

Apuntes sobre la circulación de los derechos reales derivados

Freddy Escobar Rozas

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

1. Introducción

En un modelo económico basado en el principio de libertad de empresa, la posibilidad de crear riqueza depende, entre otras cosas, de que el ordenamiento jurídico incentive y garantice la circulación eficiente de las situaciones jurídicas subjetivas⁽¹⁾. Desafortunadamente, la legislación peruana no presenta un sistema completo y coherente de circulación de dichas situaciones. En efecto, los cuerpos normativos vigentes se limitan a disciplinar la circulación de los derechos de crédito y de los derechos de propiedad. De este modo, en el Perú no se sabe a ciencia cierta cómo circulan, por ejemplo, los derechos personales y reales distintos del crédito y de la propiedad, respectivamente. Es más, ¡ni siquiera se sabe a ciencia cierta cómo circula la alícuota del copropietario!

En las líneas que siguen intentaré sustentar estas afirmaciones y proponer, en clave de

integración, alguna regla que elimine uno de los vacíos más preocupantes, a saber: el relativo a la circulación de los derechos reales derivados.

2. El origen del problema

Probablemente, muchos de los grandes problemas que presenta la legislación vigente tienen su origen en el desconocimiento de las categorías fundamentales en las cuales casi invisiblemente se basaron quienes elaboraron los cuerpos normativos que a lo largo de nuestra historia hemos "importado".

Tengo la convicción de que en el caso que nos ocupa -la circulación de los derechos reales derivados- el problema tiene su origen en una de las siguientes confusiones conceptuales: (i) la confusión entre propiedad y pertenencia (o, en términos más generales, entre derecho subjetivo y titularidad); y, (ii) la confusión entre constitución y transferencia. Existe una tercera posibilidad que

(1) La situación jurídica subjetiva es la posición que el sujeto (de derechos) tiene frente al conjunto de reglas que conforman el ordenamiento estatal. Dicha posición deriva de la valoración (positiva o negativa) que el legislador realiza de los intereses que el sujeto en cuestión puede tener con relación a los bienes de la vida. La situación jurídica subjetiva que protege un interés es denominada "situación de ventaja", mientras que la situación jurídica subjetiva que subordina un interés es denominada "situación de desventaja". Tanto una como otra pueden ser "activas" o "inactivas". Eso depende de si para la protección o la subordinación del interés, respectivamente, el legislador ha contemplado la realización de un "programa conductual". Así, la situación de ventaja es activa cuando el sujeto puede obrar para satisfacer su interés (por ejemplo: derecho subjetivo, poder jurídico). En cambio, la situación de ventaja es inactiva cuando el sujeto no puede obrar para satisfacer su interés -que, a pesar de tal circunstancia, resulta protegido por el ordenamiento- (por ejemplo: interés legítimo). Por su parte, la situación de desventaja es activa cuando el sujeto tiene que obrar para satisfacer un interés ajeno (por ejemplo: deber, carga). En cambio, la situación de desventaja es inactiva cuando el sujeto no tiene que obrar para satisfacer un interés ajeno -sino simplemente estar expuesto, sin posibilidad de oponer "resistencia", a los efectos de la actuación del titular de dicho interés- (por ejemplo: sujeción). Debido a que puede subsumir cualquier fenómeno de protección o subordinación de intereses (patrimoniales o extrapatrimoniales, individuales o colectivos, etcétera.), la situación jurídica subjetiva, abstractamente considerada, se identifica con la circunstancia de la existencia jurídica personal, en la cual están contenidas -en potencia- una o más posibilidades de la vida del sujeto (de derecho), con arreglo a las cuales (i) se satisface un interés o (ii) se sacrifica otro. Para una aproximación al fenómeno: ZATTI, Paolo y Vittorio COLUSSI. *Lineamenti di Diritto Privato*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1989. p. 63. NICOLÒ, Rosario. *Le Situazioni Giuridiche Soggettive*. En: *Lecture di Diritto Civile raccolte da Guido Alpa e Paolo Zatti*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1990. pp. 129 y siguientes. BRECCIA, Umberto y otros. *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen I. Traducido por Fernando Hinostroza. Bogotá: Universidad Externado. 1992. p. 352.

puede explicar el origen del problema comentado: el simple olvido del legislador. Pero quiero pensar que eso es descabellado.

