien mueble, su título posesorio no cambia, pues no existe negocio jurídico alguno que le otorgue un nuevo título posesorio en virtud del cual pueda seguir ejerciendo los atributos de la propiedad de dicho bien. Y si su título posesorio no cambia, es claro entonces que no existe tradición ficta<sup>(50)</sup>.

Como se podrá advertir, pues, la tesis de Lohmann es inconsistente con el artículo 947 del Código Civil, pues mientras éste exige el requisito de la tradición para que opere la transferencia de propiedad mueble, aquélla supone en el fondo que dicha transferencia opera al margen del requisito indicado.

Ahora bien, sin perjuicio de lo indicado, es preciso resaltar que no resulta posible afirmar válidamente que la transferencia de propiedad opera imperfectamente. En efecto, así como resulta inadmisibles la idea de que el contrato se celebre parcialmente, de manera incompleta; también resulta inadmisibles la idea de que la propiedad se transfiera parcialmente, de manera incompleta. Así es, la transferencia de propiedad sólo se produce cuando se cumple el acto o los actos destinados a atribuir al adquirente el cúmulo de facultades que ese derecho contiene. Si no se ha cumplido tal acto o tales actos, de modo que el adquirente aún no goza de todas esas facultades, no existe transferencia de propiedad. Por consiguiente, y desde una perspectiva ontológica, una transferencia de propiedad “imperfecta” no tiene todavía la condición de transferencia de propiedad.

Sobre la base de lo expuesto, y en contra de lo afirmado por Lohmann, la obligación de perfeccionar la transferencia de la propiedad impuesta por artículo 1549 del Código Civil, lejos de ser asimilada a la *necesitas* de completar dicha transferencia (o a la de producirla o a la de entregar el bien)<sup>(51)</sup>, debe ser asimilada a la *necesitas* de realizar todos los actos necesarios para otorgar oponibilidad de la propiedad transferida<sup>(52)</sup>.

### 3.3.3 No existe relación “regla-excepción”.

La tesis de Miguel Torres, según la cual la transferencia de propiedad inmueble opera con la entrega del bien, tampoco puede ser compartida, pues va en contra de lo dispuesto por el artículo 949 del Código Civil.

Como se ha visto, la tesis de Torres se basa en una contradicción entre lo dispuesto por el artículo 1529 del Código Civil, según el cual la compraventa sólo crea la obligación de transferir la propiedad; y lo dispuesto en el artículo 949 de ese código, según el cual la compraventa transfiere directamente la propiedad. Para salvar esa contradicción, dicha tesis considera que como quiera que el primer artículo constituye una excepción al segundo, es aquél y no éste el que determina cómo se transfiere la propiedad inmueble.

La consideración de la existencia de una relación regla-excepción entre los artículos 949 y 1529 del Código Civil, sobre la cual Torres basa su tesis, es, sin embargo, apresurada e inconsistente.

En efecto, como ha sido indicado por un autorizado autor<sup>(53)</sup>, en el plano normativo, la relación regla-excepción supone la existencia de dos normas que presentan un elemento concordante y un elemento discordante. El primer elemento está representado por el supuesto de hecho, pues tanto la norma que funge de regla como la que funge de excepción tienen una *fattispecie* similar (la primera se resuelve en “si A, entonces (...)”, mientras que la segunda en “si A+a, entonces (...)”). El segundo elemento, por su parte, está representado por las consecuencias jurídicas previstas para el supuesto de hecho, pues mientras la norma que funge de regla establece ciertas consecuencias (“B”), la que funge de excepción establece otras absolutamente diversas (“c+ d”, en lugar de “B+b”).

Sobre la base de lo indicado, es claro que para sostener la existencia de una relación regla - excepción entre los artículos 949 y 1529 del Código Civil, debe

(50) Para mantener en pie la tesis de Lohmann de nada serviría afirmar que el vendedor se convierte en poseedor precario del bien, pues el cambio de título posesorio supone que tener en todo momento un título hábil para poseer el bien.

