

LA BUENA FE EN LA CONCURRENCIA SOBRE BIENES INMUEBLES

Gastón Fernández Cruz

“(. . .) La labor del jurista no puede ser equiparada a la del químico en su laboratorio, ni a la del matemático en su gabinete.

Su misión no consiste en descubrir nuevos conceptos, ni el formular construcciones inéditas. Su misión es hallar las normas que mejor se adapten a una realidad vital, dentro de la suprema aspiración hacia la Justicia, como última razón de ser del Derecho (. . .)”.

Joaquín Garrigues

I. INTRODUCCION

El presente trabajo representa una apretada síntesis de la tesis titulada “El Papel de la buena fe en la transferencia de la Propiedad Inmueble”, con la que el autor optó el grado de Bachiller en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú en diciembre de 1984. Su pretensión no es otra que dejar claramente establecido el rol que representa la buena fe dentro de un sistema consensual de transferencia de la propiedad, cuando el derecho se enfrenta a una situación de excepción ante sucesivas transferencias, realizadas por un mismo sujeto; sin olvidar que estrictamente el problema materia de nuestro análisis debe ser enfocado como una concurrencia de acreedores que pretenden gozar de los efectos obligacionales contraídos: la entrega de un mismo bien inmueble. Este problema, pese a sus grandes vinculaciones con los derechos reales y el derecho registral, debe pues ser enmarcado en el campo

en que efectivamente se presenta: en el derecho de las obligaciones. Es aquí que el derecho, como la ciencia social de las opciones, pretende dar una salida excepcional, a un problema también de excepción, otorgando el goce de los efectos obligacionales al acreedor que haya logrado inscribir su título, por encima inclusive de acreedores con títulos de fechas más antiguas. Ello —como veremos— reposa en tres razones básicas que intentaremos fundamentar a lo extenso del presente trabajo:

1. Porque la buena fe debe siempre ser tutelada.
2. Por un criterio de seguridad jurídica.
3. Porque el acreedor diligente debe ser protegido.

II. *EL PRINCIPIO JURIDICO DE LA BUENA FE*

2.1 *Naturaleza Jurídica del concepto de buena fe*

El problema que representó para el Positivismo Jurídico el qué hacer con nociones de contenido más filosófico que jurídico, pero de indudable trascendencia en el campo de este último, no se agotó en esta corriente jurídica.

Es más, de un rigorismo extremo formal se pasa a un “positivismo atenuado”, en donde conceptos como la buena fe, los usos del comercio y las buenas costumbres, por ejemplo, representan mecanismos de filtración de la realidad.

Sin embargo, nociones como la honestidad al obrar, la confianza, el engaño y el abuso—sólo para citar las que directamente estarán relacionadas con nuestras afirmaciones—, fueron conceptos contrapuestos y presentes aún mucho antes de que esta corriente intentara crear un hermetismo institucional sobre la base de exclusivas normas positivas. De hecho en la antigua Grecia, su contenido altamente filosófico fue resaltado, y aún en la misma Roma el contenido ético-filosófico de estos conceptos no desaparece (1).

(1) La “bona fides” romana, se desprende del concepto general de “fides”, entendida más bien como la base de toda felicidad humana. Sin embargo, no debemos dejar de reconocer que la buena fe en Roma, “ya se había desprendido de la moral y de la costumbre para disciplinar las relaciones sociales y penetrar en los dominios del derecho”. En Alsina Atienza, Dalmiro. *Efectos Jurídicos de la Buena Fe*. Talleres Gráficos Argentinos L.J. Rosse. Buenos Aires. 1935. Pág. 1.

Con la Edad Media y la pérdida de identidad del Derecho a través de la configuración del “Derecho Sagrado”, el contenido moral de las nociones antedichas pierden la “esencia jurídica” que se les había agregado en Roma, volviéndose una vez más conceptos puramente éticos, hasta que se comprende que “el Derecho tiene que distanciarse del poder y la religión porque de otra manera no podría alcanzar su objetivo de formular y mantener reglas generales sin ambigüedades (2). Aquí, con el advenimiento de lo que gruesamente podríamos catalogar como “Derecho Moderno”, marcado fundamentalmente por el Pandectismo, se comprende que todas estas ideas de contenido ético-filosófico positivo: honestidad, confianza, honradez, etc., pueden ser encuadradas dentro de lo que debe ser entendido como bueno en un campo estrictamente ético y filosófico, pero queda claro que lo “filosóficamente bueno” no coincide necesaria y totalmente con lo que debemos entender como “jurídicamente bueno”. Como bien señala Espert (3), este último concepto se circunscribe al arbitrio y al uso: Esto es, al cómo actuar y al cómo se actúa, a la intención de hacer y a lo que se hace.

Si lo bueno, entendido en su acepción jurídica, nos remite al pensar y al actuar, no puede entonces estar separado de la intención y creencia de obrar bien. Son en sí mismo un solo concepto que, como lo enuncia el Profesor Donati, da nacimiento a lo que entendemos hoy por el principio jurídico de la buena fe (4).

Pero, ¿es la buena fe realmente un principio jurídico como afirma Donati o puede revestir algún otro “ropaje jurídico”? Hasta este instante, los únicos elementos de juicio que poseemos,

-
- (2) Trubek, David. “Max Weber: El Derecho y el Surgimiento del Capitalismo”. En *Materiales de Enseñanza del curso de Filosofía del Derecho*. Fernando de Trazegnies. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1973. Pág. 118.
 - (3) Espert Sanz, Vicente. *La Frustración del fin del Contrato*. Editorial Tauros. Madrid. 1968. Pág. 118.
 - (4) Donati en Alsina Atienza, Dalmiro. Ob. Cit. Pág. 3. Dice Donati: “. . . de este elemento de la buena fe, de un pensar y obrar bien, deviene un elemento técnico del derecho: se llama el principio de la buena fe; y es reconocido en la base de los ordenamientos jurídicos, como principio general. . .”

respecto a la noción de buena fe, es que jurídicamente es perfectamente diferenciable de su aspecto puramente moral, consistiendo en la consciencia de la legitimidad de un derecho. De allí, para afirmar o negar su carácter de principio jurídico debemos previamente entender esta noción por contraposición a otros conceptos. Así, Esser (5) señala que “un principio jurídico no es un precepto jurídico ni una norma en sentido técnico, en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o supone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones. Los principios jurídicos a diferencia de las normas de Derecho, son contenido en oposición a forma, aunque el uso de esas categorías aristotélicas no debe inducirnos a pensar que la forma sea lo accesorio de algo esencial”. Dicho en otras palabras, el concepto de principio jurídico es claramente distinto al de norma jurídica y sólo se vincula a éste cuando el principio se vuelve parte integrante de la norma. Ello a su vez, no quiere decir que un principio jurídico sólo exista en tanto es recogido en un precepto legal; su existencia es independiente, pudiendo materializarse en la interpretación judicial, por ejemplo.

Si el concepto actual de buena fe supone una noción moral pero que se transforma en noción jurídica, debemos entender esa “juridicidad” como la capacidad de variar situaciones pre-existentes, también calificadas como jurídicas, que sólo se determina en la objetividad de su manifestación: el conocimiento o desconocimiento de hechos, la certeza de haber obrado –o creído obrar– con justicia.

Sin embargo, el señalar que un principio es jurídico, en tanto su invocación determine modificar situaciones jurídicas pre-existentes, ha llevado a algunos autores –Sacco y Romano entre otros– a afirmar que en realidad la buena fe es un hecho jurídico. Para ser tal, sabemos tienen que cumplirse dos condiciones:

– Que el acontecer, y el actuar de buena fe lo es, se adecúe al

(5) Esser, “Principio y Norma”. Citado en De los Mozos, José Luis. *El Principio de la Buena Fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1965, pág. 36.

supuesto de una norma (6).

- Que se modifique una situación jurídica pre-existente.

De los Mozos (7) no se muestra totalmente reacio a aceptar esta posición doctrinaria, pese a reconocer a la buena fe como un principio jurídico, máxime si él considera que ésta es una noción de aplicación particular y no general. Así, en la medida que una norma recoja la previsión de la buena fe, se habrá —en ese caso concreto— producido la “fattispecie”. Bastaría que se verifique el segundo, que se modifique una situación jurídica pre-existente, para configurar un hecho jurídico. Repárese que ello casi siempre se dará fundamentalmente cuando la buena fe adopte la forma conocida como “buena fe-creencia” (8); sirva de ejemplo el artículo 948º del Código Civil de 1984: “...Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo (...)”.

En el precepto transcripto, obviamente la tenencia de la buena o mala fe, será determinante para configurar como nuevo propietario al que reciba la posesión de alguien que no es propietario de la cosa mueble (obviamente si es propietario el que le entrega la cosa, la buena fe del adquirente es irrelevante) y evidentemente se habrá modificado una situación jurídica pre-existente: alguien deja de ostentar el derecho de propiedad, que pasa a un nuevo sujeto, configurándolo como nuevo propietario de la cosa mueble.

Pese a lo expuesto, personalmente creemos que la circunstancia de que la buena fe pueda ser recogida en un precepto legal, no la cataloga como hecho jurídico. Ello por una sencilla razón, que pese a su simpleza, es determinante: un hecho jurídico para ser tal, debe partir de la realización de un acontecer, de un hecho. co-

(6) Esta “adecuación” de un hecho concreto a la previsión de una norma es conocida en la doctrina como “fattispecie” o “tabestand” para los alemanes.

(7) De los Mozos, José Luis. Ob. Cit. Pág. 39.

(8) . . . o “subjetiva” como prefieren llamarla otros autores, entre ellos: De los Mozos y Gatti. En cuanto a la noción misma y alcances de “la buena fe-creencia”, ver el punto referente a “los tipos de buena fe” en el presente trabajo.

mo su propio nombre lo indica, y la buena fe no es un acontecer; el actuar de buena fe sí lo será, y ello sí podrá a su vez configurar situaciones calificables de hechos jurídicos.

Pero la buena fe, así, como concepto, no. La buena fe “inspirará” situaciones que se materializarán en hechos jurídicos, pero ella misma no es tal.

Si la buena fe no constituye un hecho jurídico, nos enfrentamos a la posibilidad de reafirmar su carácter de principio. Para ello, sin embargo, es necesario que previamente opongamos esta noción, a la de “standard jurídico”, que es en donde se presentan las más serias complicaciones:

Espert, siguiendo a Betti (9) señala —refiriéndose fundamentalmente al aspecto contractual— que la buena fe puede ser considerada desde dos puntos de vista:

- Uno primero negativo, y en donde puede hablarse de buena fe en el sentido de lealtad y rectitud exigida, para evitar la lesión de un interés ajeno.
- Uno segundo positivo, y en donde “la buena fe muestra toda su importancia como “standard jurídico”.

Ya Betti por su lado (10) calificaba a la buena fe como standard expresamente.

La noción de standard, más que con nuestro sistema se identifica con el anglosajón. En palabras de Esser, son “normas que hacen alusión al “sentido común”, a las concepciones y conducta del tráfico “normal” (11).

(9) Espert Sanz, V. Ob. Cit. Pág. 122 y sgtes.

(10) Betti, E. “Curso de Derecho Civil Comparado de las Obligaciones” (“Cours de Droit Civil Comparé des Obligations” 1957-58). En Espert Sanz, V. Ob. Cit. Pág. 123.

(11) Esser, en De los Mozos. Ob. Cit. Pág. 58.

Quizás nosotros debiéramos llamarlas “pautas” o “directrices”. Roscoe Pound (12) refiere que tres son las características que pueden observarse en ellas:

1. Todas ellas incluyen un cierto juicio moral sobre la conducta: debe ser “recta”, o “según la consciencia”, o “razonable” o “prudente” o “diligente” quien actúa; esto es, que la conducta de quien realiza actos, debe ajustarse a los requisitos de la pauta o standard.
2. No requieren un preciso conocimiento legal, aplicado con precisión, sino el sentido común sobre cosas cotidianas, o una intuición disciplinada sobre cosas que caen fuera de la experiencia común (13).
3. No se formulan de manera absoluta ni se les da un contenido exacto, ya sea que provengan de la propia legislación o de las decisiones judiciales, sino que son relativas a las épocas, lugares y a las circunstancias.

Así pues, la idea de estar presente ante una medida, patrón, tipo o modelo (14) y del probable carácter general, no debe llevarnos a confundirlo con el “principio jurídico” según De los Mozos. Para este autor, “el principio descansa en sí mismo tanto si es una máxima, como si es un axioma. En cuanto tal, no procede de una determinada concepción, ni suministra criterios. El “standard” proporciona un criterio por el procedimiento de remitir a las concepciones vigentes de lo que es valor, deber o diligencia, o también por inclusión de un concepto valorativo que ha de ser sustanciado a discreción del Juez. En cambio en modo alguno se trata tampoco aquí de una estimación libre, sino que siempre se hace remisión a

(12) Pound, Roscoe *Introducción a la Filosofía del Derecho*. TEA. Buenos Aires, 1972, pág. 80 (traducción al castellano de “An Introduction to the Philosophie of Law”. New York, 1945).

(13) De allí la afirmación de Esser, que antes hemos reseñado.

(14) ... y de hecho, ésta es la definición de standard que adopta Cabanellas en su obra *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta, Buenos Aires. 15 Edición. Tomo III, pág. 581 y Tomo VII, pág. 518.

las valoraciones que priman en los respectivos círculos del tráfico” (15).

Por su lado, Badenes Gasset (16), considera que el standard se diferencia de la norma jurídica y del principio de Derecho. De la primera, por la tipicidad de los casos en que se aplica y las soluciones que ofrece, cosa que no sucede con el standard. Y del principio, porque éste es una abstracción lógica sobre los datos que nos ofrece el mismo Derecho positivo.

Nótese una ligera contradicción entre las afirmaciones citadas de De los Mozos y Badenes Gasset. Ello nos servirá de base para entrever lo sutil y poco consistente que es el tercero en el cual nos desenvolvemos en este instante. Para el primero de los nombrados, si el principio descansa en sí mismo y no procede de una determinada concepción, en tanto la buena fe se limita a actuar una idea moral, que recibe una instrumentación diferente en el ordenamiento jurídico, será sin duda alguna un principio. Pero en tanto se proporcione un criterio —y la buena fe “manifestada” en el terreno de las obligaciones lo hace con el criterio de reciprocidad— será un standard; de tal manera que lo que vendremos a llamar buena fe probidad si constituirá un standard (17).

Más coherente en todo caso nos parece lo afirmado por Espert, quien siguiendo a Badenes (18) señala que la buena fe constituye un standard jurídico o criterio guía de conducta, porque siempre esta noción está por encima de la norma y del principio, al constituir una directiva que guía al juez en la administración del Derecho. En tal sentido, no trata de sentar un principio de aplicación múltiple, sino que señala el camino, dirección y conducta que en Justicia se debe observar.

(15) De los Mozos. Ob. cit. pág. 54.

(16) Badenes Gasset. R. en Espert. Ob. cit. Pág. 122.

(17) De los Mozos, Ob. Cit. Pág. 54.

(18) Badenes Gasset define al standard jurídico como “un correctivo, complemento o suplemento de la norma jurídica, que pretende resolver el conflicto que se suscita entre la necesidad de asegurar y estabilizar las relaciones jurídicas y la de adaptar el Derecho a las condiciones sociales de cambio continuo. . .”. En Espert. Ob. Cit.

Sin embargo, que afirmemos que esta posición nos parezca más “coherente”, no significa que la compartamos. Nosotros pretendemos ser mucho más modestos en nuestra afirmación y creemos que hay determinadas nociones o conceptos pertenecientes al Derecho Anglosajón que no tienen correlato en el sistema Romano-Germánico, y que si lo poseen, son llamados bajo otro nombre, de tal manera que si yuxtaponemos planos, se corre el riesgo de confundir conceptos.

Si toda interpretación jurídica parte de la interpretación literal en donde el análisis gramatical representa el “primer peldaño”, realicémoslo:

Standard es una palabra anglosajona, que al introducirse a nuestro idioma puede ser entendida como tipo, modelo, patrón, nivel.

Principio, sí es una palabra castellana que significa “base, fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia; causa primitiva o primera de una cosa, o aquello de que otra cosa procede de cualquier modo” (19). Es más, el propio Diccionario de la Lengua Española define el vocablo “principio de Derecho”: . . . norma no legla, supletoria de ella, y constituida por Doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales.

Cabanellas, recogiendo prácticamente esta definición entiende de la voz “principio” como primer instante del ser, de la existencia de una institución o grupo; razón, fundamento, origen; causa primera; máxima, norma o guía. En plural: los principios son las bases o rudimentos de una ciencia o arte (20).