2.1. La confusión entre propiedad y pertenencia

Si uno presta atención a lo dispuesto por los artículos 885 y 886 del Código Civil, advertirá que los derechos reales derivados (usufructo, servidumbre, etcétera) tienen la condición de “bienes”. En efecto, según el inciso 10 del primer artículo, los derechos inscribibles sobre inmuebles tienen la condición de “bienes inmuebles”. Por su parte, según el inciso 10 del segundo artículo, los derechos no inscribibles sobre inmuebles y los derechos sobre muebles, tienen la condición de “bienes muebles”. En consecuencia, resulta claro que según el ordenamiento civil vigente, los derechos reales derivados tienen, al final del día, la misma naturaleza jurídica que la que les corresponde a las cosas sobre las cuales recaen.

Tomando en cuenta este dato, creo que no resulta absurdo pensar que el legislador entendió que la transferencia de los derechos reales derivados se producía en función de lo dispuesto por los artículos 947 y 949 del Código Civil, debido a que tales derechos eran, a su vez, objetos de sendos derechos de propiedad. En efecto, ¿qué podríamos concluir de las siguientes premisas?:

a) El derecho de propiedad incluye, entre otras facultades, a la de disponer.

b) Los derechos reales derivados tienen la condición de bienes (muebles o inmuebles, según el caso).

c) Los derechos reales derivados son transferibles.

Me parece que podríamos concluir dos cosas. Primero: que sobre los derechos reales derivados,

en su condición de “bienes”, existen sendos derechos de propiedad. Segundo: que las reglas que rigen la transferencia de los derechos reales derivados son las contenidas en los artículos 947 y 949 del Código Civil.

Si, como parece posible, el legislador hubiese concluido lo indicado, entonces el vacío detectado tendría su origen en una lamentable confusión entre derecho subjetivo y titularidad.

Como es sabido, el derecho subjetivo permite actuar sobre una entidad material o jurídica a fin de obtener la satisfacción de un interés propio. El derecho subjetivo, en consecuencia, supone un vínculo entre una facultad o un haz de facultades, de un lado; y una entidad material (una cosa) o jurídica (una esfera), del otro⁽²⁾.

La titularidad, en cambio, permite actuar sobre un derecho (o, en general, sobre una situación jurídica subjetiva) y provocar transformaciones jurídicas que satisfagan intereses propios. La titularidad, en consecuencia, supone un vínculo entre un sujeto y un derecho. En virtud de tal vínculo, el derecho queda asignado al sujeto. Por consiguiente, la titularidad genera una relación de pertenencia o correspondencia. Ahora bien, esa relación es la que permite modificar el derecho, transferir el derecho, renunciar al derecho, etcétera. En consecuencia, resulta claro que ningún derecho contiene las facultades de modificar, gravar, transferir, renunciar, etcétera. Todas esas facultades emanan de la relación de pertenencia o correspondencia⁽³⁾. Es por ello que el artículo 923 del Código Civil resulta conceptualmente incorrecto, pues la propiedad no incluye la facultad de disponer (ni la de reivindicar⁽⁴⁾, aunque sí las de modificar y destruir, a pesar de que no hayan sido comprendidas en la definición del legislador).

(2) Cfr. SPERDUTI, Giuseppe. *Contributo alla Teoria delle Situazioni Giuridiche Soggettive*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1944. pp. 5 y siguientes. DE SEMO, Giorgio. *Istituzioni di Diritto Privato*. Firenze: G. Barbera Editore. 1952. pp. 897 y siguientes. MAJELLO, Ugo. *Situazioni Soggettive e Rapporti Giuridici*. En: *Istituzioni di Diritto Privato*. A cura di Mario Besiguitesone. Torino: G. Giappichelli Editore. 1999. pp. 67 y siguientes.

(3) Cfr. ROMANO, Salvatore. *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno IX. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1955 p. 1012. PUGLIATTI, Salvatore. *Il Trasferimento delle Situazioni Soggettive*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1964. p. 12. FERRI, Luigi. *La Autonomía Privada*. Traducción de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1969. p. 284. PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. p. 330. LENER, Angelo. *Potere*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXIV. Milano: Giuffrè Editore. 1985. p. 612. FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Traducido por José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. p. 182.