(51) Torres ha defendido la identificación de la obligación impuesta por el artículo 1549 del Código Civil con la obligación de producir o realizar la transferencia de propiedad (ver: TORRES MÉNDEZ, Miguel. Op. cit.: p. 140). De la Puente, por su parte, ha defendido la identificación de la referida obligación con la de entregar el bien al comprador (ver: DE LAPUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios...*: p. 126). Semejantes posturas, sin embargo, no pueden ser compartidas, en tanto que desconocen que el propio Código Civil, en sus artículos 1529 y 1550, obliga expresamente a producir la transferencia de la propiedad (cuando tal efecto no deriva directamente del contrato) y a entregar el bien al comprador. Atendiendo al criterio interpretativo según el cual debe preferirse la interpretación que le otorga cierto efecto a la norma en lugar de la que no le otorga alguno, no se puede aceptar que la obligación impuesta por el artículo 1549 del Código Civil tenga exactamente el mismo contenido que las obligaciones impuestas por los artículos 1529 y 1550 del mismo código.

(52) ESCOBAR ROZAS, Freddy. *En el Código Civil peruano, ¿es el contrato de compraventa el que transfiere la propiedad mueble?* En: *Ius et Veritas*. Año III, Número 5. Lima, 1992. p. 79.

(53) IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1989. pp. 48 y 49. En igual sentido, DOURADO DE GUSMÃO, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Río de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 90.

demostrarse que los mismos, teniendo un supuesto de hecho parcialmente idéntico, disponen consecuencias absolutamente divergentes.

Ahora bien, como resulta claro, el artículo 949 del Código Civil regula el fenómeno de la transferencia de la propiedad inmueble (“A”), estableciendo, como el propio Torres lo reconoce, que es el *solo consensus* el que produce dicha transferencia (“B”). En consecuencia, para que el artículo 1529 del Código Civil constituya la “disposición legal diferente” a la que alude el artículo 949 citado, aquél tendría que regular la transferencia de la propiedad inmueble en una situación especial (“A+a”), por un lado; y establecer un mecanismo absolutamente diverso del *solo consensus* para que dicha transferencia opere (“c+d”), por el otro. Sin embargo, el artículo 1529 del Código Civil ni presenta una *fattispecie* similar a la que presenta el artículo 949 de dicho código, ni establece un mecanismo de transferencia de propiedad distinto del previsto en este último artículo.

En efecto, el artículo 1529 del Código Civil simplemente define el contenido esencial del contrato de compraventa, sin contemplar una hipótesis especial de transferencia de propiedad inmueble (como sería, por ejemplo, la relativa a la transferencia de los terrenos ubicados en cierta zona de la selva). De otro lado, dicho artículo tampoco establece un mecanismo de transferencia distinto del *solo consensus*. El propio Torres es consciente de esto al advertir que el referido artículo “olvida” señalar el modo que se requiere para que opere la transferencia.

El hecho que Torres acepte que el artículo 1529 del Código Civil presenta un vacío en lo relativo al mecanismo de transferencia de la propiedad inmueble es por demás significativo, ya que, aunque el propio Torres no lo advierta, con ello termina negando la naturaleza que le endilga al artículo citado, pues ¿cómo se puede afirmar que el mismo contiene una regla excepcional cuando precisamente en la materia en la que tiene que aportar una solución diversa de la que establece la regla general, calla por completo?

Lo hasta aquí expuesto demuestra que el artículo 1529 del Código Civil no es la “disposición legal diferente” a la que alude el artículo 949 de ese mismo cuerpo normativo. En consecuencia, resulta claro que la idea de que la propiedad inmueble se transfiere con la entrega del bien transgrede abiertamente lo dispuesto

en este último artículo, de modo que no puede ser aceptada.

Sin perjuicio de lo precedentemente indicado, es importante resaltar que la tesis de Torres no conduce a eliminar la contradicción que él mismo denuncia, sino únicamente a trasladar tal contradicción a otro campo: el de los contratos atípicos. En efecto, si el artículo 949 del Código Civil hace referencia a “(...) la sola obligación de enajenar (...)”, queda claro que el contrato atípico al cual se le aplique dicho artículo tiene que establecer tal obligación a cargo de una de las partes. Por lo tanto, en el escenario propuesto por Torres también existe una norma que, en sus términos, se afilia al “principio contractual puro” y otra que se afilia a la “yuxtaposición de los principios de unidad y tradición”. En tal sentido, su solución crea una situación más absurda que la que él mismo denuncia, pues la misma supone la transferencia de la propiedad inmueble opere con la tradición o con el consenso, dependiendo si el contrato de finalidad traslativa es típico o atípico<sup>(54)</sup>.