Repárese que en cuanto contenido, máxima o guía, difiere poco o nada de las voces modelo, tipo, patrón.

Con lo hasta aquí expresado, hemos querido llegar al extremo de afirmar que la función que un principio jurídico cumple en

(19) *Diccionario de la Lengua Española*. Editorial Espasa. —Calpe S.A. 20^o Edición. Madrid 1984.

(20) Cabanellas, Guillermo, *Ob. Cit.* Tomo VI. Pág. 412.

nuestra familia de Derecho, es similar a la que cumple la noción jurídica de standard en el derecho Anglosajón. Cualquier disquisición en torno a diferencias sustantivas entre los significados de ambos vocablos es meramente teórica y hasta de repente figurativa.

Para nosotros pues, la buena fe representará un principio jurídico: Principio en cuanto vale en sí mismo como un modelo, patrón o guía, y Jurídico porque cuando es recogido por el Derecho suministra criterios de valorización y/o cambios de situaciones pre-existentes. Pero, aun nos queda en cuanto a este punto, algo que dilucidar: Si estamos admitiendo a la buena fe como un principio jurídico, ¿es de carácter general o particular?

De plano, deseamos la calificación general que le dan algunos autores, precisamente por confundir el concepto moral de buena fe con el jurídico (21), el quid del asunto se presenta en razón de donde quiera mirarse: desde el punto de vista material o el formal. Así, la buena fe se integra al orden jurídico de diferentes maneras, fundamentalmente referido a si el texto legal lo integra como una cualidad de creencia o confianza o, por el contrario, como una regla de conducta. Para De los Mozos, “es precisamente esta diferente incorporación al ordenamiento jurídico la que confiere a la buena fe su forma jurídica”, que determina a su vez la variación en la aplicación a casos concretos (22). Pero como él mismo reconoce, ello no varía en cada caso, el contenido material de la buena fe, que es una sola.

En tal sentido, creemos que en realidad nada impide que afirmemos el carácter general de la buena fe, siempre y cuando nos sujetemos a dos condiciones básicas:

- Que nos refiramos asimismo al contenido material del concepto, que pese a sus múltiples modos o formas de presentarse en el ordenamiento jurídico, no varía: El concepto jurídico de buena fe es uno solo, e implica el creer en la legitimidad de un derecho, sea a través del conocimiento o desconoci-

(21) Entre ellos: Coviello y Jonesco.

(22) De los Mozos, Ob. Cit. págs. 29 y 40.

miento de hechos, como la certeza de haber obrado —o creído obrar— conforme a Derecho; estos dos últimos aspectos, serán sólo manifestaciones o formas que pueda adoptar el concepto jurídico de buena fe. Imaginemos por un momento una moneda, con su anverso y reverso claramente diferenciados; cara y sello; ambos son parte de una sola y única moneda. Por más que se juegue al azar con ella y en determinado momento salga cara o sello, ello será circunstancial y no variará en absoluto a la moneda, que seguirá siendo la misma. Igual sucede con el concepto jurídico de buena fe: que unas veces se manifieste como buena fe-creencia y otras como buena fe-probidad, en absoluto altera su esencia, que es una sola.

Problema aparte será el de dilucidar si el afirmar el carácter general de la buena fe como principio jurídico, puede llevar a entender este concepto como un principio General de Derecho: Messineo (23) afirmaba que, cuando el juez recurre a los Principios Generales del Derecho, lo que hace es ir abstrayendo hasta el punto de no poder dar un paso más; ese último “paso” representa el reconocer que la determinada norma, se inspira en un determinado Principio General.

No vamos aquí a hacer referencia al sin número de significados que se ha pretendido atribuir a este concepto, tales como los principios jurídicos Romanos o los del Derecho Natural, o considerarlo sinónimo de Derecho Científico o Derecho Universal Común, nociones tan genéricas como vacías (24). Sí en cambio, haremos referencia a una afirmación del Del Vecchio en el sentido que su in-

(23) Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1979. Tomo I. págs. 111-112.

(24) En todo caso: Del Vecchio en *Los Principios Generales del Derecho*: . . . son aquellas reglas que la razón humana deduce de la naturaleza de las cosas y sus mutuas relaciones. También Sánchez Román: “. . . son las máximas o axiomas jurídicos recopilados de las antiguas compilaciones”; Burón: “. . . los dictados de la razón admitidos legalmente como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento”.

Hoffman: “. . . una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el Juez”. Ulpiano: “. . . son tres: vivir honestamente, no perjudicar a otro, y dar a cada quien lo suyo. . .”. Todos en Cabanellas, Ob. cit. tomo VI, pág. 417.

También: Borda, Guillermo: “. . . los principios superiores de justicia

vocación alude a “los principios que pueden recabarse por medio de un proceso de generalización de las normas ya existentes” (25), sin olvidar que en sí mismo el recurso a los Principios Generales del Derecho, constituye un método de Integración Jurídica e invocable incluso en defecto de la analogía. En este sentido los Principios Generales del Derecho vienen también a constituir modelos o guías, de conducta incluso, en los cuales se inspira todo el ordenamiento positivo. Así, si son también “tipos”, ¿por qué la buena fe no puede ser considerada como uno de ellos? —De hecho, no hay respuesta tajante a ello, desde que un sin número de autores la consideran como tal, pero si pretendiéramos encontrar una diferencia entre ambos conceptos, lo enunciaríamos de la siguiente manera:

Los Principios Generales del Derecho constituyen un “modelo a seguir”. En tal sentido, la buena fe vendría a ser sólo un principio jurídico de alcance general, en los términos que ya hemos explicado, pues no representa en sí mismo una exigencia (26), sino un modelo en “sí mismo y por sí mismo”.

Diferente en cambio sería si transformáramos esa “noción neutra” en una exigencia:

radicados fuera del Derecho Positivo, por donde este concepto se vincula con la idea del Derecho Natural”. En *Manual de Derecho Civil*. Parte General, Editorial Perrot. Buenos Aires, 8a. Edición. Pág. 65.

También: Borsari: “. . . normas sentadas por la recta razón, inspiradas en el sentimiento de equidad”; Scaevola, M.: “. . . verdades jurídicas universales, a modo de axiomas jurídicos”; Bensa: “. . . son los que sirvieron al legislador de guía para estatuir las reglas del Derecho Positivo, los principios fundamentales informadores del sistema jurídico adoptado por el legislador”; Stolfi: “. . . las bases fundamentales sobre que se apoya la legislación, por lo que son connaturales al ordenamiento jurídico vigente, aun sin estar formulados en ningún sitio”. En De Diego, Felipe Elemento. *Instituciones de Derecho Civil*. Artes Gráficas San Martín. Madrid. 1959.

(25) Del Vecchio, Giorgio. Ob. Cit.

(26) De esto se valdrá por ejemplo Ripert para afirmar que la buena fe, por sí misma no produce efectos jurídicos, pues constituye lo normal en la vida jurídica. Para él, sería la mala fe la que, alejándonos del “derecho común”, torcería el curso habitual de los fenómenos jurídicos. En Al-sina, Dalmiro, Ob. Cit. Pág. 14.

“La buena fe debe ser tutelada por el Derecho”. Este juicio de valor, en tanto representa una exigencia jurídico-moral a ser tenida en cuenta por el ordenamiento positivo, sí constituiría un Principio General del Derecho.

Sin embargo, debemos dejar en claro que entendemos la opinión expresada como una manifestación sujeta a las mismas críticas que señalaríamos en torno a la diferencia entre “principio” y “standard”, arriesgándonos a que nos cataloguen con los mismos epítetos, que a su vez nosotros expresáramos: diferencia teórica y hasta figurativa.

Pese a todo y por lo expuesto, debemos concluir que entendemos a la buena fe, como un Principio Jurídico simple, de alcance general antes que como un Principio General del Derecho. En relación a esto, Betti realiza un interesante estudio, sobre el modo de concebir los Principios Generales del Derecho; él afirma que “la visión logicista tradicional, que les identificaba como los principios fundamentales de la legislación positiva, recabados de las particulares normas mediante un proceso de abstracción y de generalización creciente —Coviello y otros— ha sido sometida a una crítica radical que puede considerarse definitiva (. . .)”. En conclusión él piensa que, los Principios Generales del Derecho hay que concebirlos “no ya como el resultado, recabado a posteriori, de un árido procedimiento de sucesivas abstracciones y generalizaciones” (27), sino como “sumas valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que constituyendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función genética respecto a las normas singulares. Vienen considerados no sólo bajo un aspecto dogmático, como criterios que están en el fundamento de las soluciones legislativas, en la medida en que el Derecho Positivo se halla por ellos informado, sino también en un aspecto dinámico como exigencias de política legislativa, que no se agotan en las soluciones acogidas, sino que hay que tenerlas presentes como directrices e instrumentos de la interpretación respecto a los casos dudosos y también como tendencias y orientaciones a seguir en el progreso de la legislación” (28).

(27) . . . tal y como señaláramos en líneas arriba respecto a la opinión expresada por Messineo, y en los que se alinea Coviello y los demás juristas italianos tradicionales.

(28) Betti, Emilio *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1975. págs. 281 y sgtes.

Tal vez, con la concepción expresada por Betti en torno a los Principios Generales del Derecho, nada podríamos objetar con la inclusión de la “buena fe” como uno de ellos, desde que no se les concibe dogmáticamente y sí en cambio con una función “genética”, pero en tanto ello no se transforme en una opinión generalizada en la Doctrina y a fin de evitar “confusionismos jurídicos”, recalquemos por lo pronto, que sigue siendo preferible seguir considerando a la buena fe, como un principio jurídico de alcance general.

2.2. *Concepto de buena fe*

Todo análisis sobre un posible concepto jurídico de la buena fe debe partir de diferenciarlo de ese concepto más amplio de la “bona fides” romana que hemos ya mencionado. De los Mozos, recogiendo a Von Thur señala precisamente que nuestra actual noción de la buena fe, nace como diferenciación del concepto de “bona fides” romana, opuesta al “dolus malus”, que era originariamente una noción moral e implicaba la actitud del hombre honesto, aunque ya diferenciada del concepto más amplio aún, de “fides”. Lo cierto es que de este principio se derivan “. . . por una parte, “la confianza” y “la fe”, como medida en la interpretación e integración de los contratos, y por otra la buena fe cuyo carácter jurídico ya no se halla en la actitud honesta, sino en el conocimiento o desconocimiento de hechos” (29).

Sin embargo, siempre debe tenerse presente, aquella afirmación ya realizada en cuanto que el contenido de la buena fe es uno solo (30). Si partimos de esta premisa, habrán definiciones que tal vez nos parecerán “incompletas”, como de hecho lo son. Así, Dalloz (31) intentaba definir a la buena fe como “la creencia en que se está de obrar conforme al Derecho”. Otros como Piola (32), prefirieron entenderla como “un estado de ignorancia en que se encuentra la persona en el momento en que se ejecuta una acción”.

(29) De los Mozos. Ob. Cit. Pág. 31.

(30) De los Mozos prefiere hablar de un contenido material y otro formal de la buena fe, pero expresamente reconoce que ésta es “una distinción formal, no substancial, y necesariamente relativa”. Ob. Cit. Pág. 26.

(31) Dalloz en Alsina, Dalmiro. Ob. cit. pág. 5.

(32) Piola, Giuseppe en Alsina, Dalmiro. Ob. cit. pág. 6.

Von Thur (33) fue más allá y precisó dos aspectos de la buena fe: "...En el primer caso, la buena fe significa la honradez subjetiva (...); en el segundo caso, las reglas objetivas de honradez (...).".

Estas tres definiciones de la buena fe, elegidas expresamente para el caso, tienen la virtud de poner de relieve tres conceptos fundamentales: creencia aparente, ignorancia y honradez subjetiva. En esta visión "dual" de la buena fe, se ubica casi la inmensidad de autores que se han ocupado de la noción que nos atañe (34), reconociendo a la buena fe tanto un sentido relativo al modo sincero y leal con que se procede en los negocios y convenciones, como la convicción en que se halla una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho.

En otras palabras, esto no es sino hacer referencia por un lado, a la moralidad como elemento intrínseco a la buena fe, y por otro a la ignorancia o creencia errónea de determinada situación jurídica o de hecho.

Betti (35) afirma que la buena fe es un concepto que tiene diversos aspectos y aplicaciones, que son los siguientes:

1. Un Estado de consciencia que consiste en ignorar que se está perjudicando un interés ajeno tutelado por el Derecho.
2. Creencia en la apariencia de una relación cualificante que legitima a la contraparte.
3. Aplicada a la fase de conclusión o perfeccionamiento de un contrato, cualificando un comportamiento correcto.
4. Dentro de la teoría general de las obligaciones constituyendo:
 - a) Un criterio hermenéutico de interpretación.
 - b) Un criterio de conducta observada por las partes en la fase de ejecución del contrato.

(33) Von Thur en Alsina, Dalmiro. Ob. Cit. Pág. 6.

(34) Cernelutti, Diez-Picazo, Alsina, De los Mozos, Von Thur, Bonfante, Ramírez Gronda, Sacco y el mismo Betti, inclusive.

(35) Betti, Emilio, "Teoría General de las Obligaciones". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1969. Tomo I. Págs. 74 y siguientes. Para un resumen detallado del mismo: Espert. Ob. Cit. Pág. 119.

Como bien señala De los Mozos (36), y en cuanto a la clasificación que pretendemos seguir —la dual— los dos primeros supuestos contemplados por Betti constituyen lo que “gruesamente” ha venido a llamarse “buena fe-subjetiva”, correspondiendo la última a la categoría de “buena fe-objetiva”, mientras que el tercer supuesto, participa de ambas categorías. Para él, y en general para toda la doctrina Italiana y Española, la llamada buena fe objetiva consiste —en el sentido lato del término— en el comportamiento de “fidelidad”, que se sitúa en el mismo plano que el uso o la ley, adquiriendo una función de norma dispositiva. De allí su “naturaleza objetiva” que no se halla basada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial (37).

La buena fe-subjetiva, —para el citado autor—, se refiere “a la correcta situación del sujeto dentro de la relación jurídica, no al contenido o a los efectos de la relación misma. De allí su calificación de “buena fe sub-legítimamente” en contraposición a la buena fe-objetiva, ya que se refiere a la consciencia del sujeto, en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que deriva su derecho, según los casos” (38).

Como se podrá apreciar en este caso, dado que la calificación de buena fe a una actitud, responde más bien a la consciencia que se tenga del propio derecho o del ajeno se la denomina como “subjetiva”. En rigor, pensamos nosotros que, desde el ángulo de visión de la dificultad, mayor o menor, de probanza, si habría que calificar de alguna manera a esta manifestación de la buena fe entre las alternativas propuestas por De los Mozos, la hubiéramos llamado objetiva, en razón de su mayor probabilidad de “objetivarla”; es decir, de lograr ver su manifestación en hechos concretos. Igualmente, a la denominada “buena fe-objetiva”, la hubiéramos llamado subjetiva, por la imposibilidad de su probanza.

En todo caso, esta doble acepción de la buena fe: moralidad y creencia, es la que hemos querido resaltar hasta ahora. La prime-

(36) De los Mozos. Ob. Cit., Pág. 41.

(37) De los Mozos. Ob. Cit., Pág. 45.

(38) De los Mozos. Ob. Cit., Pág. 57.

ra de ellas, distinta a la noción puramente ética del término, y entendida más bien como “el buen proceder en las relaciones jurídicas que se celebran”, o en palabras de Cabanellas (39), el “modo sincero y justo con que en los contratos procede uno, sin tratar de engañar a la persona con quien los celebra”. La segunda de ellas, entendida sí como la creencia o convicción —a través de hechos—, que se actúa conforme a derecho.

Por todo lo hasta aquí expresado, creemos más didáctica y a la vez más exacta, la calificación que realiza Alsina a esta dos formas de manifestarse la buena fe: a la primera de ellas, la llama “buena fe probidad”, basada en el estado ético o voluntad de obrar honestamente; a la segunda, la llama “buena fe creencia”, basada en el estado psicológico o creencia en el propio derecho (40), pero ambos formando parte de un solo concepto jurídico de buena fe.

En este sentido, debemos hacer hincapié en que estos “dos tipos” de buena fe son diferentes, e incluso se manifiestan separadamente respaldando normas de distinta naturaleza. Y sin embargo, a su vez, demostrando la unidad de esencia que tienen, se unen en su fundamento siempre ético: “Quien cree en su derecho, ignora que está dañando a otro” (41).

(39) Cabanellas, Guillermo. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 521.