(4) La facultad de reivindicar está dirigida a satisfacer un interés consistente en recuperar la posibilidad de actuar sobre la cosa. Así es, dicha facultad, que presupone la imposibilidad del titular del derecho real de actuar materialmente sobre la cosa, tiene como finalidad obtener la restitución de la misma por parte del tercero que la posee (sin título alguno). El interés que sustenta a la facultad de reivindicar no es el de obtener utilidades o ventajas de la cosa, sino el de recuperar su posesión para de este modo tener la posibilidad fáctica de “aprovecharse” de la misma. Por otro lado, a

Nótese que con esto no afirmo que el propietario no puede disponer de su derecho de propiedad. ¡Claro que puede! Lo que afirmo es algo distinto: el propietario puede disponer del derecho de propiedad porque dicho derecho es suyo, porque le pertenece; y no porque tal derecho le permite efectuar un acto de transferencia sobre sí mismo. Del mismo modo, el usufructuario puede disponer del derecho de usufructo porque ese derecho es suyo; el acreedor puede disponer del derecho de crédito porque ese derecho es suyo, etcétera⁽⁵⁾.

La clave para saber cuándo se ejerce el derecho y cuándo la titularidad es muy simple. Si el sujeto modifica o destruye la cosa, estará ejerciendo el derecho de propiedad. Si el sujeto construye sobre el terreno ajeno, estará ejerciendo el derecho de superficie. Si el sujeto exige el pago de la prestación, estará ejerciendo el derecho de crédito. Pero si el sujeto transfiere el derecho de propiedad, hipoteca el derecho de superficie o constituye usufructo sobre el derecho de crédito, estará ejerciendo su titularidad sobre cada uno de esos derechos.

La distinción entre derecho y titularidad no es novedosa. En efecto, los romanos diferenciaban el *dominium* (titularidad) de la *proprietas* (propiedad). Así, empleaban el término *dominus proprietatis* para referirse al titular de la propiedad; el término *dominus usufructus* para referirse al titular del usufructo; el término *dominus obligationis* para referirse al titular del crédito; el término *dominus negotii* para referirse al titular del negocio jurídico (parte en sentido sustancial), etcétera.

Pero no se piense que la distinción entre derecho y titularidad es privativa del *Civil Law*. En efecto, todos los sistemas legales que se afilian al *Common Law* distinguen perfectamente entre *property* y *ownership*. El primer término hace referencia a la titularidad, de modo tal que es posible hablar de *real property* (titularidad real) y *personal property* (titularidad personal). El segundo término, por su parte, hace referencia a la propiedad⁽⁶⁾.

En nuestro caso, a pesar de que la letra de la ley no establezca expresamente la diferencia entre derecho y titularidad, es obvio que la misma existe. Sin embargo, el no estar conscientes de ello puede generar graves problemas a la hora de elegir la norma aplicable al caso. A título de ejemplo, permítaseme citar el caso de la polémica en torno al modo de transferencia de las acciones. Si se considera que la acción representa un conjunto de derechos personales (de crédito y de participación) frente a la sociedad⁽⁷⁾, tendrá que concluirse que la transferencia de la misma se produce con arreglo al sistema de la notificación. En consecuencia, tendrá que aceptarse que no basta la celebración del contrato de enajenación, en tanto que la sociedad necesita saber a quién tiene que entregar información, a quién tiene que aceptar en las asambleas, a quién tiene que pagar los dividendos, etcétera. A pesar de que esto es así de simple y claro, no han faltado quienes sostengan que como la acción tiene la naturaleza de bien mueble (según lo dispuesto por el artículo 882 del Código Civil), su transferencia opera con arreglo al artículo 947 del Código Civil, por lo que la sociedad debe considerar como accionista al