### 3.3.4 No existen dos hechos jurídicos.

La tesis de Manuel De la Puente, según la cual el contrato sólo crea la obligación de transferir la propiedad inmueble en tanto que únicamente constituye el título de adquisición, tampoco puede ser compartida, pues, al igual que la tesis de Bigio, desnaturaliza la teoría del título y el modo.

Como se ha visto, De la Puente considera que la mera sustitución del artículo del Primer Proyecto de Código Civil que establecía que la propiedad de los bienes inmuebles quedaba perfeccionada con la inscripción registral, por el que establece que la sola obligación de enajenar hace al acreedor propietario del bien, no puede determinar el abandono de la teoría del título y el modo, claramente consagrada en el proyecto en cuestión. Partiendo de esta premisa, De la Puente encuentra la forma de que efectivamente el Código Civil no se aleje de la teoría en cuestión, asignándole al contrato (con finalidad traslativa) la condición de título; y al artículo 949 del Código Civil, la condición de modo.

Más allá de que resulta absolutamente cuestionable la premisa que informa la tesis de De la Puente, en tanto que el hecho que el proyecto referido hubiese consagrado la teoría del título y el modo, no tiene porqué ser decisivo para determinar el sistema de transferencia adoptado por el Código Civil<sup>(55)</sup>, es claro

(54) Para un mayor desarrollo, ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Reflexiones en torno a la venta de bien ajeno*. En: *Themis-Revista de Derecho*. No. 29. Lima, 1994. p. 154. Comparte la crítica, 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. Lima, 1994. p. 171, nota 79.

(55) Evidentemente, no se trata de negar que resulta útil acudir a los antecedentes e incluso a la voluntad del legislador para atribuirle un

que aquella tesis no resulta coherente con los propios postulados de dicha teoría.

En efecto, como se ha descrito, la teoría del título y el modo descompuso los elementos espiritual y material de la *traditio* para convertirlos en dos fenómenos jurídicos autónomos pero complementarios, que tenían que concurrir para que se produjera la transferencia de propiedad. Tales fenómenos eran el contrato y la entrega de la cosa.

Con el transcurso del tiempo, y debido a la influencia del BGB, la tradición dejó de ser el único modo, pues el acto de inscripción registral pasó a constituir también una “causa próxima” de la adquisición del dominio.

Ahora bien, sea que el modo esté representado por la tradición o por el acto de inscripción registral, lo cierto es que en cualquiera de los dos casos aquél constituye hecho jurídico, cuyo fundamento causal se encuentra representado por el contrato meramente obligacional.

Sobre la base de lo indicado, resulta claro que no se puede otorgar al artículo 949 del Código Civil - esto es, a una norma jurídica- la condición de modo de adquisición de la propiedad, pues el mismo no tiene la condición de hecho jurídico.

En efecto, un hecho jurídico no es otra cosa que un evento o acontecimiento producido por la naturaleza o el hombre, que se encuentra descrito en la parte hipotética de una norma con el fin de que produzca ciertas consecuencias jurídicas al momento de verificarse en la realidad<sup>(56)</sup>.

Ahora bien, el artículo 949 del Código Civil, al contemplar un hecho y asignarle una consecuencia jurídica, no hace otra cosa que convertir un “acontecimiento social” en un “acontecimiento jurídico”. Por lo tanto, el artículo de marras representa el fenómeno que “juridiza” el hecho y no el hecho “juridizado”<sup>(57)</sup>. Por lo tanto, bajo los postulados de la teoría del título y el modo, que hace descansar en dos hechos jurídicos el fenómeno traslativo, aquél no puede tener la condición de modo.

Evidentemente, la objeción anotada podría ser dejada de lado sobre la base de un nuevo entendimiento de la teoría del título y el modo, que ignore sus postulados básicos y despoje al modo de su esencia original. En tal caso, sin embargo, y sólo para guardar la coherencia, tendría que aceptarse que así como el artículo 949 del Código Civil constituye el modo de adquisición de la propiedad inmueble, el artículo 947 de dicho código constituye el modo de adquisición de la propiedad mueble. Con ello, o la tradición perdería su carácter de modo o la misma estaría acompañada por este último artículo, de suerte que existirían dos modos para la transferencia de la propiedad mueble.