(40) Toda la división de perspectiva en torno a si debe primar o no el elemento ético o el psicológico en el concepto de buena fe, tiene su origen en la polémica Pandectista del siglo XIX: Para Wachter, la buena fe es un hecho psicológico consistente siempre en una opinión, basada sobre una creencia errónea, sea de la naturaleza que fuere. En cambio Bruns considera que la buena fe responde a un contenido ético que se materializa en que ha de descansar en una creencia no culposa. Pernice establece, al fin, una doctrina intermedia, entre las dos anteriores, distinguiendo sobre la base de la estructuración jurídica que adquiere la buena fe, en las fuentes romanas, dos aspectos de la misma: una aplicable a las relaciones de derechos reales y otro para las obligaciones, descomponiendo por otro lado la “bona fides” en dos elementos: consciencia (psicológico) y moralidad (ético). A todos ellos, contestoles Bonfante, que ambos aspectos se unifican en su esencia, que es siempre ética, comportando grados diversos de moralidad y si interesan al Derecho es justamente por su contenido moral. En De los Mozos, Ob. Cit. Pág. 28 y Alsina, Ob. Cit. Pág. 6.

(41) Bonfante Pietro. En Alsina, Dalmiro. Ob. Cit. Pág. 6.

Por lo tanto, si nos pidieran ensayar una definición en torno al concepto jurídico de buena fe, particularmente no lo haríamos en función de sus manifestaciones en el ordenamiento jurídico, sino sobre la base de eso que hemos llamado unidad de esencia, que determina al final de cuentas que el concepto de buena fe sea uno solo. Aquella “buena fe creencia”: creencia en el propio derecho, y aquella “buena fe probidad”: voluntad de obrar honestamente, que brillantemente expone Alsina, se unifican en esa convicción de actuar conforme a Derecho, que no es sino la buena fe en su sentido jurídico amplio.

2.3. *Tipos de buena fe*

2.3.1. *La buena fe probidad*: Generalmente, esta forma de manifestación de la buena fe, se la ha reservado para su aplicación en el derecho de las obligaciones, contratos y en general en torno a la teoría del Acto Jurídico.

Entendida como el comportamiento fiel y leal, con basamento en la honestidad al obrar, su imposibilidad de probanza ha determinado que en general se le tome como un principio de índole moral, pero de indudable trascendencia en la configuración de la obligación y su cumplimiento.

¿Cómo es posible compatibilizar estas dos afirmaciones que estamos realizando?

Si bien la intención de actuar conforme a Derecho, repetimos, es de imposible probanza, hay determinadas situaciones que en vía de abstracción (42) nos permiten alcanzar ese modelo o “tipo ideal” que rige las relaciones jurídicas. De allí que afirmemos que, cuando hablamos de la buena fe como un criterio hermenéutico de interpretación, estemos ubicándonos dentro de este tipo de buena fe probidad.

La buena fe interpretativa, en tanto sirve para “fijar el senti-

(42) De aquí, pues, que hayamos defendido con tanta vehemencia el carácter de “principio jurídico” de la buena fe, hasta el extremo de afirmar que en nuestro medio representa una discusión bizantina, el tratar de diferenciar las nociones de “principio” y “standard”.

do de la declaración de voluntad” (43) y en tanto preside la noción de causa del acto jurídico, es precisamente una manifestación de la buena fe probidad. Ahora precisamente en razón de la dificultad de probanza de su presencia, suelen algunos ordenamiento positivos no contemplarlo expresamente como tal, opinando un sector de la Doctrina que en ausencia de disposición expresa, no cabe invocarla.

Las principales legislaciones, es cierto, la admiten; así, el artículo 1366° del Código Civil Italiano impone una interpretación de buena fe en materia contractual al estatuir que “. . . Il contratto deve essere interpretatto secondo la buona fede”; el artículo 157° del BGB alemán contempla una disposición similar: “. . . los contratos han de interpretarse como lo exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico. . .”.

Refiriéndose al artículo 1366° Italiano, Stolfi señala “. . . esto implica que el contratante ha de ser precavido al obligarse; así como la buena fe implica ausencia de culpa, no podría admitirse que alguno pretendiese echar sobre la contraparte las consecuencias de un equívoco debido a su propia distracción.

Debe recordarse que en cada caso, la buena fe ha de ser bilateral. En interés del declarante se requiere que el destinatario no tome a la letra las palabras usadas, sino que atienda a la intención que las haya dictado. . .” (44).

Debe tenerse presente lo señalado en razón que siempre una diligencia normal está implícita en la calificación de una situación como de buena fe (45), y esta diligencia sirve para calificar tanto una situación de hecho como para participar como criterio hermenéutico en la interpretación.

(43) De los Mozos, Ob. Cit. Pág. 57.

(44) Stolfi, Giuseppe. “Teoría del Negocio Jurídico”. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1959. Págs. 291-292.

(45) . . . y con mayor razón tratándose de aplicaciones de la buena fe-creencia. Al respecto, ver Betti *Teoría General de las Obligaciones*. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 78.

Para Betti (46), es importante diferenciar que esta clase de buena fe se manifiesta en dos formas:

- a) Bajo un aspecto puramente negativo, en el sentido que lleva a exigir un comportamiento de respeto, de conservación de la esfera del interés ajeno.
- b) Bajo un aspecto positivo, que impone, no simplemente una conducta negativa de respeto, sino una activa colaboración con los demás, encaminada a promover su interés.

La manifestación de la buena fe probidad en la base de conclusión del contrato —continúa por otro lado señalando el citado autor— se da precisamente bajo el primer supuesto antes indicado: como lealtad en las gestiones, “caracterizada por el consciente respeto hacia el interés de la otra parte”, diferente a la manifestación de la buena fe probidad en la fase de ejecución del contrato, que se daría bajo el segundo supuesto.

Lo cierto es que la fase de conclusión del contrato, comprende desde la etapa de formación del mismo, en los tratos preliminares en donde se exige también esa “obligación de protección, de respeto y de recíproca conservación de las esferas de intereses que se ponen en contacto”.

Todo lo reseñado hasta este instante, permite apreciar que la buena fe probidad, pese a su imposibilidad de probanza, tiene aplicaciones concretas en el terreno del derecho de las obligaciones. Es más, si hoy quisiéramos —por un afán meramente teórico— introducir esta obligación de protección y respeto al interés ajeno dentro de la clasificación tradicional de Demogue en obligaciones de medios y resultados, nos daríamos con la sorpresa que —sobre todo en la etapa de ejecución de un contrato— lo originalmente calificable como un medio adicional de ayuda a una obligación de resultado, devendría por sí sola como una obligación de medio, fundamentalmente en torno de la aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*” y la teoría de la Imprevisión.

(46) Betti, Emilio *Teoría General de las Obligaciones*. Ob. Cit. Págs. 71, 82 y 110.

Finalmente, nos sentimos en la necesidad de precisar, sin embargo, que el campo de la teoría de la imprevisión, no es el único en donde la buena fe se ha manifestado como “basamento de construcción”. La teoría del abuso del derecho constituye sin lugar a dudas, otro prolijo campo de aplicación de la buena fe probidad (47).

No debemos olvidar que en este caso la buena fe se manifiesta siempre como “principio directriz”, y el no enfocarlo de esa manera puede llevar a separar el campo del Abuso del Derecho, al de la buena fe. Al respecto, sumamente didáctica nos parece la opinión expresada por Gatti (48) en este sentido:

“...Existen casos en los que la buena fe, se relaciona más directamente con el ejercicio del derecho y no como es el caso general de entender a la buena fe atributiva de derechos (...)

No debe entenderse, al hablar de buena fe en el ejercicio de un derecho, en el sentido que el ejercicio de un derecho pueda tener lugar de buena o mala fe (si una actuación es ejercicio de derecho, no puede nunca ser acto ilícito y si es acto ilícito no puede constituir ejercicio de derecho), sino en el sentido de que ciertos derechos presuponen la buena fe, aunque el ordenamiento nada diga, expresamente, al respecto, de tal modo que, la falta de esa buena fe (o la existencia de mala fe, que es lo mismo), hace que, o el derecho no quede configurado, o no sea oponible respecto a aquél, que, de otro modo vendría a sufrir un perjuicio, precisamente por causa de esa actuación maliciosa (...)

La buena fe en el campo del abuso del derecho se manifiesta precisamente en el sentido de que ciertos derechos y su ejercicio presuponen la buena fe. Su no observancia determina la ilicitud del acto celebrado (49).

(47) Ver Alsina, Dalmiro. Ob. cit. pág. 309 y sgtes. En contra De los Mozos. Ob. cit. Pág. 51 y Betti *Teoría General de las Obligaciones*, Ob. Cit. Tomo I. Pág. 100.

(48) Gatti, Edmundo. *Teoría General de los Derechos Reales*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980, Pág. 311.

(49) ... De allí la famosa observación al término mismo “Abuso del Dere-

2.3.2. *La buena fe creencia*: Si la buena fe probidad resulta imposible de objetivar, ello no sucede con el concepto de buena fe creencia en la medida que se materializa a través del conocimiento o desconocimiento de hechos. Bien señala De los Mozos (50) que esta buena fe se da a través de dos supuestos:

- Creencia en el propio derecho
- Creencia en el derecho ajeno

Bajo el primer supuesto, obviamente nos referimos a todas aquellas circunstancias que hacen presumir una actuación del propio agente conforme a las reglas de derecho. Bajo el segundo supuesto, perfectamente se hablará de un error en la calidad ajena. Tal vez, la mejor aplicación del primer supuesto de la buena fe creencia, se da en el campo de los derechos reales y, básicamente, en la posesión de buena fe, tema que a su vez nos vincula con la teoría del error. Así: ¿un error califica una situación como la buena fe?

Evidentemente, que para responder a esta interrogante debemos hacer previamente dos precisiones metodológicas: una primera en el sentido que no pretendemos referirnos a la doctrina del error en el acto jurídico, tema sugestivo y amplio en donde se manifiesta la buena fe creencia, pero que por razones obvias del tema concreto de nuestro trabajo no vamos a tratarlo. Y la segunda precisión gira en torno a la primera: si nos es imposible referirnos a la teoría del error en toda su amplitud, la estudiaremos en su aplicación en la posesión de buena fe, dejando en claro que no es única manifestación.

Precisando así nuestro primer punto de análisis, partamos de la premisa necesaria y previa, que un error, para configurar una situación de buena fe, tiene que constituir un “legítimo error”. Esto es, que bajo la diligencia normal que el uso exige, no se haya podido descubrir aquella situación que de hecho configura una mani-

cho” que realizara Planiol: “. . . un derecho se tiene o no se tiene”. En el primer caso, no hay abuso. En el segundo hay ilicitud. “Un mismo acto no puede ser a la vez conforme y contrario a Derecho”. En Alsina, Ob. Cit. Pág. 309.

(50) De los Mozos. Ob. Cit. págs. 57 y siguientes.

festación contraria a derecho. Lo afirmado es pues extensible a dos circunstancias: Que medie un error de hecho o de derecho, dentro de los cuales configuraremos el papel que a la ignorancia le corresponde.

De esta manera, se dice que un legítimo error de hecho es perfectamente excusable de una situación contraria a derecho, cuando se basa en el desconocimiento de esa situación que convierte en ilegítima nuestra posición. Aquí pues se equipara error con ignorancia.

No sucede lo mismo en cuanto al error de Derecho, que es perfectamente diferenciable de la ignorancia de la ley. Inclusive, la Doctrina se divide en aceptar al error de Derecho como causal configurativa de la buena fe.

Analicemos lo hasta aquí indicado dentro del tema de la posesión:

El artículo 906o del Código Civil de 1984 señala que “. . .la posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título. . .”.

Para Felipe Clemente de Diego (51), la buena fe significa: “. . .creencia de que es buena nuestra posesión, de que la adquisición que llevamos a cabo no tenía vicio alguno, de que no lesionamos el derecho de nadie; creencia en suma que abriga al poseedor de que es dueño de la cosa (. . .)”.

Para Jossierand, consiste —dentro de un caso de compraventa por ejemplo— en que “. . .el comprador cree que su causante era propietario inmutable y que la venta lo ha convertido a él en propietario. . .” (52).

(51) De Diego, F. Clemente. Ob. Cit. Tomo I. Págs. 415-416.

(52) Jossierand, Louis *Derecho Civil*. Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires 1950. Tomo I. Volumen III, Pág. 317. Si se analiza con detalle se verá que este caso responde al segundo de nuestros supuestos: creencia en el derecho ajeno, pero para demostrar la noción única de error lo hemos incluido en esta parte; de la creencia en el derecho ajeno, se deriva la creencia en el propio derecho: se cree hoy, propietario.

Ahora, nuestro derecho se ubica dentro de la concepción francesa al considerar el error de hecho tanto como el error de derecho como constitutivo de la buena fe del poseedor. Esto no sucede con el derecho español y en las mayorías de las legislaciones; al respecto, De Diego (53) en su obra ya citada dice: “. . . claro que esta creencia se funda en la ignorancia del vicio o defecto que acompaña a la adquisición, ignorancia que ha de ser de hecho y no de derecho, porque ésta no aprovecha a nadie”.

Por ello, el artículo 1950° del Código Español prescribe que “la buena fe consiste en la creencia de que la persona que nos transmitió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio (. . .)”.

Sobre la misma materia y al respecto, prescribe el artículo 4006° del Código Civil Argentino que la buena fe es “la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser el exclusivo señor de la cosa”, excluyendo inmediatamente en el artículo 4007° el error de derecho: “la ignorancia del poseedor, fundada sobre un error de hecho, es excusable; pero no lo es la fundada en un error de derecho”.

El artículo 706° del Código Civil Chileno es en esta materia y dentro de la tónica española, mucho más drástico. En él se prescribe que: “. . . la buena fe es la consciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.

Así, en los títulos traslativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe. Pero el error en materia de derecho constituye *una presunción de mala fe*, que no admite prueba en contrario”.

Este aparente enfrentamiento doctrinario ha llevado a calificados juristas peruanos a sostener que el error de derecho debe ser en nuestro medio entendido como ignorancia o desconocimiento

(53) De Diego, F. Clemente, Ob. Cit. Pág. 415.

de la ley, pues si bien éste normalmente no es eximente de obligaciones, dadas las particulares circunstancias sociales del país, resulta explicable y hasta aconsejable equipararla al error de derecho.

Sin embargo, en doctrina, claramente puede diferenciarse el error de derecho de la ignorancia de la ley (54); un error de derecho implica una falsa interpretación de los alcances de una norma jurídica, mientras que la ignorancia de la ley es desconocimiento absoluto de la existencia de una norma legal. La ignorancia de la ley nunca es eximente de obligaciones, ya que su conocimiento se presume “*juris et de jure*” con su publicación en el diario oficial.

Por todo lo hasta aquí expresado, creemos que la buena fe creencia debe ser ignorancia, pero “legítima ignorancia; esto es, de naturaleza tal, que con el uso de la normal diligencia no hubiera podido ser superada” (55). Esa normal diligencia excluye a toda luz la ignorancia de la ley sin admitir prueba en contrario y, en cuanto al error de derecho, su exclusión o inclusión depende ya de una opción legislativa.

Por otro lado y en lo que respecta al segundo supuesto de aplicación de la buena fe creencia, hemos afirmado que está referida al conocimiento o desconocimiento de hechos ajenos o mejor aún, del “derecho de la contraparte”.

Su aplicación en el Derecho Civil, como parte integrante del concepto de buena fe creencia se manifiesta también en los derechos reales, pero fundamentalmente en torno a la “adquisición de los derechos reales”. Ella nos lleva a afirmar que, obviamente si se trata de legitimar una creencia o error de una situación ajena, el campo de actuación de este “sub-tipo” de buena fe creencia se funda en toda la teoría de la apariencia jurídica, de la cual como sabemos, nace el principio de fe pública registral.

Si hablamos pues de adquirente de derechos reales, obviamente, la buena fe de este adquirente estará referida a la legiti-

(54) Al respecto y en cuanto al tema que estamos tratando ver Alsina, Dalmiro, Ob. Cit. Págs. 12 y 13.

(55) De los Mozos, Ob. Cit. Pág. 59.

midad de su derecho en contraposición al conocimiento de un derecho ajeno anterior al suyo.

Repárese sin embargo que, tanto cuando hablamos de la creencia en el propio derecho como de la creencia en el derecho ajeno, nos referimos a fin de cuentas a un sólo concepto de buena fe creencia, en tanto quien cree en la legitimidad de su derecho, es porque ignora que está dañando el de otro.