diferencia de las facultades de usar y disfrutar, que permiten actuar sobre la cosa, la facultad de reivindicar únicamente permite exigir la restitución de la cosa, de modo que su objeto no es el mismo que el de las facultades antes indicadas. Como se podrá entender, a la luz de la noción vigente de derecho subjetivo, resulta imposible que la facultad de reivindicar forme, conjuntamente con las facultades de usar y de disfrutar, el contenido de un mismo y único derecho subjetivo. Por tal razón, como lo ha hecho notar la doctrina más autorizada, la facultad de reivindicar viene a identificarse con el contenido de un mecanismo de tutela dirigido a eliminar las consecuencias negativas que supone el incumplimiento, por parte de un tercero, del deber jurídico general de no interferir la esfera jurídica ajena. Aunque nuestro Código Civil no lo reconozca, ese mecanismo de tutela corresponde tanto al titular del derecho de propiedad como al titular de un derecho real derivado. Véase: GALLO, Paolo. *Arricchimento senza Causa e Quasi Contratti (I Rimedi Restitutori)*. En: *Trattato di Diritto Civile*. Diretto da Rodolfo Sacco. Torino: UTET. 1996. pp. 3 y siguientes. SACCO, Rodolfo y Raffaele, CATERINA. *Il Possesso*. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Diretto da Antonio Cicu e Francesco Mesiguitesineo, continuato da Luigi Mengoni. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 2000. pp. 32 y siguientes.

- (5) En tal sentido: THON, August. *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo. Indagini di Teoria Generale del Diritto*. Traduzione di Alesiguitesandro Levi. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1951. p. 319. VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco. *La facultad de disposición*. En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo III. Fascículo IV. MCML. pp. 1043 y 1044.
- (6) A este respecto, resulta interesante hacer notar que el Código Civil de Québec disciplina tanto la *property* como el *ownership*.
- (7) El término "acción" sirve para designar tres cosas distintas: (i) la parte alícuota del capital social; (ii) el conjunto de derechos (políticos y patrimoniales) existente frente a la sociedad; y, (iii) el título valor que representa al conjunto de derechos en cuestión. No obstante ello, es claro que la pregunta sobre cómo se transfiere la acción toma en cuenta la segunda acepción del término en cuestión. Véase: FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*. A cura di C. Angelici e G. B. Ferri. Torino: UTET. p. 344.

endosatario del certificado, aun cuando el mismo no figure inscrito en el libro de matrícula de acciones⁽⁸⁾.

Si se tuviera en cuenta la diferencia existente entre titularidad y derecho, semejante construcción interpretativa no tendría el menor asidero. En efecto, si se tuviera en cuenta que la acción subsume derechos personales, sería claro que la transferencia de la misma tendría que operar con arreglo a las reglas de transferencia de tales derechos y no con arreglo a las reglas de transferencia del derecho de propiedad.

Estando claro que titularidad y propiedad no son lo mismo, es obvio que las reglas establecidas en los artículos 947 y 949 del Código Civil no son aplicables a los casos en los que la materia enajenada esté constituida por derechos reales derivados o derechos personales.

2.2. La confusión entre constitución y transferencia

El Código Civil disciplina cuidadosamente cómo se constituye el usufructo; sin embargo, es impreciso al momento de regular cómo se constituye la superficie y la servidumbre.

En efecto, el artículo 1000 del Código Civil establece que el usufructo se constituye por (i) ley; (ii) contrato; (iii) acto unilateral; o, (iv) testamento. Por su parte, el artículo 1031 del referido código establece que la superficie se constituye por (i) actos *inter vivos*; o, (ii) testamento. Finalmente, el artículo 1035 del mismo Código establece que la ley o el propietario puede imponer gravámenes al predio, a

fin de que un tercero pueda practicar ciertos actos sobre el mismo.

A riesgo de desviarme del tema, nótese el nivel de contradicción que presenta el Código Civil en cuanto a política legislativa. Mientras que por un lado dicho código permite crear unilateralmente derechos reales a favor de terceros, por el otro niega la posibilidad de crear unilateralmente derechos personales a favor de terceros (puesto que exige la aceptación de estos para que las deudas sean exigibles). Y lo que es peor, niega la posibilidad de condonar unilateralmente la deuda. En el Perú, entonces, no necesito del asentimiento de Ticio para crear en su favor un derecho de usufructo o de superficie, ¡pero sí para liberarlo de su obligación! Quien puede lo más, no puede lo menos. Absurdo.