Habida cuenta, sin embargo, de que De la Puente sigue considerando como modo de adquisición de la propiedad mueble a la tradición y no al artículo 947 del Código Civil, su idea de que el artículo 949 de este cuerpo normativo constituye el modo de adquisición de la propiedad inmueble resulta errada, pues ni siquiera se ampara en una nueva concepción de la teoría del título y el modo.

#### 4 La convivencia del principio del *solo consensus* con la teoría del título y el modo.

En las líneas precedentes no me he pronunciado sobre la tesis de Forno. Y ello porque en realidad estoy plenamente de acuerdo con la misma. Por tal motivo, y con las excusas del caso, hago más, si es que esto es posible, las razones por las que él considera que, a la luz del Código Civil, el contrato transfiere directamente la propiedad inmueble. Sin perjuicio de ello, y partiendo de lo que establecen los artículos 947 y 949 del Código Civil, quiero agregar algunas cuantas ideas para terminar de delinear la existente relación entre contrato y transferencia de propiedad al amparo de lo establecido por dicho código, para así determinar a qué régimen de transferencia de propiedad se afilia.

El artículo 947 del Código Civil establece que “(l)a transferencia de propiedad de una cosa mueble

sentido u otro a las normas jurídicas. Pero de ahí a considerar que la sustitución de uno de los artículos contenidos en el proyecto indicado no puede determinar que el régimen contenido en el mismo haya sido abandonado por el Código Civil, hay un paso que no puede ser dado de manera apriorística. Por ello, el problema denunciado por De la Puente en realidad no existe, pues nada impide que efectivamente el Código Civil adopte, con independencia de lo que haya querido la Comisión Reformadora, un sistema mixto de transmisión de la propiedad.

(56) BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 6; GALGANO, Francesco. *El Negocio Jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. p. 21; PATTARO, Enrico. *Elementos para una Teoría del Derecho*. Madrid: Debate, 1991. pp. 48 y ss.

(57) De acuerdo, aunque en términos abstractos: BERDARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do Fatto Jurídico (Plano da Exisência)*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 19. Evidentemente, esto no significa que la aprobación de una norma jurídica (por el poder estatal correspondiente) no tenga la naturaleza de hecho jurídico.

determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente”. Como resulta claro, este artículo, al emplear el término “acreedor”, supone la existencia de una obligación previa al acto de entrega, que fundamenta y justifica a este último. Habida cuenta de que esto es así, es decir, de que el artículo transcrito exige la concurrencia de una obligación (creada por un contrato con finalidad traslativa, se entiende), “causa remota”; y de un acto de entrega, “causa próxima”, se puede afirmar, en línea de principio, que el Código Civil recoge, para la transferencia de la propiedad mueble, la teoría del título y el modo.

Lo que se acaba de afirmar merece, sin embargo, la siguiente precisión. Como resulta evidente, la tradición ficta por cambio de título posesorio es una ficción legal<sup>(58)</sup>, en tanto que considera producido un desplazamiento físico que en realidad no ha existido. En efecto, la *traditio brevi manu* y el *constitutum possessorium* no suponen la realización de hecho jurídico alguno. Cuando se presentan, el desplazamiento físico de la cosa no existe, aunque el ordenamiento, por una ficción (atribuible a la reacción que la transmisión consensual despertó en el legislador francés que redactó el *Code*), lo considere efectuado. Ahora bien, cuando la transferencia de la propiedad mueble se produce al “amparo” de dicha tradición, es obvio que el contrato resulta ser el único hecho jurídico que se requiere para operen los artículos 902 y 947 del Código Civil. En tal sentido, el efecto jurídico dispuesto por tales artículos tiene que ser atribuido directamente el contrato<sup>(59)</sup>.

Por lo tanto, si bien es cierto que el Código Civil recoge la teoría del título y el modo para el caso de la transferencia de propiedad mueble, ésta sólo juega en los casos en los que dicha transferencia se perfecciona con la tradición real.

El artículo 949 del Código Civil, por su parte, establece que “(l)a sola obligación de enajenar un inmueble determinado hacer al acreedor propietario del mismo, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”. Como resulta claro, este artículo, lejos de adoptar la teoría del título y el modo, le otorga al contrato (de finalidad traslativa) la virtualidad de transferir directamente la propiedad<sup>(60)</sup>.