Precisamente porque el Derecho va a proteger la legítima ignorancia por encima del perjuicio que se causa a un sujeto, se hace de imperiosa necesidad en un sistema jurídico-positivo la contemplación de dos supuestos indiscutibles, que respondan obligatoriamente a la necesidad de intentar por todos los medios posibles, la reducción al mínimo de la posibilidad de error. Ellos son:

- La protección firme al derecho aparente o, a lo que ha venido a llamarse, la “apariencia jurídica”.
- Que se logra precisamente, con la implantación de un adecuado sistema de publicidad.

Ya Demogue (56) afirmaba que “la apariencia razonable de un Derecho, debe, en las relaciones con los terceros, producir el mismo efecto que el propio derecho”.

En este sentido, Alsina define a la apariencia (57) como “.... un estado objetivo, que repercute en el orden subjetivo, entendiéndose por ello, desde el punto de vista jurídico, la ausencia oculta e imposible de conocer, de un derecho subjetivo o de una circunstancia que es condición esencial para que exista...”.

De esta manera, aparentemente se reemplaza un concepto completamente subjetivo, como es el de determinar en la consciencia de un sujeto si conoció o pudo conocer la existencia de un derecho, por otro completamente objetivo como es el de la apariencia que brinda el Derecho a través de la publicidad, que alcanza su mayor expresión con la presunción “juris et de jure” del contenido que brinda un Registro.

(56) Demogue, En Alsina, Damiro. Ob. Cit. Pág. 26.

(57) Alsina, Dalmiro. Ob. Cit. Pág. 26.

Pero aquí precisamente se ubica el error generalizado de pretender afirmar que este último concepto —conocido como el de la fe pública registral— es totalmente ajeno al concepto civil de buena fe creencia.

¿Acaso la apariencia puede divorciarse del actuar de buena fe? Al respecto, anotaba Bolaffi (58): “En general, la apariencia es condición de la buena fe y ésta se aprecia abstractamente, con criterio objetivo. En cambio, no puede haber protección por apariencia sino respecto a un sujeto de buena fe, único que puede resultar víctima de su confianza en la situación aparente. La buena fe constituye así un requisito o condición de la protección legal...”.

Esta afirmación debe tomarse como premisa indiscutible de todo ordenamiento jurídico; por más que intentemos construir un sistema positivo ajeno a lo que pueda calificarse como remisiones a nociones subjetivas tipo buena fe, buenas costumbres y principios generales del Derecho, nunca podremos negar algo que resulta ínsito al sistema legal mismo: sólo merecen protección los que actúan conforme a Derecho.

El problema puede surgir cuando se trata del conocimiento que terceros hayan podido adquirir de una situación real, mediante otros recursos ajenos a la publicidad establecida por la ley. Aquí nace en realidad el gran problema; si la publicidad persigue la seguridad de las transmisiones inmobiliarias, se arguye no puede estar expuesta a viscosidades subjetivas ajenas a la apariencia que brinda y protege el Derecho.

Al respecto, Alsina siguiendo a Laurent calificaba este problema como uno de “los más arduos”. Se preguntaba “...Este conocimiento, ¿puede privarles de la protección legal? La jurisprudencia francesa vacila; pero en definitiva, tiende a negar la aplicación de la apariencia al tercero de mala fe. Lo resuelve sin discrepancias en cuanto a las ventas de navíos no transcriptas, con cierta amplitud en las cesiones de créditos no notificadas, con mucha parquedad en las transmisiones inmobiliarias no registradas, pero tiende a admitirlo cada vez más. Se objeta que la publicidad persigue la

(58) Bolaffi. En Alsina, Dalmiro. Ob. Cit. Pág. 29.

seguridad de las transmisiones y que ésta es de orden público; pero, como dice Laurent, ¿puede ser de orden público amparar la seguridad de los adquirentes de mala fe? No, la única perseguida es la de los adquirentes normalmente dignos de amparo, es decir, los de buena fe. Se arguye, que indirectamente, se anularía toda seguridad, incluso la de éstos; pero el sistema de los tribunales funciona sin inconvenientes. La experiencia de otras leyes viene a desmentir tal observación; la ley belga del 16 de diciembre de 1851 y el artículo 892° del Código Civil Alemán, sobre requisitos de transmisiones inmobiliarias, admiten que el conocimiento suple al defecto de publicidad (...)" (59).

Todo lo hasta aquí expresado, explica cómo, cuando se prefiere en la concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles al acreedor que inscribe, en virtud de la apariencia que protege el derecho, ello no significa que se proteja al adquirente de mala fe, sino por el contrario que la llamada buena fe creencia se exige como requisito ineludible para que precisamente el manto protector del derecho se extienda sobre estos terceros adquirentes.

III. LA SEGURIDAD JURIDICA EN EL TRAFICO JURIDICO INMOBILIARIO

En las llamadas teorías sobre el derecho aparente, la buena fe y la seguridad jurídica no pueden realmente abordarse en forma separada por la evidente vinculación que poseen. Así, si "hoy la tutela del tráfico tiende a dar máxima seguridad a quien adquiere inmuebles o constituye hipotecas, ello no puede lograrse sino poniendo a disposición de esos adquirentes un sistema de publicidad registral que elimine o disminuya en forma extrema el peligro de adquirir de un no propietario, o recibir una propiedad gravada con cargas desconocidas u obtener una hipoteca sobre bienes que no pertenecen al hipotecante" (60).

Sin embargo, a través del Derecho se han dado múltiples aplicaciones de principios distintos que orientaron a un ordenamiento

(59) Alsina, Dalmiro. Ob. Cit. Pág. 334.

(60) Gonzales y Martínez J. En Areán de Díaz de Vivar, Beatriz *Tutela de los Derechos Reales y del Interés de los Terceros*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1979, Pág. 113.

jurídico en determinado sentido: desde la aplicación rígida del principio “Nemo plus Juris in alium transferre potest quam ipse habet.. (“nadie puede dar lo que no tiene ni más de lo que posee”) hasta la aplicación de otros principios inspirados en doctrinas más modernas que han ido penetrando paulatinamente en el derecho positivo, rompiendo y contradiciendo aquel principio fundamental del “nemo plus juris”, asegurando un efecto jurídico al acto realizado por quien carecía de derecho para ello (...). La ley recogerá con estas novedosas teorías, la transmisión de derechos realizados por quien carecía de poder de disposición, porque los terceros procedieron confiadamente y debían por ello concebir una esperanza legítima, fundada en la aparente titularidad de que estaba investido su causante (61).

La seguridad jurídica es sin embargo, la base de todas estas teorías, que nosotros —para los efectos del presente trabajo— las reduciremos en cuanto estudio a dos de ellas: la teoría del “Nemo Plus Juris” y la teoría de la Seguridad Dinámica, ensayada por Demogue.

3.1 *La Teoría del “Nemo Plus Juris in alium transferre potest quam ipse habet”*

En puridad de conceptos, el llamado “Nemo Plus Juris”, antes que una teoría es un principio jurídico consistente en la reglamentación positiva —que puede darse de diversas formas— del alcance del propio derecho: no se pueden transferir más derechos que los propios. Dicho en otros términos y tal como lo recoge por ejemplo el artículo 3270° del Código Civil Argentina, “nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba (...)”.

La aplicación rígida de este principio determina de plano la exclusión de toda protección a terceros adquirentes de buena fe en cuanto transmisiones realizadas por enajenantes que carecían del poder para transferir derechos. Por una lógica jurídica obvia, aquél que ya transmitió la propiedad, carecería de la facultad de “domino” para volver a transferirla, con lo que un supuesto sobre

(61) Ferrera, Francesco. *La Simulación de los Negocios Jurídicos*. Traducción de Rafael Atard y Juan de la Puente. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1960. Págs. 338-340.

conurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, en un sistema consensual que recoga este principio, sólo podría darse en la medida que se tenga diferentes transferencias pero coetáneas (62).

Resulta evidente que nuestro sistema positivo, al igual que la mayoría de las legislaciones actuales, no recogen este principio, inclinándose por la protección al adquirente de buena fe a título oneroso, calificándose generalmente como “anacrónica y obsoleta” la teoría del “nemo plus juris”.

Sin embargo este principio, cuya aplicación absoluta no se dio ni en Roma, tuvo sus defensores aún dentro del Derecho Moderno y en América en Vélez Sarsfield, quien incluso llegó a plasmar en el artículo 1051° Argentino (antes de la reforma de la Ley N° 17.711) un principio de absoluta opinibilidad en casos de actos con vicios de nulidad: “... todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual” (63). El principio del nemo plus juris es actualmente, ampliamente repudiado por el derecho comparado, criticado fundamentalmente en torno a enfocar la lógica-funcional del sistema jurídico, bajo un óptica de “seguridad estática” que a la larga atenta contra la seguridad del comercio jurídico: “. . . la aplicación rigurosa del nemo plus juris destruiría inexorablemente toda cadena de transmisiones, alcanzando al adquirente más lejano y confiado” (64).

Por ello se afirma que en realidad su supuesta defensa en torno a la seguridad jurídica no es tal, pues defiende sólo la de un titular, que por demás se podría transformar en “supuesto titular”,

(62) Imaginamos un supuesto muy poco probable de darse en donde dos representantes cada uno por separado, estén autorizados para vender un inmueble, y los respectivos contratos de traslación de dominio, resulten realizados al mismo tiempo.

(63) Vélez Sarsfield, sin embargo, a través del Código Argentino se muestra dubitativo en torno a la aplicación absoluta de este principio, optando en otros supuestos por soluciones distintas a la citada.

(64) Ferrara, Francesco. Ob. Cit. Pág. 332.

pues mediante figuras como la simulación podría tejer “mil y un ardides” siempre en desmedro de los demás, interesados en que una posible adquisición que realicen se encuentre protegida y segura. Esta seguridad “del adquirente” —que representa la mayoría— significó para Demogue el verdadero sustento del concepto de seguridad jurídica.

3.2 *La Teoría de la “Seguridad Dinámica” de Demogue*

Para Demogue, era indudable que la ley buscaba la seguridad, pero ésta —como ya hemos indicado— estaba en realidad representada a través del comercio jurídico, encarnada en la figura del adquirente de derechos.

Destacaba el citado autor que, cuando una persona es titular de un derecho, clama porque dicho derecho sea respetado y no pueda ser privado de él, en favor de un tercero de buena fe. Pero cuando ese mismo titular no revestía esa calidad, sino la de adquirente, clamaba porque su adquisición sea mantenida. Por eso, el titular encarna el interés individual y el adquirente el interés colectivo, calificando el primero de ellos la llamada “seguridad estática” ya que sólo persigue conservar lo suyo, en oposición al adquirente, que mueve a la acción, y por ello califica a la seguridad como dinámica (65). Cuando el interés colectivo se encuentra en franca colisión con el interés individual, ¿cuál debe primar?

La ley, opta por el primero ya que la razón de ella reside en el interés general que exige la protección del crédito comercial: ante una transmisión insegura, tanto propietarios como adquirentes resultarían perjudicados, ya que sus bienes se depreciarían (66); pero ese sacrificio impuesto al titular legítimo requiere de una condición previa y esencial: la buena fe del adquirente, sin la cual no encarnaría el interés del crédito comercial.

De lo expuesto se puede apreciar cómo el prestigioso jurista francés intenta fundamentar un nuevo concepto de seguridad jurídica.

(65) Demogue, René. “Las Nociones Fundamentales de Derecho Privado”. En Alsina, Dalmiro. Ob. Cit. Pág. 331.

(66) Petrini Paul. En Alsina. Ob. Cit. Pág. 333.

dica en base a la buena fe de los adquirentes que encarnan la seguridad del comercio jurídico. Al equiparar los conceptos seguridad jurídica y seguridad del tráfico jurídico, resulta obvio que Demogue busque aquello que represente la continuidad y la fluidez del comercio, y ante la disyuntiva de propietario o adquirente, opta por este último como representante de esa continuidad y fluidez exigida, porque en todo caso la apariencia es la excepción (67).

Evidentemente que si se concibe el sacrificio de un propietario, como un hecho excepcional, ello responde o debe responder a un adecuado régimen de publicidad que presuponga sin lugar a dudas la titularidad de determinado sujeto sobre determinado bien, ante todos.

Para Ferrara (68), quien comparte esta opinión de Demogue en el sentido que la buena fe es garantía de una verdadera seguridad jurídica, el Derecho Moderno trae una serie de nociones que, por su multiplicidad e importancia requieren protección. Una de ellas, es el interés de los terceros. Con suma claridad reseña:

“...El colosal aumento del comercio y de la industria, la multiplicación y entrelazamiento de las relaciones económicas, la intensa y rápida actividad de la vida social, han agudizado cada vez más la necesidad de dar firmeza y confianza a las relaciones de derecho, ya que hoy no puede considerarse el negocio jurídico como una figura aislada, sino como anillo de una gran cadena, no interrumpida, de otras relaciones también jurídicas; cual una célula del organismo comercial. Por eso es por lo que el Derecho Moderno va perdiendo el carácter individualista, heredado del romano (69), y adquiere una marcada tendencia social, imponiendo y haciendo prevalecer las necesidades de la generalidad aún a costa del sacrificio de los intereses particulares. Un indicio de este cambio en la consciencia jurídica puede verse en el sistema de publicidad, más o menos perfeccionado, introducido en los distintos países

(67) Repárese que al enunciar el principio —real por cierto— que los propietarios aparentes son la excepción, no se hace también otra cosa que presumir la buena fe de los adquirentes.

(68) Ferrara, Francesco. Ob. Cit. Pág. 304.

(69) Y podemos agregar nosotros: plasmado en el principio “Nemo Plus Juris”.

para la adquisición inatacable de los derechos reales inmobiliarios, en garantía de la buena fe y de la seguridad jurídica general (...)"

La Seguridad Jurídica pues, como concepto, vemos puede responder claramente a dos ópticas:

- una individualista, con una concepción del derecho de propiedad absoluto y centrando su enfoque en la figura del propietario de derechos, personaje inatacable y tutelar de derechos inoponibles, al cual se le brinda una protección desmedida a través del “Nemo Plus Juris” a tal punto que no interesa analizar su fe en el obrar, pues la propiedad es sólo de quien la ostenta, no de quien la aparenta.
- una social o colectiva, con una concepción del derecho de propiedad relativo, en cuanto a su ejercicio; centrando su enfoque en la figura del adquirente de derechos, personaje mercedor de tutela en desmedro del propietario en aras de una verdadera fuerza mayor y de su buena fe. Aquí el concepto de Seguridad Jurídica se equipara al de Seguridad del Comercio Jurídico bajo el principio de “protección a terceros adquirentes de buena fe”, pues si bien la propiedad es de quien la ostenta, la apariencia —por su carácter de opinabilidad erga omnes que da seguridad al tráfico— merece protección y resulta en capacidad de transmitir derechos.

Repárese entonces que todo el problema se va reduciendo a dos conceptos: buena fe y publicidad. La pregunta: ¿es incompatible exigir una buena fe en un adecuado régimen de publicidad?, para nosotros queda respondida con la reseña indicada, pero para muchos otros no. Así, por ejemplo, Gustav Radbruch (70) entiende por Seguridad Jurídica, no la seguridad por medio del Derecho, sino la seguridad del Derecho mismo, la cual requiere de cuatro condiciones:

1. Que el Derecho sea positivo, que se halle estatuido en leyes.
2. Que este Derecho estatuido sea, por su parte, un Derecho seguro, es decir, un Derecho basado en hechos y que no remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, me-

(70) Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1965. Págs. 39-42.

dian­te criterios gene­rales como el “de la buena fe” o el de “las buenas costumbres”.

3. Que los hechos en que se basa el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, para lo cual a veces se busca “ciertos síntomas exteriores” (71).
4. Que el Derecho positivo no se halle expuesto a cambios demasiado frecuentes.

Nosotros pensamos igualmente como Radbruch que cuando el Derecho alude al concepto de Seguridad Jurídica, lo hace en el sentido de la seguridad del Derecho mismo, pero a diferencia de él, no creemos que este concepto excluya a la seguridad por medio del Derecho. Si el Derecho, como ciencia social que es, olvida, por más positivista que sea un sistema, que él existe en cuanto regula una realidad social y que recién a partir de ella, abstrae, teoriza y regresa para su aplicación en la realidad, corre el riesgo de caer en un hermetismo jurídico irreal, que lo divorcie con el acontecer (72) tornándose ineficiente para los requerimientos de una sociedad. Ante el positivismo absoluto de Kelsen surge el “positivismo atenuado” que permite “filtrar la realidad” en el ordenamiento jurídico-positivo, de tal manera que la estructura de la norma jurídica varía de “Supuesto-nexo lógico jurídico-consecuencia”, a “Supuesto-verificación del supuesto en la realidad-nexo lógico jurídico-consecuencia-verificación de la consecuencia en la realidad”. Por ello, una noción relativa a la Seguridad del Derecho mismo, incluye como parte de él, a la Seguridad que brinda el Derecho, en la medida que ése sea el requerimiento de la Sociedad.