Retornando al objeto materia de análisis, algunos datos relativamente recientes me hacen pensar que el legislador pudo haber creído que la constitución de derechos era un fenómeno jurídico asimilable a la transferencia de derechos. En efecto, el año 1999 la Comisión de Reforma del Código Civil publicó un anteproyecto de ley de enmiendas a dicho código. En ese anteproyecto los artículos 947 y 949 quedaban eliminados. ¿Y por qué? Porque la comisión aprobó un artículo novedoso, que establecía lo siguiente:

“Artículo 884. La constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados se produce con la inscripción en el registro respectivo (...). Tratándose de bienes no

(8) Existe incluso una tesis según la cual la transferencia de las acciones opera con la sola celebración del contrato de transferencia. En efecto, partiendo de la idea que el momento en que un sujeto asume la condición de accionista no tiene por qué coincidir con el momento en que la sociedad le reconoce al mismo dicha condición, algunos han sostenido que el cesionario adquiere los derechos derivados de las acciones con la sola celebración del contrato. Bajo esta tesis, la notificación a la sociedad únicamente determinaría la posibilidad efectiva de ejercer tales derechos. Como es evidente, la disociación entre “titularidad” y “ejercicio” es un fenómeno ampliamente admitido por el ordenamiento. De hecho, la Ley General de Sociedades contempla algunos supuestos en los cuales, por distintas razones, el titular de las acciones no puede ejercer los derechos que le corresponden. Ahí está, por ejemplo, el caso de la sociedad que adquiere acciones de propia emisión o el de la sociedad que adquiere acciones emitidas por su matriz. Ahora bien, salvo casos excepcionales, el hecho que el titular de ciertos derechos se encuentre “incapacitado” de ejercerlos no impide que otro pueda hacerlo en nombre de dicho titular. Lo que no puede ocurrir, sin embargo, es que un tercero pueda ejercer tales derechos ¡en nombre propio! Las razones son obvias. Tomando en cuenta lo indicado, es claro que la tesis comentada no puede sostenerse en pie. En efecto, si el cesionario se convierte en accionista con la sola celebración del contrato, ¿cómo es posible que el cedente pueda seguir ejerciendo en nombre propio los derechos derivados de las acciones? (Como efectivamente lo permite el artículo 91 de la Ley General de Sociedades). En realidad, si bien es perfectamente posible aceptar que el cesionario se encuentre impedido de ejercer sus derechos mientras no figure en el libro de matrícula de acciones, no es posible aceptar bajo supuesto alguno que el cedente siga ejerciendo en nombre propio tales derechos. Por consiguiente, o se acepta que el cesionario adquiere la condición de accionista con la celebración del contrato, de modo que el cedente pierde en ese mismo instante sus derechos (de modo que no puede ejercerlos en nombre propio); o se acepta que el cesionario adquiere la referida condición con el correspondiente registro en la matrícula de acciones, de modo que hasta que esto no ocurra el cedente sigue manteniendo sus derechos. Si se atiende al dato positivo, necesariamente tiene que optarse por esta segunda posición.

registrados, la constitución de derechos reales se produce con la tradición”⁽⁹⁾.

Como se podrá advertir, el artículo en cuestión no hacía referencia alguna a la transferencia de los derechos reales. Únicamente regulaba la constitución, modificación y extinción de tales derechos. Ciertamente, es posible entender que el legislador simplemente olvidó incluir a la transferencia en su lista de vicisitudes. Sin embargo, también es posible entender que el legislador pensó que constitución y transferencia eran lo mismo; o que la primera subsumía a la segunda.

Si esto último fuese cierto, entonces el vacío detectado tendría su origen en otra confusión. En efecto, tal como la ha reconocido de manera unánime la doctrina (y cuando digo unánime no exagero), la constitución supone la creación de un derecho nuevo,

mientras que la transferencia supone la asignación de un derecho existente a un sujeto distinto de su actual titular⁽¹⁰⁾. Cuando el propietario constituye un derecho de usufructo o un derecho de superficie, no hace otra cosa que dar vida a un derecho nuevo, inexistente antes del acto de constitución. Por su parte, cuando el propietario transfiere un derecho de propiedad, no hace otra cosa que ceder a otro un derecho que tiene vida al margen del acto de transferencia. La diferencia entre constitución y transferencia llega a tal punto que cuando opera la primera el derecho surge sin cargas, gravámenes o afectaciones; mientras que cuando opera la segunda el derecho abandona una esfera e ingresa a otra con las mismas cargas, gravámenes y afectaciones, a no ser que la ley establezca lo contrario (como ocurre para las adquisiciones efectuadas en remates).