En efecto, tomando en consideración el hecho que el artículo 949 del Código Civil no requiere la existencia de otro acontecimiento distinto del consentimiento de las partes para que opere la transferencia de propiedad inmueble, resulta evidente que hay que atribuirle a tal consentimiento la consecuencia jurídica prevista por dicho artículo.

A la conclusión indicada no puede oponerse, como lo han hecho Osterling y Castillo<sup>(61)</sup>, la consideración de que 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, pues, bien visto el asunto, tal obligación no existe<sup>(62)</sup>. En efecto, todas las teorías existentes sobre la naturaleza de la obligación han reconocido invariablemente que la prestación resulta ser un elemento esencial de la misma<sup>(63)</sup>. De hecho, Osterling y Castillo también

(58) En palabras de Hernández Marín, las ficciones legales, al igual que las definiciones legales, son enunciados jurídicos cualificatorios, esto es, enunciados que no son susceptibles de verdad o falsedad (al establecer un enunciado jurídico cualificador, el legislador no pretende afirmar o negar algo). Ahora bien, si hipotéticamente las ficciones legales fuesen aserciones, esto es, enunciados susceptibles de verdad o falsedad, las mismas serían patentemente falsas (ver: HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998. p. 284).

(59) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen III. Madrid: Civitas, 1995. p. 776.

(60) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. cit.: p. 173.

(61) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Primera Parte, Tomo I. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1994. p. 425.

(62) Como magistralmente lo ha notado Forno, el hecho que el artículo 949 del Código Civil contemple una “obligación de enajenar” que en realidad no existe, encuentra su explicación en las circunstancias históricas que rodearon al legislador francés al momento de redactar el artículo 1138 del *Code*. En efecto, en un primer momento, en Francia la transferencia de propiedad se realizó mediante la entrega física de la cosa, tal como lo dictaba la teoría del título y el modo. En un segundo momento, sin embargo, dicha entrega fue sustituida por la cláusula *dessaisine-saisine*, suscrita por las partes ante notario. El uso de la cláusula en cuestión determinó que en la práctica se entendiera que la transferencia de la propiedad operaba por el *solo consensus*. Ahora bien, cuando el legislador francés tuvo que redactar el *Code*, se encontró con un dilema, pues, por un lado, la costumbre y los defensores del *iusnaturalismo*, para los cuales la omnipotente voluntad debía ser capaz de transferir directamente la propiedad, le exigían adoptar el principio del *solo consensus*; y, por el otro, los defensores de la tradición romana le exigían adoptar la noción de contrato como convención productora de obligaciones. Ante tal situación, en lugar de optar por una solución honesta que hubiese implicado el abandono del principio del *solo consensus* (en aras de la noción de contrato como productor de obligaciones) o de la teoría del título y el modo (en aras de la noción de contrato como creador de efectos reales), el legislador francés, mediante un artificio, una triquiñuela jurídica, quiso satisfacer a unos y otros. En efecto, influido por Pothier, el referido legislador estableció en el artículo 1.101 del *Code* que el contrato sólo producía obligaciones. Seguidamente, sin embargo, estableció en el artículo 1.138 del *Code* que la sola obligación de dar convertía al acreedor en propietario. Con tal modo de actuar, el legislador francés entendió haber encontrado la fórmula perfecta para recoger los postulados básicos de las corrientes contrapuestas (ver: FORNO FLÓREZ, Hugo. Op. cit.: pp. 80 y 81).

(63) La teoría subjetiva (Savigny, Windscheid); la teoría realista (Köppen, Schott, Brinz); la teoría del deber libre o de la carga (Binder,

reconocen tal cosa, al afirmar que la prestación, en tanto objeto de la obligación, constituye, junto con los sujetos, el vínculo y la causa, uno de los elementos de aquella relación jurídica<sup>(64)</sup>.

Ahora bien, si la prestación, elemento de la obligación, es, como lo aceptan expresamente Osterling y Castillo<sup>(65)</sup>, una conducta (que tiene que desarrollar el deudor para satisfacer el interés del acreedor)<sup>(66)</sup>, resulta claro que la “obligación de enajenar” prevista en el artículo 949 del Código Civil carece de dicho elemento, pues este artículo no contempla conducta alguna (a ser ejecutada por el supuesto deudor en favor del supuesto acreedor) que le sirva de contenido a tal “obligación”.