Así, si ya hemos visto que el Derecho Moderno responde a las exigencias de la sociedad de mercado y que ésta exige como premisa la seguridad del tráfico jurídico, un concepto de Seguridad Jurídica en el Derecho Moderno no puede estar desligado de ella. Es más, para los fines del presente trabajo, podemos —al igual que

(71) . . . y en los cuales indudablemente encajan los conceptos de publicidad y apariencia.

(72) Recuérdese que ésta es la razón del por qué ciertas Instituciones, en cuanto a su normatividad, devinieron obsoletos, como “la dote”.

Demogue— llegar a simplificar nuestro concepto de Seguridad Jurídica y hacerlo sinónimo de seguridad del tráfico jurídico-comercial.

Nos restaría tan sólo preguntarnos: ¿acaso la seguridad del comercio a nivel jurídico, excluye los conceptos o modelos tipo “buena fe”? La respuesta, creemos ya poder formularla, es negativa, por tres razones fundamentales:

1. En primer lugar, porque el propio Comercio Jurídico exige la protección de la “gran masa colectiva” que encarna su interés: los adquirentes, pero sobre la base precisamente de su buena fe.
2. En segundo lugar, porque la necesidad de acudir a modelos, directrices, estándares, patrones, guías, principios, o como prefiera llamárseles, no está reñido con un sistema positivo como el que impera en el Derecho Moderno, en tanto la buena fe es exigencia de la realidad misma: el modelo surge de la realidad y se vuelve nuevamente sobre ella.
3. En tercer lugar, porque el rechazo al recurso de estos modelos en cuanto al argumento de imposibilidad de probanza en su materialización en la realidad es ficticio, efectista y finalmente erróneo porque:
 - a) Si se trata del tipo de buena fe probidad, no cabe probarse en la realidad, ya que funciona sobre la base de una presunción de su manifestación: todos los individuos en sus mutuas relaciones de intercambio actúan de buena fe. Para destruir esa presunción, con la obvia inversión de la carga de la prueba debe probarse la mala fe o cuando menos en determinados casos la negligencia grave (73)
 - b) Si se trata del tipo de buena fe creencia, ella también funciona sobre la base de presunciones, pero reforzada con la teoría de la apariencia.

Es precisamente en demostración de nuestra afirmación, en el sentido de que el concepto de seguridad jurídica no está divorciado del concepto de buena fe, que el problema de concurrencia de

(73) Así, por ejemplo, en la Teoría de la Imprevisión debe probarse que el actor pudo prever la realización del suceso imprevisto que determina la excesiva onerosidad de la prestación.

acreedores sobre un mismo inmueble se resuelve prefiriendo al que suma a su buena fe la diligencia en el obrar materializada en el acto de la inscripción registral.

IV. LA CONCURRENCIA DE ACREEDORES SOBRE UN MISMO BIEN INMUEBLE

4.1 *El principio del “Vigilantibus Non Durmientibus Iura Succurrunt”*

Hemos visto hasta ahora, al abordar este punto, como la seguridad jurídica del Derecho Moderno exige la tutela de la buena fe de los terceros adquirentes en general. Hemos señalado como la denominada “buena fe creencia” inspira toda solución a situaciones de excepción que el Derecho pretende resolver. Es precisamente el caso de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, una situación de carácter singular, donde un propietario de derechos sobre un inmueble, realiza sucesivas transferencias sobre dicho bien en favor de diversos adquirentes.

¿Sigue manteniendo en este caso prioridad sobre todo acreedor, aquél que adquiere de buena fe? La regla al respecto, la encontramos en el artículo 1135° del Código Civil de 1984:

“...Cuando el bien es inmueble y concurren diversos adquirentes a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, al título que conste de documento de fecha cierta más antigua. . .”

Esto es, que en cuanto a las obligaciones de dar un bien inmueble cierto y determinado, ante el problema excepcional de la concurrencia de acreedores, el Código Civil Peruano de 1984 señala el siguiente orden de preferencia:

- 1) Aquél que ha inscrito con buena fe.
- 2) Aquél cuyo título conste en documento de fecha cierta más antigua.
- 3) Aquél cuyo título sea de fecha anterior.

Ante esta regla de prelaciones, surge la primera interrogante a la cual nos encontramos obligados a dar respuesta:

¿Por qué se protege al adquirente que inscribe con buena fe? Cuando señalamos que la buena fe creencia actúa como basamento del comportamiento social humano, no estamos señalando otra cosa sino que es el propio orden social el que reclama la tutela de ciertos valores, uno de los cuales es precisamente la protección de la buena fe de terceros adquirentes. Ello es así, pues dentro del plano de los valores, es perfectamente diferenciable dos grupos o tipos, que responden a diferentes exigencias de la sociedad:

- Uno primero, relativo a aquellos valores que se consideran deben darse, pero no se dan en la realidad, que representan a fin de cuentas una aspiración social. Estos son los valores puramente ideales.
- Uno segundo, relativo a aquellos valores que se dan en la realidad, pero enfrentados a comportamientos contrarios a ellos, lo que determina que sea una "exigencia social" la protección de los mismos: se ubican aquí los valores-tipo o modelos de conducta, tales como el actuar de buena fe.

Como puede apreciarse, en la medida que la buena fe representa un modelo o tipo de esta última clase enunciada, es la propia Sociedad organizada bajo los moldes del Derecho Moderno Occidental que exige la protección a los actores de buena fe, pues se entiende que esta noción surge de la realidad y recién se eleva a la categoría del "deber ser". Dicho en otras palabras, es "deber ser", porque antes se dio en el plano del "ser" y merece ser tutelada.

Por ello, a la pregunta de por qué se prefiere en la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble al adquirente que inscribe con buena fe, respondemos que dicha prelación se otorga sobre la base de la noción de seguridad jurídica que tutela el Derecho: Entre los sucesivos adquirentes, se prefiere a aquél que encarna la noción de seguridad jurídica que no es otro que el adquirente de buena fe: aquél que creyó (buena fe creencia) en la legitimidad de su adquisición, sea por ignorancia o por error. Este adquirente de derechos será pues preferido, sobre la base de su

buena fe en el actuar, en aras a que aquél representa la fluidez del comercio y la seguridad del crédito.

Sin embargo, entre los sucesivos adquirentes puede de hecho, haber más de uno que haya actuado de buena fe. En este caso, el derecho se ve en la necesidad de recurrir a un nuevo criterio adicional de preferencia que precisamente discrimine válidamente entre todos los adquirentes de buena fe, prefiriendo a aquél que exhiba un “mejor derecho”. Este nuevo criterio estará expresado en el principio: “*Vigilantibus non durmientibus iura succurrunt*”: “El Derecho protege a los que están atentos a la defensa de sus intereses, no a los que los descuidan“, que no es sino el principio de “diligencia en el obrar”.

Para el Derecho, el actuar diligente, al igual que lo que indicamos oportunamente para el concepto de seguridad jurídica, puede estar orientado por distintos preceptos que lo que buscan es brindar soluciones bajo ópticas distintas. Así, el principio jurídico del “*prior in tempore, potior in jure*”: “Primero en el tiempo, primero en el Derecho”, pretende también dar una respuesta al problema de la diligencia en el obrar, pero sobre la base de un criterio referido a la actuación en el tiempo, que calificará a un acreedor primicerio, por ser su título de fecha anterior, y no en relación a acciones concretas de tutela de derechos adquiridos que es el concepto de diligencia que reclama el Derecho Moderno Occidental como sustento de toda la teoría de la apariencia jurídica. Por ello, el principio del “*Vigilantibus non durmientibus iura succurrunt*” supone un interés activo en la tutela de derechos adquiridos y lo que intenta precisamente el artículo 1135° del Código Civil vigente, es premiar con la preferencia en el goce de los efectos obligacionales materializados con la entrega del bien inmueble reclamado, a aquél que haya estado atento a la defensa de sus intereses a través de actos concretos positivos, como es el hecho de la inscripción en los Registros Públicos.

Pero. ¿puede la inscripción registral dejar de lado el principio jurídico de la buena fe?

Para responder a esta nueva interrogante, es necesario tener en cuenta que dentro de un ordenamiento jurídico, pueden entrar en juego —y de hecho entran— otros principios distintos al de la

buena fe que, dentro de una interpretación rígida y literal, parecen oponerse a éste. Sin embargo, no debemos olvidar que toda interpretación, sea ésta auténtica, judicial o doctrinal, tiene un límite que se da “cuando la finalidad que persigue una norma jurídica se antepone a la idea de justicia sustancial” (74).

Por ello, si la seguridad jurídica del derecho moderno exige la tutela de la buena fe de los terceros adquirentes, mal podemos afirmar que el artículo 1135° del Código Civil de 1984, al otorgar en la prelación la preferencia en favor del que inscribe en el Registro, opta por un criterio de diligencia, absolutamente divorciado del de buena fe. El principio que “el derecho protege a los que están atentos a la defensa de sus intereses”, no puede estar desligado de aquél que exige un actuar “conforme a derecho”, pues éste persigue evitar la destrucción de valores. Si entendemos a la buena fe como un concepto unívoco, representado en esa convicción de actuar conforme a derecho, no podemos divorciar una pretendida noción de diligencia, de la base moral de donde debe siempre partir ese obrar diligente. De hacerlo, de alguna manera siempre se acabará protegiendo la mala fe en el obrar; el actuar diligente, no puede basarse en el perjuicio a tercero, con deseo expreso de hacerlo, en beneficio propio. Con ello estaríamos sustentando y defendiendo una noción egoísta y extremadamente individualista del derecho, que divorcia ley y justicia, cuya conjunción, sabemos, representa la máxima aspiración del derecho.

En consecuencia, mediante el orden de prelación establecido en el artículo 1135° del Código Civil se va a preferir a aquel adquirente que suma a su buena fe la diligencia en el obrar. Esta nuestra afirmación, va a suponer básicamente dos hechos jurídicos claros:

- a) Que el artículo 1135° citado protege al tercero civil que se convierte en tercero registral; y,
- b) Que precisamente, para que un tercero civil se convierta en tercero registral es indispensable la buena fe en el actuar de dicho tercero, lo que significa en suma que la denominada buena fe civil se encuentra ínsita dentro del concepto de fe

(74) Boehmer, En De los Mozos, José Luis. Ob. Cit. Pág. 33.

pública registral. En la demostración de estas dos afirmaciones, que realizaremos a continuación, pretendemos sustentar en forma clara y definitiva el por qué de la razón de la preferencia otorgada al acreedor que inscribe con buena fe.

4.2 *Concepto de tercero registral.— Similitudes y diferencias con el tercero civil. Tercero al que se refiere el art. 1135º*

Hasta el momento, hemos afirmado —sin establecer ninguna distinción en el término empleado— que en virtud del 1135º del Código Civil de 1984, se prefiere al tercero acreedor que logra inscribir su título en el registro. Más allá por un momento de la buena o mala fe con que pueda obrar, es necesario precisar a qué tipo de tercero se quiere proteger en este dispositivo.

La doctrina ha venido diferenciando lo que debe entenderse por “Tercero Civil” del “Tercero Registral”.

Así, dentro de una concepción amplia, se reputan “terceros” en general, a todos aquellos que no son parte en el acto o contrato del que se hable. Esto es, que el concepto de tercero, surge pues en oposición al concepto de parte, como voluntad interviniente en una relación jurídica (75).

Sin embargo, esta noción general de tercero como “integrantes de la comunidad que constituyen el llamado sujeto pasivo general” (76) no es la directamente relacionada con la exigencia de la publicidad, pues no se dirige esta noción a ello, sino solamente a los que manifiesten un particular interés en conocer una determinada relación jurídica. Estos terceros, que llamaremos “terce-

(75) En este sentido: Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo III. Volumen II. Librería Bosch. Barcelona, España, 1977. Pág. 432; Pardo Márquez Bernardo. *Derecho Registral Inmobiliario en el Perú*. Litográfica Huascarán. Lima, Perú 1966. Pág. 264; Ramírez Gronda, Juan. *Diccionario Jurídico*. Editorial Claridad S.A. 7ma. Edición. Buenos Aires, Argentina. 1976. Pág. 272; Roca Sastre en Areán de Díaz de Vivar. Ob. Cit. Pág. 137; Ubilluz Edmundo *El Tercero del Registro de la Propiedad Inmueble según la Legislación, la Jurisprudencia y la Doctrina*. Cía de Impresiones y Publicidad, Lima, 1944. Pág. 62.

(76) Gatti, Edmundo. Ob. Cit. Pág. 376.

ros interesados”, son a los que precisamente se dirigen los efectos de la publicidad registral.

De esta manera, de aquella noción de tercero como componente de la sociedad —aquella que precisamente excluye el art. 1363º del Código Civil de 1984 al señalar que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan— y que obviamente tienen el deber de respetar los derechos, tanto personales como reales de los demás, hemos enunciado como parte de ella el concepto de un tercero con legítimo interés en cuestionar por ejemplo la transmisión o constitución de un derecho real que pueda perjudicarlo, en la medida que éste no haya sido debidamente publicitado (77).

En la prelación de acreedores sobre un bien inmueble tenemos la existencia de diversos contratos, que por su solo mérito son capaces de constituir derechos reales (de propiedad, se entiende). Sin embargo, cada contratante, en la medida que se obliga con un mismo primer enajenante, es un tercero respecto a los demás adquirentes; y tercero cada uno de ellos, con un legítimo interés en tutelar su derecho a ser preferido en la entrega del inmueble objeto del contrato.

La ley, al indicar su preferencia en favor del tercero con título inscrito, ¿está refiriéndose a un nuevo concepto de tercero, que podríamos llamar “registral”?

En general, la doctrina ha venido a llamar tercero registral al titular de un derecho inscrito, con respecto a un acto o contrato en el cual no haya sido parte (78).

Al respecto, bien señala Pardo Márquez (79) que en lo que atañe al concepto de tercero registral, hay que distinguir dos clases:

(77) Gatti, Edmundo. Ob. Cit. Pág. 377.

(78) Ubilluz Edmundo. Ob. Cit. Pág. 4; Pardo Márquez, Bernardo. Ob. Cit. Pág. 322.

(79) Pardo Márquez, Bernardo. Ob. Cit. Pág. 323.

Un tercero en sentido positivo y propio que ofrece a su vez dos formas;

- el que inscribe su derecho causando perjuicio al derecho de cualquier persona que no ha inscrito.
- el que tiene inscrito su derecho con anterioridad a otros inscribientes sobre el mismo inmueble.

Un tercero en sentido negativo e impropio que por oposición, también reviste dos formas:

- aquel que no ha inscrito su derecho con relación al que lo tiene inscrito.
- aquel que inscribe su título con posterioridad al de otro que también tiene derecho sobre el mismo inmueble y cuyo título ha sido registrado con anterioridad.

En la óptica señalada, tercero registral no sería solamente aquel que adquiere un derecho de quien en el registro ya aparezca con facultad para transmitirlo, sino también aquel que inscribe, oponiendo por esta causa su mejor derecho a otros terceros.

En los términos señalados, nada obsta para admitir que el tercero adquirente a quien protege el artículo 1135° del Código Civil de 1984, otorgándole prevalencia sobre otros terceros, es el tercero registral, entendido en su sentido positivo: como tercero que perjudica al inscribir su derecho.

Lo que realiza a fin de cuentas el dispositivo estudiado es preferir dentro de diversos "terceros interesados" al tercero registral en la variante señalada. Alterini (80) consideraba dentro del concepto de terceros interesados a los sucesores singulares, los titulares de otros derechos reales, la masa del concurso o de la quiebra, los acreedores privilegiados, retentores y simples quirografarios. Pues bien, de todo este universo de posibilidades tal vez los que en mayor número se manifestarán en un problema de diversos acreedores sobre un mismo bien, serán los sucesores singulares, los simples quirografarios, pero sobre todo los posibles titula-

(80) Alterini, Jorge. En Areán de Díaz de Vivar. Ob. Cit. Pág. 138.

res de derechos reales. A ellos, habrá que oponerles un “mejor derecho” fundado en la inscripción.

De esta manera, el tercero de derecho, definido como aquél que, “no teniendo su título inscrito, funda su derecho en no haber sido parte en el acto o contrato, motivo por el cual no puede sufrir perjuicio por hechos en los que no ha intervenido” (81), resulta pese a todo perjudicado pero porque su título deviene menos fuerte que el de aquel otro tercero de derecho, tercero interesado, que logra transformarse en tercero registral.