(9) Es verdad que el reciente Anteproyecto de Enmiendas al Código Civil de 1984 incluye a la “transferencia” dentro de los alcances del artículo comentado; pero es verdad también que el cambio no tiene efectos retroactivos, de modo que no borra eso que el legislador pudo haber estado pensando hace algunas décadas. A riesgo de desviarme del tema, no puedo dejar de manifestar mi absoluta perplejidad por las cosas que uno alcanza a leer en el referido anteproyecto. Por razones de espacio, solo voy a comentar uno de los varios desaciertos que contiene el documento citado: el relativo al fraude a la ley.

Como es ampliamente conocido, en materia de fraude a la ley existen dos sistemas antagónicos, a saber: el español y el italiano. El primero establece -sobre la base de una confusión entre negocio fiduciario y negocios simulado- que el negocio en fraude a la ley no impide la aplicación de la norma defraudada. El segundo establece que el negocio en fraude a la ley es nulo por causa ilícita. Ahora bien, a pesar de que la doctrina ha demostrado que la solución española es desacertada por confundir negocio fiduciario con negocio simulado, el anteproyecto de marras increíblemente acoge esta solución. En efecto, el legislador propone incorporar en el Título Preliminar del Código Civil una norma que establezca lo siguiente: “Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir”. Sin perjuicio de que la definición adoptada es sumamente criticable desde que el fraude no puede ser explicado sobre la base de una contravención (“directa” o “indirecta”) a la norma (“defraudada”) (ATIENZA, Manuel y Juan, RUIZ MANERO. *Ilícitos Atípicos*. Madrid: Trotta, 2000. pp. 67 y siguientes), es claro que la propuesta del legislador presenta un problema sumamente serio, a saber: la imposibilidad jurídica de aplicar la norma materia del intento elusivo. En efecto, si, como no puede ser de otra manera, el negocio fraudulento es nulo, ¿a qué relación negocial se aplica la “norma defraudada”? Para graficar el problema, permítaseme recurrir a un ejemplo sencillo. Imaginemos que una persona hereda un inmueble y unos bonos. Imaginemos que esta persona tiene un hijo al cual quiere donar el inmueble. En este contexto, las partes están a punto de celebrar una donación del inmueble, cuando de pronto alguien les informa que esa operación está gravada y que más bien no lo está la transferencia de los bonos, sea esta gratuita u onerosa. Ante ello, las partes se preguntan qué pueden hacer para obtener el resultado práctico que produciría la donación del inmueble, sin la carga de tener que pagar el impuesto. Luego de analizar algunas posibilidades, deciden celebrar dos contratos coligados. En virtud del primer contrato, el padre transfiere gratuitamente bonos. En virtud del segundo contrato, el padre transfiere el inmueble a cambio de los bonos. Como se podrá advertir, en términos económicos estos contratos coligados provocan que el hijo adquiere gratuitamente el inmueble. En términos jurídicos, sin embargo, el hijo adquiere onerosamente el inmueble, por lo que no se genera el impuesto. Ahora bien, si se considera (correctamente) que el esquema contractual empleado es fraudulento, entonces los contratos no producirán efecto alguno. Por lo tanto, ninguna de las partes asumirá los derechos, obligaciones y demás situaciones jurídicas subjetivas pactadas. En este escenario, ¿a qué relación se va a aplicar la “norma defraudada”? Evidentemente, no se puede sostener que la nulidad del esquema contractual coligado determina la validez de la donación del inmueble, pues ello implicaría imponer a las partes un negocio que no han celebrado. Así es, en el caso analizado las partes no acuden al esquema contractual coligado para encubrir un negocio (donación del inmueble) sino para reemplazarlo. Por tal razón, como las partes no han declarado ni encubierto su voluntad de celebrar donación alguna respecto del inmueble, la nulidad del esquema contractual coligado no puede generar la existencia de dicha donación (que a la sazón sería nula aun cuando las partes hubiesen querido encubrirlo con el esquema contractual indicado, ya que en dicha hipótesis -propia de un fenómeno simulatorio y no de un fenómeno fraudulento- no habrían cumplido con la formalidad solmene impuesta por el artículo 1625 del Código Civil). Y si ello es así, ¿a qué realidad jurídica se va a aplicar la “norma defraudada”?