Tomando en cuenta lo indicado, esto es, que la prestación es un elemento esencial de la obligación (que determina que ésta se distinga de otro tipo de relaciones patrimoniales, como las de sujeción, por ejemplo) y que la misma se resuelve en una conducta (positiva o negativa), resulta evidente que la “obligación de enajenar” recogida en el artículo 949 del Código Civil no existe. Sostener lo contrario, esto es, que dicha obligación sí existe (para de ahí afirmar que es ella la que provoca la transferencia de la propiedad inmueble),

daría pie a admitir, por un mínimo de coherencia, la idea de que la relación jurídica a la que denominamos obligación pueda surgir sin sujetos, sin vínculo o sin causa.

Como quiera, sin embargo, que nadie se ha atrevido siquiera a plantear la posibilidad de discutir la referida idea, no queda sino aceptar que la “obligación de enajenar” contemplada en el artículo 949 del Código Civil, al carecer de prestación, esto es, de uno de los elementos que conforman a toda obligación, no es más que una construcción artificial, sin contenido, sin valor jurídico. Por tanto, el efecto jurídico previsto en el artículo en cuestión tiene que ser atribuido al contrato (con finalidad traslativa), en tanto que éste es el único hecho que se produce en la realidad antes de que opere tal efecto.

Aunque no es decisivo para aceptar la validez de la conclusión anotada, resulta de algún modo orientador el hecho que la doctrina comparada, al comentar los alcances del artículo 1.138 del *Code*, cuyo texto es perfectamente asimilable al del artículo 949 del Código Civil, concluya que aquél consagra el principio del *solo consensus*<sup>(67)</sup>.  $\square$

Brunetti); la teoría del débito y la responsabilidad (Rocco, Pacchioni, Gangi); la teoría del bien debido (Nicolò); la teoría de la tolerancia (Carnelutti); la teoría neosubjetiva (Cascio, Giorgianni); y la teoría de la integración (Barassi, Hernández Gil) han admitido a la prestación como elemento de la obligación, aunque, claro está, le han otorgado también roles y posiciones diversas.

(64) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Op. cit.; p. 139.

(65) Según Osterling Parodi y Castillo Freyre, la prestación “(...) está constituida por la conducta en cuya observancia estriba el deber del obligado. Esta conducta, a través de la cual el deudor satisface un interés del acreedor, puede consistir en la entrega de un bien, prestar un servicio o abstenerse de realizar una acción”. *Ibid.*; p. 145.)

(66) VONTUHR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I. Madrid: Reus, 1934. p. 33; DE RUGGIERO, Roberto y MAROI, Fulvio. *Istituzioni di Diritto Privato*. Volumen II. Milano: Casa Editrice Giuseppe Principato, 1947. p. 4; SCUTO, Carmelo. *Istituzioni di Diritto Privato*. Volumen III. Napoli: Libreria Internazionale Teves di Leo Lupi, 1955. p. 12; LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo III. Barcelona: Bosch, 1977. p. 253; CRISTOBAL MONTES, Ángel. *La Estructura y los Sujetos de la Obligación*. Madrid: Civitas, 1990. p. 157.

(67) En efecto, consideran que el artículo 1.138 del *Code* adopta el principio del *solo consensus*: OSTI, Giuseppe. *Contratto en Novissimo Digesto Italiano, diretto da Antonio Azcara e Ernesto Eula*. Volumen IV. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1959. p. 468; BIANCA, Massimo. *La Vendita e la Permuta*. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1972. pp. 72 y 73; CHIANALE, Angelo. *Obbligazione di Dare e Trasferimento della Proprietà*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990. p. 76; LARROUMET, Christian. *Teoría General del Contrato*. Volumen II. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1993. p. 185; PUIG BRUTAU, Federico. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III, Volumen I. Barcelona: Bosch, 1994. p. 307; BADENES GASSET, Ramón, *El Contrato de Compraventa*. Tomo I Barcelona: Bosch 1995. p. 17; CUENA CASAS, Matilde. Op. cit.; p. 89.