Pero, para lograr precisamente esa transformación: ¿interesa la buena fe con que pueda obrar?

Répárese que la buena fe que se pueda exigir en relación a la eficacia de la inscripción frente a terceros contratantes —tipo artículo 34º de la Ley Hipotecaria Española— está referida más bien a la adquisición de un bien de alguien que figura como propietario en el registro; a este tercero que adquiere le exigiremos buena fe.

Pero, ¿se la exigimos acaso a aquél que logró por primera vez inscribir? La respuesta a esta pregunta de por sí justifica la necesidad de que se contemple expresamente en el dispositivo que regula la concurrencia de acreedores a la buena fe, pues su referencia estará dirigida a exigir un comportamiento conforme a las reglas de un derecho a aquél que llegue a inscribir y no a aquél que adquiera un derecho de alguien que antes ha inscrito, como es el caso contemplado en el art. 2014º del Código Civil de 1984.

Pese a lo expresado, es indudable la vinculación entre ambos dispositivos, pues el artículo 2022º del Código Civil de 1984 establece que “para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone” (82). En este orden de ideas es lógico y

(81) Pardo Márquez, Bernardo. Ob. Cit. Pág. 321.

(82) Por lo demás, puede darse perfectamente el caso en la concurrencia de acreedores que el original enajenante, tenga inscrito su derecho; o que

razonable que el art. 1135º vigente haya optado por preferir al tercero registral y que la protección brindada a éste, en virtud de la fe pública registral se extienda al que adquiere amparado por las normas del Registro (83).

En adelante, nos centraremos en demostrar como precisamente este concepto de tercero registral, no puede estar divorciado de ciertos requisitos que se le exigen para gozar de la protección registral, incluyéndose entre ellos a la buena fe, pues ésta es presupuesto de la fe pública registral.

4.3 *El principio de la fe pública registral*

Si entendemos a la buena fe tal y como hasta ahora la hemos venido definiendo y la enfrentamos a una institución de bases distintas como es el registro, vemos que se produce una incompatibilidad sólo subsanable con la creación de un nuevo concepto al que hemos venido constantemente haciendo referencia: la fe pública registral.

Con el fin de garantizar una transmisión segura —seguridad entendida y exigida tal y como en el presente trabajo hemos señalado— es que se protege mediante normas expresas, siendo una de ellas, la que analizamos, la confianza creada por la apariencia de un derecho.

En tal sentido, el tratadista español Clemente De Diego (84) afirma que: “. . . se conoce por fe pública registral aquel principio en virtud del cual se substituye en el tráfico jurídico inmobilia-

simplemente ya esté abierta en Registros Públicos, la partida del inmueble que se enajena. ¿Qué sucede en estos casos?, ¿a quién se prefiere? —Art. 2014º del Código Civil de 1984: al tercero de buena fe que adquiere a título oneroso de quien en el registro aparece con facultades para enajenar.

(83) Por lo demás, nuestra legislación registral aunque evidencia un tratamiento muy pobre al respecto, contempla dos normas expresas de protección al tercero que de buena fe accede al registro: artículo IX del Título Preliminar y 173º, inciso c), del Reglamento General de los Registros Públicos.

(84) De Diego, Felipe Clemente, Ob. Cit. Tomo I. Pág. 688.

rio de buena fe la facultad material de disposición, por el contenido del Registro, aunque éste no corresponda a la verdadera realidad jurídica (. . .)”; en palabras del propio De Diego, ello significa “liberar a la inscripción de todo vínculo causal y hacerlo valer como la única y total verdad”. Sin embargo, ello será completamente exacto en la medida que nos ubiquemos en un sistema registral constitutivo de la propiedad y convalidante de actos nulos o anulables. Lo que si resulta innegable desde todo punto de vista, sin embargo, es que —tal y como su propio nombre lo indica: fe pública— su acogimiento dentro de una normatividad sustantiva es de “interés público”, pues la “publicidad no interesa solamente a ciertas personas, sino también —en la mayoría de los casos— a los terceros en general, e incluso al Estado, que considera como un interés propio la seguridad de las relaciones jurídicas mediante un buen sistema de constatación pública” (85).

Ello significa que, tanto en un sistema registral declarativo como constitutivo de la propiedad, se da la protección de la fe pública registral, pero ello no significa afirmar que el contenido de dicho concepto sea igual en ambos sistemas. En los dos —es cierto—, es de interés público contemplarla, sea en la obligatoriedad de la inscripción que se establece (constitutiva) o en la medida que se exija como condición indispensable para la oponibilidad de derechos a terceros (declarativa).

Pero si tal como afirmamos, el fin básico de la fe pública registral es establecer una seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, y hemos entendido este concepto como inseparable de la buena fe civil, en la medida que en este “correcto actuar” de terceros adquirentes se refleja la seguridad jurídica que exige el Derecho Moderno, ¿podemos hablar de un concepto absolutamente autónomo de fe pública registral, divorciado del de buena fe civil?

Para los fines que perseguimos en el presente trabajo, resulta fundamental demostrar cómo el concepto de fe pública registral, no puede estar desligado del concepto jurídico amplio de “buena fe”, ya que de desligarse ambos conceptos, por encima de

(85) Barassi, Ludovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Editorial Bosch. Barcelona, España 1955. Tomo II. Pág. 462. Traducción y notas de Ramón García de Haro y Mario Falcon.

desnaturalizar una institución, se entraría a un concepto cerrado y errado de “seguridad colectiva” —tal y como oportunamente ya hemos enunciado—.

El acogimiento positivo de la fe pública registral se realiza bajo la figura de una presunción de carácter “juris et de jure”: el tenor del registro se presume como exacto en favor del tercero de *buena fe* que adquiere del titular registral (86).

Repárese que en todo momento estamos haciendo referencia a que la protección se extiende sólo en beneficio de terceros de buena fe.

Esta afirmación que como demostraremos, es indiscutible en los sistemas registrales declarativos de la propiedad, ha intentado ser contradicho por quienes ven en los sistemas registrales constitutivos de la propiedad, una abierta omisión a la buena fe, fundamentalmente en relación a la doctrina del “acto abstracto” alemán, que determina que “la virtualidad de la inscripción dependa exclusivamente del consentimiento “abstracto” (acuerdo puro), sin conexión con el acto o contrato que lo determine” (87). Así, la inscripción registral es convalidante de nulidades y vicios de cualquier índole, por lo que algunos se preguntan, ¿qué puede importar la buena fe?

Como veremos a continuación, ello no significa que un “sistema registral absoluto” no acoja a la buena fe.

Al respecto señala Areán de Díaz de Vivar (88):

“... en el régimen alemán con su doctrina del acto abstracto, el derecho real inscripto tiene plena eficacia en favor de los terceros de buena fe, aún cuando conozcan los vicios de que adolecía el acto causal, ya que éste queda totalmente independizado del acuerdo (. . .)”

(86) Areán de Díaz de Vivar, Beatriz, Ob. Cit. Pág. 135.

(87) Nussbaum, Arthur. “Tratado de Derecho Hipotecario Alemán”. Imprenta Helénica. Madrid. España, 1929. Pág. 27.

(88) Areán de Díaz de Vivar, Beatriz, Ob. Cit. Pág. 106.

Aparentemente habría una contradicción en el concepto transcrito. ¿Cómo podemos hablar de buena fe, cuando conocían de los vicios de los que adolecía el acto causal?

Y es que aquí se encuentra el “quid” del asunto.

La buena fe en un sentido jurídico amplio y en su sentido de “creencia” supone:

- a) El desconocimiento de situaciones extrarregistrales que puedan comprobar un divorcio entre la realidad y el registro.
- b) Que se adquiera confiado en las constancias del Registro. O dicho en otras palabras: el desconocimiento de inexactitudes registrales. En un sistema registral declarativo de la propiedad, es obvio y exigencia del propio orden normativo, tal y como lo hemos demostrado, que se contemple a la buena fe creencia en las dos variantes arriba indicadas. Si la transferencia de la propiedad opera con el consenso o con la tradición y no con la inscripción registral, ¿cómo no va a ser relevante el conocimiento de anteriores transferencias, cuando se desea acceder al registro para oponerlo a terceros?

Es más, en los propios sistemas registrales constitutivos de la propiedad, pero no convalidantes de títulos nulos, sería trascendente el conocimiento de anteriores “obligaciones a transferir” por medios distintos del propio registro.

Ello sin embargo, es diferente si nos ubicamos en un sistema registral constitutivo de la propiedad convalidante de títulos nulos como el alemán: si la inscripción “sanea” el título, mal podría argüirse la existencia de algún vicio anterior a la inscripción.

Pero ello, en ningún momento significa que se desheche a la buena fe. La necesidad que se adquiera confiado en las constancias del Registro subsiste; una inexactitud registral, no puede ser conocida por el adquirente, so riesgo del no goce de la fe pública registral.

El Código Civil Alemán que consagra en su art. 873º el llamado y por él creado “sistema registral absoluto” como hemos visto, establece en su art. 891º el denominado “principio de exac-

titud registral” o de “legitimación”, base de todo el sistema registral alemán:

“...Si está inscrito en el Registro un derecho a nombre de alguien, se presume que el derecho le pertenece.

Si está cancelado en el Registro un derecho inscrito, se presume que el derecho no existe...”.

Sin embargo, esta presunción establecida es sólo “*juris tantum*” desde que cabe ser desvirtuada por quien sostiene un divorcio entre la realidad y la situación registral. Por ello, “por ser una simple norma de prueba, de carácter puramente adjetivo, no basta para llenar las necesidades del crédito inmobiliario. Es menester que el comercio pueda confiarse en absoluto a los datos del Registro, sin recelo de posibles pruebas de falsedad” (89).

De esta manera, surge el principio jurídico de la fe pública registral, recogido por el BGB en su art. 892° que prescribe:

“...En beneficio de aquel que adquiere por negocio jurídico un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, el contenido del registro vale como exacto, a no ser que contra dicha exactitud esté practicado un asiento de contradicción o *que la inexactitud sea conocida* para el adquirente. Si el titular está limitado en la disposición de un derecho inscrito en el Registro en beneficio de una determinada persona, la limitación sólo es eficaz frente al adquirente, si resulta patente del Registro o si es conocida para dicho adquirente.

Si para la adquisición del derecho es necesaria la inscripción, es decisivo para el conocimiento del adquirente el momento de presentación de la solicitud de inscripción o, si el acuerdo necesario, según el párrafo 873°, sólo tiene lugar más tarde, el momento de dicho acuerdo...”(90):

(89) Nussbaum, Arthur, Ob. Cit. Pág. 41.

(90) Traducción del Código Civil Alemán (BGB) de Melón Infante, Carlos. Notas Aclaratorias. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1950, Pág. 188.

Entonces, a la pregunta ¿puede privárseles a los terceros adquirentes de buena fe, de protección legal?, el mismo sistema creador del registro absoluto, responde que no: el conocimiento por parte del adquirente de una inexactitud registral –discordancia entre el registro y la realidad– será determinante, pero como antes de la inscripción aún no hay transferencia de dominio y mediante su realización recién operará, brindando al nuevo propietario un título libre de vicios y nulidades, es necesario que hagamos depender ese conocimiento de un hecho objetivo: el momento de presentación de la solicitud de inscripción o la fecha de la “investidura” (91).

Por ello, como Nussbaum (92) debemos concluir que en virtud de este principio de fe pública registral, “las inscripciones del Registro se reputan como verdaderas, aún cuando no lo sean en realidad, para todo aquél que *de buena fe* y por acto voluntario, adquiera derechos sobre una finca o sobre otro derecho inmobiliario (. . .)”. Así, “sólo puede invocar los beneficios de la fe pública quien, fiado en la verdad del Registro, adquiera un derecho sobre el inmueble; quien haga efectiva alguna prestación a la persona que allí aparezca inscrita con derecho a recibirla, y cuantos, finalmente, realicen algún acto de disposición ateniéndose al sujeto inscrito (93) (. . .).

No pueden, por el contrario, acogerse al principio de la fe pública cuantos conociesen la inexactitud de una inscripción, porque ésto equivale a obrar de mala fe (. . .)”.

Destruída pues la falsa premisa referente a que dentro de un sistema registral absoluto no interesa la buena fe civil, es posible

(91) Acuerdo formalizado ante el Registro. Artículo 873^o del Código Civil Alemán.

(92) Nussbaum, Arthur. Ob. Cit. Págs. 41, 44 y 45.

(93) Prescribe el art. 893^o del Código Civil Alemán: “. . . Las disposiciones del párrafo 892^o se aplican oportunamente si es efectuada una prestación a quél a cuyo nombre está inscrito un derecho en el Registro en base a este derecho, o si ante él y otra persona es celebrado, en relación con este derecho, un negocio jurídico que no cae dentro de las disposiciones del párrafo 892^o, el cual contenga una disposición sobre dicho derecho”. Versión de Melón Infante Carlos. Ob. Cit.

entender cómo, con mayor razón, dentro de un sistema registral declarativo de la propiedad la buena fe civil constituye un requisito previo para acceder a la protección de la fe pública registral, y aquí sí abarcando el posible conocimiento de inexactitudes registrales, aún por medios distintos a los contemplados en el registro.

Por ello también, dentro de la solución que pretenda darse a un problema de concurrencia de acreedores en un sistema declarativo de la propiedad inmueble, resulta lógico que se prefiera al Tercero Civil que accede al registro, pues se protege y prefiere al Tercero Civil que se transforma en Tercero Registral, hecho que sólo es posible de darse, sobre la base de la buena fe de dicho tercero, único medio posible de acceso a la protección del registro y del principio de fe pública registral.

Repárese que, dentro de un sistema registral constitutivo de la propiedad inmueble, el problema de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien no reviste mayor trascendencia, pues la determinación del orden de preferencia de los derechos constituidos sobre un mismo inmueble se da en virtud del orden en la inscripción (94). Como el registro recién determina quien es propietario, el orden de las inscripciones determina la prioridad, y en defecto de ellas, la solicitud de inscripción o la fecha de la "investidura", darán una prioridad para el otorgamiento de la propiedad.

En rigor, dentro de un sistema registral declarativo de la propiedad como el nuestro y que además recoge un sistema consensual de transferencia de la propiedad inmueble, es donde aparentemente nos enfrentamos a un conflicto en donde la solución brindada por el artículo 1135° del Código Civil parece contradictoria con el régimen imperante de transferencia de la propiedad inmueble. Algunos estudiosos nacionales se han preguntado cómo, si la regla general en materia de transferencia de propiedad de bienes inmuebles es el solo consenso, tal y como lo señala de manera indubitable el artículo 949° de nuestro Código: "...La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor pro-

(94) Noailles, Luis Valiente. *Derechos Reales*. Roque de Palma. Editor. Buenos Aires. Argentina, 1958. Pág. 530.

pietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”, puede el consentimiento precisamente ocupar el último lugar en la prelación indicada por el referido artículo 1135° del Código Civil.

Al respecto, Jara (95) señala: “(. . .) es necesario cautelar cuidadosamente las transferencias, lo que no ocurre actualmente al permitirse que una persona adquiera una cosa inmueble al amparo del artículo 1172° (96), pero otro que suscribió un contrato posterior y que por tanto no recibió nada porque su enajenante ya había transferido la propiedad, resulta teniendo mayor derecho por haber lo inscrito (. . .)”.

Repárese que el sustento de una posición como la anteriormente reseñada, parte de la llamada “Regla Universal de Derecho”, según la cual no adquiere la propiedad quien obtiene a “Non Domino”, o sea de quien no es dueño de la cosa, porque nadie puede transmitir a otro un derecho que él mismo no posea (“Nemo Plus Juris”). De esta manera, se ha tratado de ver una contradicción entre los artículos 949° y 1135° del Código Civil, pues lo que estaría planteando este último precepto legal es que el título es la convención y el modo la inscripción.

Como veremos a continuación, no hay nada más alejado de la verdadera *ratio-legis* del artículo 1135° que la conclusión antes indicada.

4.4 *Solución brindada por el artículo 1135° del Código Civil: indole obligacional y no real*

El artículo 949° del Código Civil, al establecer que “la sola obligación de enajenar un inmueble determinado” transmite la propiedad inmueble, en rigor, no establece el consenso como modo de transmisión de la propiedad; es casi por costumbre jurídica

(95) Jara Flores, Iván Humberto. *Clasificación de los Bienes*. Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. 1983. Págs. 82-83.