(10) Véase: PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*; pp. 545 y 546. VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil*. Traducción de Tito Ravá. Tomo I. Madrid: Marcial Pons. p. 223.

Por consiguiente, no es posible, bajo punto de vista alguno, considerar que ahí donde dice constitución deba leerse transferencia. De esto se sigue que los artículos 1000, 1031 y 1035 del Código Civil se aplican a la constitución del usufructo, de la superficie y de la servidumbre, respectivamente; pero no a la transferencia de estos derechos.

3. La regla aplicable

Sea cual sea el origen del problema, lo cierto es que la transferencia de los derechos reales derivados no puede operar en función de lo previsto por los artículos 947 y 949 del Código Civil⁽¹¹⁾; ni en función de lo previsto por los artículos 1000, 1031 o 1035 del mismo código. Veamos por qué.

Caso 1: imaginemos que soy usufructuario de un derecho de crédito, esto es, de un bien mueble. ¿Cómo transfiero mi derecho?

Según el artículo 886 del Código Civil, el usufructo sobre un crédito tiene la condición de bien mueble. Por consiguiente, tendría que aplicar el artículo 947 del Código Civil. Ahora bien, ¿cómo opera la tradición en este caso? ¿Qué cosa entrego? Más aún, ¿no tendré acaso que comunicar al deudor que los intereses que devengue el capital no los cobraré yo sino Ticio, en su condición de usufructuario de mi derecho de crédito? Como se podrá advertir, el sistema del título y modo previsto en el artículo 947 del Código Civil no se aplica a este caso, pues, de un lado, no hay forma de efectuar tradición alguna; y, del otro, existe -por obvias razones- la necesidad de notificar al deudor.

Caso 2: imaginemos que soy usufructuario de un terreno, esto es, de un bien inmueble. ¿Cómo transfiero mi derecho?

Según el artículo 885 del Código Civil, el usufructo sobre un bien inmueble (registrable) tiene la condición de bien inmueble. Por consiguiente, tendría que aplicar el artículo 949 del Código Civil. Ahora bien, ¿será suficiente la celebración del contrato? ¿Qué pasa con los deberes coligados al usufructo? Adviértase que no me refiero a los deberes consistentes en pagar algún

tipo de compensación económica. Está claro que para transferir ese tipo de deberes, que surgen del contrato, se requeriría la conclusión de una operación de cesión de posición contractual. Los deberes a los que me refiero son aquellos que derivan de la ley y que tutelan el interés del propietario en controlar el ejercicio de los derechos reales derivados. Pienso en los deberes de permitir la inspección del bien, de prestar garantías en caso que peligre el derecho del propietario, de pagar los tributos que graven la tenencia del bien, de efectuar las reparaciones ordinarias, etcétera.

¿Será posible que esos deberes sean asignados por contrato, sin que el propietario sea informado acerca del cambio del sujeto pasivo? ¿No tendré acaso que informar al propietario que ya no tengo la posesión del bien? ¿No tendré acaso que informar al propietario que el nuevo poseedor es Ticio, de modo que este resulta responsable por el estado de conservación del bien, así como por el cumplimiento de todos los deberes coligados al usufructo?

Como se podrá advertir, el sistema previsto en el artículo 949 del Código Civil parece no ser suficiente en este caso, pues no permite la asignación de las obligaciones coligadas al derecho de usufructo.

Ahora bien, si -por las razones expuestas- los artículos 947 y 949 del Código Civil no pueden aplicarse a la transferencia de derechos reales derivados; los artículos 1000, 1031 y 1035 del mismo Código tampoco pueden aplicarse a dicha transferencia. Las razones son obvias.

4. Propuesta

Como se ha visto, el Código Civil peruano no contiene norma alguna que establezca cómo se transfieren los derechos reales derivados. Por consiguiente, resulta necesario hallar, en clave de integración analógica, alguna regla que especifique qué es lo que hay que hacer para transferir tales derechos.