(96) Se refiere al Código Civil de 1936. Su equivalente en el vigente Código Civil de 1984, es precisamente el artículo 949°.

que se ha venido afirmando que “el solo consenso transmite propiedad”. Lo que sucede es que, en un mismo instante, coetáneamente, coinciden título y modo, que determina el nacimiento de la obligación y su cumplimiento. Así, cuando por medio de un contrato de compraventa se vende un bien inmueble, el título está precisamente representado por dicho contrato, del que nace “la obligación de enajenar”, pero que por mandato legal hace operar en el mismo momento al modo de transferencia que está representado por la cesión. En consecuencia, que coincidan por disposición expresa de la ley, título y modo, no significa que sean lo mismo, pudiendo perfectamente diferenciarse el consentimiento de la cesión. Por ello, el artículo 949° del Código Civil no hace sino reconocer a la cesión como el modo por excelencia de transmisión de derechos. Sin embargo, contempla dos claras excepciones:

- A) Cuando medie pacto en contrario.
- B) Cuando exista disposición legal diferente que establezca un modo distinto a la cesión, transmisor de la propiedad inmueble.
 - a) El Código Civil Peruano de 1936, sólo contemplaba la primera de las excepciones antes indicadas. Sin embargo, el “pacto en contrario” no significó nunca la posibilidad de establecer contractualmente entre las partes un modo distinto a la cesión como modo de transmisión de la propiedad inmueble; sólo significó la posibilidad de separar en el tiempo la coincidencia de título y modo, de tal manera que fuera posible celebrar un contrato que pretendiera transmitir propiedad y que sin embargo dicha transferencia sólo operara ulteriormente: pacto de reserva de dominio. De allí precisamente que Jara afirmara la existencia de una contradicción entre los artículos 1172° y 1174° del Código Civil de 1936. (Actuales artículos: 949° y 1135° del Código Civil de 1984).
 - b) El Código Civil de 1984, agregó la segunda excepción de la que hablamos: disposición legal diferente. Aparentemente (97), esta innovación sí pretende contemplar la posibilidad

(97) Decimos aparentemente pues aún no hay exposición de motivos sobre dicho artículo elaborado por la Comisión Revisora. Lo expuesto por la Comisión Reformadora, a través de la Dra. Lucrecia Maisch Von Humboldt, en torno al artículo 949° es lacónico, pero cita el artículo 28° de la Ley No. 13517 como posible excepción legal al modo de transfe-

de establecer un modo de transmisión de la propiedad inmueble distinta a la cesión, pero por ley y no por pacto privado.

Ello ha servido de base para que Bigio (98) afirme: “(. . .) El agregado “salvo disposición legal diferente” permite armonizar adecuadamente las soluciones previstas en los artículos 949° y 1135° del Código Civil (que aluden, respectivamente, a dos modos distintos de adquirir la propiedad: el contrato y la inscripción).

En conclusión, puede afirmarse, en principio, que por la compra-venta inmobiliaria el comprador se convierte en propietario por haberse perfeccionado su adquisición (artículo 949).

Dicha solución es modificada (al margen de la responsabilidad penal en que incurra el vendedor), si éste vende el inmueble a un segundo comprador, que actuando de buena fe obtiene la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad Inmueble, caso en el cual tiene mejor derecho que el primer comprador, o mejor dicho, lo excluye. (Su modo de adquirir es oponible erga omnes y no sólo ante el vendedor.

Así lo dispone el artículo 1135° del Código Civil, que en cierta forma otorga a la inscripción, la calidad de modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria (. . .)”

En relación a las opiniones antes transcriptas de los doctores Jara y Bigio, con el debido respeto que nos merecen, creemos parten de una premisa errónea: ambos pretenden ubicar al problema de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble dentro de un campo estrictamente real y no obligacional; sin embargo, ese error es compartido por un amplio sector doctrinario que inclusive ha inspirado soluciones legislativas al problema materia de nuestro análisis desde el aspecto real del problema: los Códigos Civiles Español (artículo 1473°), chileno (artículo 1817°), Co-

rencia de la propiedad contemplado en el precepto en cuestión. Maisch Von Humboldt, Lucrecia. En *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Tomo V. Artes Gráficas Industria Avanzada. Lima. Perú. 1985. Pág. 186.

- (98) Bigio Chrem, Jack. *La Compra-Venta y la Transmisión de Propiedad*. En: “Para Leer el Código Civil”. Fondo Editorial P.U.C. 1984. Págs. 204-205.

lombiano (artículo 1873°), Ecuatoriano (artículo 1784°), Mexicano (artículo 2266°) y Salvadoreño de 1947 (artículo 1621°), entre otros, pretenden brindar soluciones de carácter real al ubicar la concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles dentro de la compraventa; en cambio, los Códigos Civiles Italiano (artículo 1380°), Portugués (artículo 407°) (99), Argentino (artículo 596°), Panameño de 1917 (artículo 1243°), Uruguayo de 1869 (artículos 1337 y 1680°), Anteproyecto del Paraguay de 1964 (artículo 941°), Proyecto Peruano de 1891 (artículo 1485°) y Peruano de 1936 (artículo 1174°), entre otros, se ocupan del problema dentro del libro de las obligaciones.

Sin embargo, aun pese a la diversidad de tratamiento legislativo que se le brinda al problema de la concurrencia de acreedores, la gran mayoría de las soluciones que se proponen al respecto —sea de índole real u obligacional— apuntan a preferir al acreedor que inscribió su título en el Registro; ello significa que esta solución puede obedecer a razones de distinta naturaleza.

Entonces, ¿el artículo 1135° del Código Civil Peruano de 1984 brinda una solución real u obligacional al problema de la concurrencia de acreedores?

Más allá por un instante, de una simple interpretación “*sedes-materiae*” (ubicación de la norma) que pudiera realizarse, lo cierto es que el artículo 1135° no trata de brindar una solución a un problema de “pluralidad de propietarios”, sino que pretende dar una salida de carácter excepcional a una situación también de excepción dada por la concurrencia de diversos acreedores que exigen la entrega de un mismo bien inmueble; la razón del artículo 1135° es pues, finalmente, el de determinar la prioridad en la entrega de un mismo inmueble; se trata entonces de una solución de carácter obligacional y no real.

(99) En realidad, los Códigos Civiles Italiano y Portugués regulan el problema de la concurrencia de acreedores, como un conflicto entre sucesivos adquirentes de un mismo derecho personal de goce —tipo anticresis o locación—. Según Messineo, es el artículo 2644° del Código Civil Italiano el que resuelve el problema de la concurrencia sobre inmuebles, al regular los efectos de la transcripción: prevalece el contratante que primero haya logrado la transcripción en los Registros.

Pongamos un ejemplo claro que desmostrará la validez de esta nuestra afirmación: A vende en determinada fecha a B, un inmueble de su propiedad, quedando sin embargo diferida la entrega de dicho bien a una fecha ulterior. Con posterioridad a la celebración del contrato de compraventa entre A y B, pero antes de la entrega del inmueble, A arrienda el mismo bien a C, quien desconociendo de la enajenación realizada por A con anterioridad, y que no ha sido inscrita, logra inscribir su derecho en el registro de la propiedad inmueble. Tanto B como C reclaman la entrega del mismo bien inmueble para poseerlo. Repárese que el problema planteado es estrictamente hablando, uno de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, pero no se trata de dos acreedores que reclaman la propiedad sobre el bien, sino de dos acreedores que reclaman ser preferidos en la entrega del inmueble por dos títulos distintos: uno en arrendamiento; otro en propiedad para poseerlo.

La solución al presente caso es clara: en virtud del artículo 1135° del Código Civil, será preferido en la entrega del bien inmueble C, por haber inscrito con buena fe su contrato de arrendamiento en el registro, lo que no tiene ninguna relevancia en torno a la propiedad sobre el referido inmueble que recaerá indiscutiblemente en B, quien será un propietario que no poseerá en forma directa el bien (poseedor mediato). La solución brindada al caso planteado, a la luz del artículo 1135°, es perfectamente coherente con lo dispuesto por el inciso 1) del artículo 1708° del Código Civil, que obliga al nuevo propietario a respetar el arrendatario que tuviere su título inscrito.

Por lo expuesto, las legislaciones que enfocan el problema de la concurrencia de acreedores bajo el título de “ventas múltiples” o “pluralidad de ventas de una misma cosa”, no sólo confunden la solución (real) del problema, sino que brindan un tratamiento parcial a una situación excepcional que exige una respuesta integral del derecho; las “ventas múltiples” son sin duda parte del problema de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, pero dicho problema no se agota en ellas; abarca un campo mucho más extenso de aplicación como creemos haber demostrado.

Esta es la misma razón por la que Albaladejo (100) ante el texto del artículo 1473º del Código Civil Español que regula concurrencia de acreedores bajo el título de “pluralidad de ventas de una misma cosa”, se ve en la necesidad de reconocer que en realidad, hablar de “doble venta” no es sino, uno de los supuestos de la posible pluralidad de cualesquier acto sobre una misma cosa y que, al establecer el citado dispositivo la prelación respecto a inmuebles, en favor del que antes la haya inscrito en el Registro, no debe entenderse esto en el sentido que la inscripción en el Registro, en sí es lo que hace adquirir la propiedad al primer comprador que inscribe, sino en cuanto tal inscripción presupone la tradición o entrega de la posesión de lo vendido (101). Así, si se inscribe una venta sin tradición (102), la propiedad no corresponde al comprador que inscribió. Del mismo modo, en un sistema consensual de transmisión de la propiedad inmueble como el nuestro, no cabe verse la solución brindada por el artículo 1135º con una excepción al modo que contempla el artículo 949º del Código Civil: la inscripción de una venta en los Registros Públicos, presupone el consenso que ha hecho operar a la cesión como modo de transmisión de la propiedad inmueble.

Al respecto, el maestro León Barandiarán (103) señala: “. . . La inscripción del acto que origine un derecho sobre un inmueble, da a aquél plena eficacia frente a terceros. Si el mero consentimiento es apto para consumir “inter partes” la constitución de un derecho real sobre un inmueble (. . .) es, sin embargo, inapto para imponerse ante terceros, requiriéndose la publicidad que le

(100) Albaladejo, Manuel, Ob. Cit. Tomo II. “Derecho de Obligaciones”. Volumen II. “Los Contratos en Particular y las Obligaciones no Contractuales”. Págs. 78 y sgtes.

(101) Debe recordarse que España recoge un sistema real de transferencia de la propiedad, tanto mueble como inmueble; la tradición transmite propiedad.

(102) Se refiere a la figura de la “tradición instrumental” que existe en España: la escritura pública vale como tal; por lo que el destacado autor español se pone en el supuesto que la escritura no funcione como “tradición”.

(103) León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Peruano*. Editorial Edior S.A. Editores, Buenos Aires, Argentina, Tomo I. Obligaciones. Págs. 29-30.

da el hecho de la inscripción. Esta viene pues, *a atribuir un carácter preferencial al derecho al cual concierne*, (subrayado nuestro) frente a otros derechos que, no estando inscritos, no irradian sus efectos más allá de las partes y, en consecuencia, no son oponibles a terceros, con tal derecho inscrito (. . .)”.

En suma pues, el hecho de la inscripción contemplada en el artículo 1135° del Código Civil, no debe ser interpretado sino como lo que realmente es: un criterio de preferencia; de ningún modo, creemos, resulta factible concebirla como un modo distinto a la cesión, que por disposición expresa de la ley, transmite la propiedad inmueble. Lo afirmado, resulta claro aun en el derecho comparado en donde específicamente citaremos a la legislación Italiana, que como sabemos adopta —al igual que la nuestra— la consensualidad como modo de transferencia de la propiedad inmueble, con la sola salvedad que en ella, el solo consenso transfiere la propiedad en general. Al respecto, son ilustrativas las palabras de Messineo (104) en cuanto al tema que nos ocupa: “(. . .) el consentimiento, cuando el mismo sea legalmente manifestado y concurren los presupuestos antes enumerados, basta para que el contrato produzca el efecto real. Basta —sin duda alguna— en las relaciones entre las partes (. . .). Pero basta, también, frente a los terceros en general, en el sentido de que el derecho real es adquirido, sin más, por el causahabiente o bien respectivamente —el derecho (nuevo) es constituido por el causahabiente también frente a terceros, sin que las partes —y especialmente el causahabiente—, deban hacer otra cosa. El efecto traslativo o constitutivo sólo es inoperante frente a aquel tercero que haya precedido al adquirente en el cumplimiento de la carga de la transcripción.

De ello, se sigue que la transferencia (o la constitución) del derecho, a base del contrato, es eficaz y corre —entre las partes y también frente a la generalidad de terceros— desde el momento mismo en que se haya perfeccionado el contrato e independientemente de la fecha de la publicidad; pero queda a salvo el efecto de la eventual transcripción de otro título de adquisición, o (de constitución) de derecho concurrente, la cual atribuye la preferencia al segundo título, que corre desde la fecha de esa publicidad.

(104) Messineo, Francesco. Ob. Cit. Tomo IV. Obligaciones Parte General. Pág. 497.

En efecto, si otro título es transcrito —o transcrito antes—, el título precedente, al perder eficacia, no puede tampoco señalar el momento de una adquisición (o de una constitución) del derecho, la cual no tiene lugar porque tiene lugar la adquisición o la constitución del derecho que tiene su base en el otro título predominante.

Está, igualmente, fuera de discusión (y es, al mismo tiempo, una prueba del carácter constitutivo del contrato traslativo) que el enajenante, ya en virtud del contrato de enajenación y en la fecha del mismo e independientemente de la transcripción de él, pierde sin más la propiedad de la cosa, también frente a los terceros, sin que quede prejuzgado el punto de a quien sea transferida la cosa, cuando haya sido transferida una segunda vez, o varias veces (...).”.

La transcripción que hemos realizado, aunque algo extensa, tiene la virtud de poner de relieve el real tratamiento que se le da a un problema de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien dentro de un sistema consensual de transferencia de la propiedad. En ningún momento se pone en tela de juicio que ésta ya ha operado con el solo acuerdo de voluntades, pero al mismo tiempo —precisamente por ubicarnos en el terreno obligacional del tema— se afirma que ello no predetermina a quien en definitiva va a ser transferida la cosa en el supuesto de sucesivas transferencias, pues puede darse el caso que títulos anteriores en el tiempo, pierdan eficacia ante adquisiciones de mayor valor, pues suman a su título un “mejor derecho” determinado casi en la generalidad de los casos por la inscripción en el Registro.

El artículo 1135° del Código Civil Peruano de 1984 pues, debe precisamente ser interpretado como un precepto de carácter excepcional ante un hecho excepcional que cubre el caso de sucesivas transferencias realizadas por un mismo sujeto. Si nos ubicamos dentro del plano real, corremos el riesgo de aplicar principios cuyo carácter absoluto y universal, ya hemos negado: el “*nemo plus iuris*” y el “*prior in tempore, potior in jure*”, son principios que deben ser opuestos al de “buena fe del tercero adquirente” y el de “*vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*”, que dentro del terreno de las obligaciones sirven precisamente para determinar preferencias en el orden del goce de los efectos de un con-

trato; aun cuando dichos efectos sean reales, en modo alguno ello significa que la solución brindada al problema de la concurrencia de acreedores sobre un mismo inmueble, deje de ser obligacional.

La solución que brinda el artículo 1135° del Código Civil de 1984, al preferir en caso de concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles al primero que inscribe su título con buena fe, y su ubicación dentro de las obligaciones de dar, no representa ninguna incoherencia dentro de un sistema consensual de transferencia de la propiedad, y menos aún una excepción a la forma de transferir, al plasmar al registro como modo de adquisición.

Lo que realiza el citado dispositivo no es, en ningún momento, poner en tela de juicio que la transferencia de propiedad ya ha operado con el acuerdo de voluntades. Lo que hace es regular un caso de excepción, en donde títulos anteriores en el tiempo van a perder eficacia ante una adquisición de “mayor valor” que suma a su título un mejor derecho, determinado por la buena fe del adquirente y la inscripción en el Registro.

Messineo —a quien hemos seguido en la explicación de las razones antes dichas— en relación precisamente al problema de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, afirmaba que la solución del problema planteado se obtenía sobre la base de las normas sobre transcripción que contempla el artículo 2644°, segundo apartado, del Código Civil Italiano: “. . . realizada la transcripción, no pueden tener efecto contra aquél que ha transcrito alguna transcripción o inscripción de derechos adquiridos contra su causante, aun cuando la adquisición se remonte a fecha anterior”. Indica Messineo (105): “. . .) la transcripción es el medio para hacer invulnerable la adquisición por parte de quien quiera que sea, y para poder oponer eficazmente a todos los terceros, la propia adquisición; o sea, es razón por la cual es preferida —entre dos (o más) adquisiciones, igualmente válidas, del mismo causante de un idéntico derecho inmobiliario (ejemplo, adquisición de dos derechos de propiedad sobre el mismo inmueble), o de derechos inmobiliarios entre los cuales hay incompatibilidad

(105) Messineo, Francesco. Ob. Cit. Tomo IV, Pág. 500 y Tomo III, Pág. 575.

(ejemplo, adquisición del derecho de propiedad inmobiliaria y adquisición del derecho de hipoteca inmobiliaria)— aquella que primeramente se haya hecho pública a cualquier título (artículo 2643º, primer apartado). Y ser preferida tiene alcance dirimente, en el sentido, precisamente, de que la adquisición de un derecho (o de una situación) prevalece sobre otras adquisiciones no transcritas o transcritas posteriormente, o sea que excluye (precluye la eficacia de) los otros derechos, haciéndolos ineficaces respecto del transcribiente (artículo 2644º, segundo apartado) (. . .)”

En consecuencia, conforme al artículo 1135º del Código Civil de 1984, el acreedor preferido por haber inscrito en el Registro, con buena fe, va a gozar de la *eficacia* de su título, preteriendo otros títulos, aun cuando éstos sean anteriores en el tiempo. Dichos efectos, que nacen de su título preferido (efectos de las obligaciones), pueden ser de índole real —como de hecho lo es la entrega de un bien inmueble y la conservación del derecho de propiedad—, lo que en modo alguno enerva la calificación del problema de la concurrencia de acreedores, como uno de índole obligacional. Por ello, podríamos afirmar que, a la luz del artículo 949º del Código Civil, todos los acreedores “deberían ser propietarios”, pero como sólo el condominio es la única “pluralidad de propietarios” admitida, el Derecho debe optar por alguno como poseedor de los efectos que genera su título de adquisición. Por ello, deben algunos títulos declararse ineficaces —incapaces de producir efectos: no inválidos—, y preferirse uno de ellos, que al ser elegido mantendrá sus efectos. Ello pretende ser la solución que brinda el artículo 1135º.

¿Y cuál es el efecto inmediato al ser preferido? La entrega del inmueble; pero además, ante la pérdida de eficacia de algunos títulos, la transferencia de propiedad en beneficio del acreedor preferido, será la única que se mantendrá en el tiempo.

Por lo expuesto, consideramos que constituye un error, de graves consecuencias, el afirmar que el Registro es constitutivo de la propiedad “inter partes”. Lo único que realiza el registro, sobre la base de la publicidad que brinda, es calificar un título, otorgándole un mejor derecho, a fin de ser “opuesto” con éxito ante terceros, tornando los títulos de éstos ineficaces.

Se trata pues de sucesivas obligaciones de dar un mismo inmueble y, si bien en virtud del contrato se transfiere la propiedad, como existen varios acreedores que reclaman ese derecho se prefiere al que ha inscrito. ¿Por qué?

–Por varias razones:

- a) En primer lugar, porque estamos frente a un caso de excepción en donde el Derecho tiene que optar por alguien, sacrificando a otro.
- b) En segundo lugar, porque ubicado el Derecho en la disyuntiva antes indicada, tratará de preferir instituciones que encarnen la seguridad jurídica. Así, entre un primer propietario deshonesto y varios subsiguientes adquirentes, se preferirán sin duda a éstos, pues ellos encarnan la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.
- c) En tercer lugar, entre los sucesivos adquirentes, debe a su vez, preferirse a alguien, que encarne la seguridad jurídica. Así el primer adquirente debe tener buena fe sin duda alguna, pero existiendo también este requisito en los demás adquirentes, una vez más se ve el derecho ante la disyuntiva de optar por el “Nemo Plus Juris” o la “Buena Fe”. Si ya una vez optó por este segundo principio, consecuentemente, debe volver a hacerlo. De esta manera, la buena fe y aparente propiedad del primer adquirente por el modo de adquirir, será derrotada por la buena fe y diligencia en el obrar del posterior adquirente, pues él encarna con mayor rigor el concepto de seguridad jurídica.

4.5 *Segundo orden de preferencia contemplado en el artículo 1135° del Código Civil*

Como se podrá apreciar, dentro de la prelación contemplada en el artículo 1135°, se ha reemplazado en el segundo orden de preferencia al instrumento público a que se refería el Código Civil de 1936, por el documento de fecha cierta (lo que brinda un espectro mucho más amplio en el goce de la preferencia otorgada por el artículo 1135° del Código Civil en relación al artículo 1174° del Código de 1936). Sin embargo, ello significa que dentro del aspecto privado, se está dando una mayor relevancia a la

forma del acto jurídico, aunque ésta sea en la mayoría de los casos a presentarse en el supuesto estudiado, sólo “ad probationem”.

Pese a esto, reconocemos que, dentro de la ratio-legis del precepto estudiado en donde se prefiere al acreedor que suma a su buena fe la diligencia en el actuar, resulta hasta cierto punto lógico y justo proteger a quien tuvo la precaución de que su título conste en documento de fecha cierta, aunque éste no sea instrumento público, en desmedro de quien sólo mantiene su título en documento privado puro y simple, pues lo único que se persigue en realidad, en el supuesto segundo de la concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles, es sujetar el orden de prelación establecido a un criterio de “seguridad jurídica” que no es distinto al previsto para el primer orden de la prelación.

Sobre el particular, sin embargo, surge la duda de qué se entiende por “fecha cierta”. El Código Civil de 1984 no ha definido lo que debe entenderse por este concepto, al igual que tampoco lo hizo el código Civil de 1936, cuando lo contempló para los casos de constitución de prenda. Dicha situación plantea ciertas interrogantes que la jurisprudencia deberá darle respuesta, aunque particularmente y dada la singular situación del Poder Judicial en nuestro medio, hubiese sido deseable que la precisión de este concepto no hubiese quedado librado a los tribunales.

En principio, por “fecha cierta” debe entenderse la precisión del tiempo que, atendiendo a particulares circunstancias, no sea susceptible de presentar duda alguna. Estas particulares circunstancias pueden responder a la naturaleza propia del documento en que se consigne la fecha o, en atención a las cualidades del funcionario competente que diera fe de su realización. Conforme a la opinión del doctor Jorge Eugenio Casteñeda (106), “fecha cierta” es la fecha que no puede ser puesta en duda, produciendo en su concepto el carácter de “fecha cierta”, las escrituras públicas mientras no se declaren la nulidad o falsedad de las mismas, el instrumento privado reconocido en diligencia preparatoria, desde que es reconocido ante el Juez, y el instrumento privado

(106) Castañeda, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo III. “Los Derechos Reales de Garantía”. Editorial Imprenta Amauta S.A. Lima-Perú. 1967. Págs. 46 y siguientes.

firmado ante testigos. El mismo doctor Castañeda, niega el carácter de “fecha cierta” a las legalizaciones realizadas por Notario Público de las fechas en las que aparece extendida la legalización de firmas, y a aquéllas que brotan de los libros comerciales y contables que conforme a ley deban llevar las instituciones sujetas al Código de Comercio.

Sin embargo, las razones esgrimidas por el doctor Castañeda para considerar como poco confiable de producir “fecha cierta” las puestas en las legalizaciones de firmas realizadas por Notarios, son hasta cierto punto ofensivas para la función Notarial, pues se basan en la absoluta desconfianza del Notariado Público. Según Manuel Augusto Olaechea (107), “la fecha cierta” se puede establecer, sea por la exhibición anterior del documento en juicio; sea por su legalización hecha por Notario, o por reconocimiento judicial; por la inscripción del documento en cualquier Registro; por el fallecimiento de su otorgante, o de aquél que lo escribió o de quien firmó como testigo, y en general por todo medio que establezca la autenticidad indubitable de la fecha del documento”.

Lo cierto es que, si analizamos la finalidad que persigue la ley al exigir la “fecha cierta”, para establecer el segundo orden de prelación del artículo 1135º del Código Civil, la misma creemos, debe responder a cualquier hecho que establezca de manera indubitable la realización de determinado acto. En este sentido, resulta también importante citar la opinión de Messineo sobre lo que debe entenderse por “fecha” y “fecha cierta” (108):

“...por “fecha” se entiende un cierto momento del tiempo. Momento al cual se remonta la declaración de voluntad o la traducción de ella por escrito.

La fecha (en sentido amplio) es comprensiva también del lugar en el cual se ha tomado la declaración de voluntad, tanto que se suele decir que la declaración de voluntad es “fechada desde...”, por decir que ha sido “redactada en...”; pero, en algún

(107) Olaechea, Manuel Augusto. En: Castañeda, Jorge Eugenio. Ob. Cit. Pág. 47.

(108) Messineo, Francesco. Ob. Cit. Tomo II. Pág. 402.

caso, el lugar es indiferente y puede omitirse, mientras no puede omitirse la indicación del momento del tiempo (fecha en sentido estricto)". Advierte sin embargo, que la fecha puede llegar a ser cierta por otras circunstancias:

- "a) La muerte o la sobrevenida imposibilidad física de quien ha suscrito un documento (porque, evidentemente, no puede considerarse que la suscripción tenga fecha posterior a la muerte o la imposibilidad física);
- b) la reproducción del contenido de la escritura privada en acto público;
- c) otro hecho que establezca, de un modo especialmente cierto, la anterioridad de la formación de la escritura privada (artículo 2704º, primer apartado Código Civil Italiano): ejemplo, sello postal sobre una tarjeta; lectura del acto hecha por los terceros en una fecha determinada; ejecución de negocio, documentado por el acto sin fecha; fecha de la constitución de la prenda, resultante del asiento de Libro Diario. . .".

En suma pues, si por "fecha cierta" debe entenderse la determinación del tiempo en que se ha producido cierto acto de tal manera que establezca de una manera indubitable la celebración del mismo, podría en nuestro concepto incluirse como ejemplos de fecha cierta:

- a) Los instrumentos públicos, que serían aquellos reconocidos como tales en el artículo 400º del Código de Procedimientos Civiles.
- b) Los instrumentos privados judicialmente reconocidos, desde la fecha de su reconocimiento.
- c) Los otorgados por funcionario competente, en ejercicio de sus funciones (y en donde creemos podría incluirse la certificación de firmas por Notario Público, pues no reconocerle a un funcionario que tiene carácter de Fedatario Público la facultad de verificar la realización de ciertos actos en determinadas fechas, sea por extensión, al legalizar firmas, implicará presumir la mala fe de dichos funcionarios, lo que particularmente no creemos dable).
- d) Cualquier hecho que establezca de manera indubitable la celebración de un acto o la imposibilidad de haberse celebrado en cierto lapso.

4.6 *Medios efectivos de protección del acreedor preferido por el artículo 1135º del Código Civil*

En lo relativo a los diversos tópicos que hemos intentado clarificar a lo extenso del presente trabajo, en relación a la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, sólo nos resta analizar, cuál puede ser el medio de defensa que se prevé para el acreedor preferido: ¿Es ya propietario y como tal, puede ejercitar una acción reivindicatoria con éxito, o acaso el artículo 1135º sólo lo ha colocado como acreedor, en una situación privilegiada frente a otros?

Al respecto, Osterling (109) comentando la solución brindada por el citado artículo señala: “. . . En el caso de los bienes inmuebles, y si se trata de la transferencia del dominio, el acreedor preferido, al haber adquirido la propiedad, podrá ejercitar la acción reivindicatoria para exigir la entrega (. . .)”.

Es cierto —como ya hemos indicado— que al preferirse al acreedor que inscribe con buena fe, su título será el único que producirá efectos jurídicos y, si se trata de un contrato de efectos reales que involucra transferencia de propiedad, resulta obvio que dichos efectos serán de dos clases:

- a) Se transferirá la propiedad en favor del acreedor que ha inscrito, con buena fe.
- b) Se entregará el bien inmueble al acreedor que ha inscrito, con buena fe.

Sin embargo, una sutil diferencia existente entre los efectos antes indicados, que hasta este instante parecía irrelevante, cobra singular importancia tratándose de dilucidar cuál es el medio idóneo para proteger al acreedor preferido:

- la entrega del bien inmueble recién se decide jurídicamente, en la aplicación de los criterios de prelación establecidos en el artículo 1135º. En este sentido, puede hablarse de un efec-

(109) Osterling Parodi, Felipe. “Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil”. En *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Ob. Cit. Tomo V. Pág. 313.

to originado en la preferencia legal y de sentido positivo para el acreedor preferido.

- la transferencia de propiedad del bien inmueble ha operado con el consentimiento manifestado en cada uno de los sucesivos contratos traslativos de dominio. Ello en virtud de que todos los contratos son válidos, pues la mala fe no es causal de invalidez, sino de ineficacia de actos jurídicos. En tal sentido, la preferencia legal contemplada en los criterios de prelación del artículo 1135º, deciden la ineficacia de determinados contratos (los celebrados de mala fe), determinando que *sólo uno siga gozando* de eficacia. Aquí, no puede hablarse que el efecto traslativo de propiedad se origine en el artículo 1135º; mediante este artículo se reafirma la eficacia de un acto ya celebrado (esto es que la transferencia de propiedad es un efecto anterior a la preferencia legal) y se perjudica válidamente otros actos haciéndoles perder eficacia (y en este aspecto puede hablarse de un sentido negativo para terceros).

Son estas razones quizás, las que han llevado al Profesor Messineo (110) a afirmar que no es necesario recurrir a la acción reivindicatoria para lograr la entrega del bien inmueble. Al respecto, opina el destacado autor en relación al artículo 2644º del Código Civil Italiano: “. . .Una de las ventajas prácticas de la función ejercida por el parágrafo del artículo 2644º, es que el adquirente que haya transcrito, no tiene necesidad —si está en cuestión un derecho real— de ejercitar frente al otro adquirente la acción de declaración de certeza del derecho (111) o la reivindicatoria u otra acción real; puede limitarse a demostrar que el título de él, porque este último está transcrito, o ha sido transcrito antes (. . .)”

Sin embargo, nosotros concordamos sólo parcialmente con el destacado autor italiano. Creemos como él, que la sola invocación de la preferencia legal que la inscripción otorga por el artículo 1135º del Código Civil, basta para probar el mejor derecho que se posee —siempre y cuando no se demuestre que se inscribió con mala fe—, pero ello no es suficiente para lograr la entrega del bien

(110) Messineo, Francesco, Ob. Cit. Tomo III. Pág. 573.

(111) Equivalente a nuestra acción declarativa de mejor derecho.

(en posesión de un acreedor no preferido, por ejemplo). Aquí habrá que *accionar* contra este tercero para la entrega del inmueble.

Pero, ¿mediante qué título? El que brota de la preferencia que la propia ley otorga por el hecho de la inscripción. Ello en nuestro concepto —y a diferencia de lo indicado por Messineo— sí haría necesaria una acción declarativa de mejor derecho, la que sin embargo debería ser ejercitada acumulativamente: se demandaría la entrega del bien inmueble en virtud del mejor derecho que la ley otorga.

Entonces, nos preguntamos: ¿es necesario recurrir a esta demanda acumulativa, cuando en los hechos uno de los efectos que produce la preferencia legal es precisamente el de determinar la certeza de la existencia de un único y exclusivo propietario? Particularmente creemos que, al producirse el efecto de reafirmación del derecho de propiedad sólo en favor del acreedor preferido, nada obsta para que éste haga uso de la acción reivindicatoria que le corresponde como propietario del bien inmueble; creemos, asimismo, que ello no significa afirmar un carácter real a la solución brindada por el artículo 1135º, sino que por dicha vía se permite hacer uso de una sola acción —y no de dos ejercidas acumulativamente— sustentada en la propia preferencia legal que dicho precepto otorga. Sólo un mal concebido criterio de “pureza institucional” podría llevarnos a insistir que la demanda acumulativa, es la única salida viable dentro del campo obligacional del problema.

En líneas generales, por todo lo expuesto a lo extenso de este trabajo, podemos concluir que el Código Civil de 1984, en lo que respecta al problema de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, brinda una solución acorde con el criterio de seguridad jurídica que reclama el derecho moderno occidental, protegiendo al adquirente de buena fe que encarna una noción de “seguridad colectiva”, la que sin embargo no puede prescindir de la seguridad individual, cuya base es, a no dudarlo, la honesta intención al actuar. Por ello, el presente trabajo lo iniciamos con una cita del Profesor Garrigues, cuya sola pretensión era apuntar que el Jurista, lo único que debía realizar al brindar soluciones a través de normas, era regular una realidad sin olvidar que la Jus-

ticia significaba a fin de cuentas “la razón de existir del Derecho”. Creemos que la solución brindada por el artículo 1135º del Código Civil de 1984, pretende precisamente brindar Justicia en Derecho.

Lima, 29 de mayo de 1987