Reconociendo que es perfectamente posible plantear otras alternativas⁽¹²⁾, particularmente

(11) En realidad, tampoco la transferencia de ciertas alícuotas puede operar en función a lo establecido en los referidos artículos. En efecto, imaginemos que soy copropietario de una maquinaria, esto es, de un bien mueble. ¿Cómo transfiero mi alícuota? Según el artículo 886 del Código Civil, la alícuota sobre un bien mueble tiene la condición de bien mueble. Por consiguiente, tendría que aplicar el artículo 947 del Código Civil, que establece la necesidad de que concurren título y modo. Ahora bien, ¿cómo opera la tradición en este caso? ¿Qué cosa entrego? ¿La alícuota? Eso es físicamente imposible. ¿Tendré acaso que entregar la maquinaria? Eso es jurídicamente imposible, pues en mi condición de copropietario no puedo practicar actos que excluyan a los demás copropietarios. Como se podrá advertir, el sistema del título y modo previsto en el artículo 947 del Código Civil no se aplica a este caso, pues no hay forma de efectuar tradición alguna.

(12) La legislación comparada presenta un panorama bastante desconcertante en torno a la posibilidad (y a la forma) de

considero que, para eliminar el vacío comentado, hay que elegir entre una de las siguientes soluciones:

a) La primera consiste en considerar que para transferir derechos reales derivados se requiere que transferente y adquirente celebren un contrato traslativo y notifiquen la existencia del mismo al propietario. De este modo, se asegura que los referidos derechos circulen conjuntamente con las obligaciones coligadas a los mismos. En este caso, aplicamos por analogía lo previsto en el artículo 1206 del Código Civil.

b) La segunda consiste en considerar que para transferir derechos reales derivados únicamente se requiere que transferente y adquirente celebren un contrato traslativo. Sin embargo, hasta que ambos no notifiquen al propietario la existencia de dicho contrato, el transferente será responsable por el cumplimiento de las obligaciones coligadas a los referidos derechos. En este caso aplicamos parcialmente por analogía lo previsto en el artículo 1000 del Código Civil.

Si tuviera que optar por una de las soluciones propuestas, lo haría por la segunda. ¿Por qué? A diferencia de lo que ocurre con el derecho de crédito, los derechos reales derivados pueden ser ejercidos sin necesidad de que el propietario esté enterado de la cesión. En efecto, mientras el cesionario no puede compeler al deudor en tanto este no haya sido notificado acerca de la celebración de la cesión, el tercer adquirente puede usar y disfrutar del bien, aun cuando el propietario no esté enterado de la transferencia del usufructo. Es verdad que en tal supuesto el propietario desconoce que puede actuar contra el tercer adquirente; pero es verdad también que este último asume el usufructo con todas las

limitaciones que lo afectan y, por tanto, con todas las obligaciones que se encuentran coligadas al mismo. Por consiguiente, sobre la base de la inexistencia de la notificación, el tercer adquirente no puede eximirse de las obligaciones de no modificar el bien, de prestar las garantías que la ley exige, etcétera. En mi opinión, pues, el hecho que el propietario no conozca la existencia de la transferencia del usufructo no provoca que el transferente retenga las obligaciones coligadas a dicho derecho, sino únicamente que retenga la responsabilidad derivada del incumplimiento de dichas obligaciones por parte del adquirente. Por consiguiente, así como -según el artículo 1000 del Código Civil- el contrato puede crear el usufructo, el contrato puede, en mi opinión, transferir el usufructo y las obligaciones coligadas a este derecho. Sin embargo, mientras no se notifique al propietario acerca de la transferencia del usufructo, el transferente, despojado ya del derecho y de las obligaciones coligadas al mismo, sigue siendo responsable por el incumplimiento de dichas obligaciones. Lo dicho para el caso del usufructo es aplicable para la superficie.

La solución que acabo de proponer está inspirada en lo dispuesto por el artículo 980 del Código Civil italiano de 1942⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾, que, en traducción libre, se lee de la siguiente manera:

“El usufructuario puede ceder su propio derecho por un cierto tiempo o por toda su duración, si ello no está prohibido por el título constitutivo. La cesión debe ser notificada al propietario; hasta que no se produzca la notificación, el usufructuario está solidariamente obligado con el cesionario frente al propietario”. ^{AS}

transferir el derecho de usufructo. En efecto, algunos cuerpos normativos no aceptan que el usufructuario transfiera su derecho sino solamente el “ejercicio de su derecho” (este es, por ejemplo, el caso del BGB). Otros cuerpos normativos aceptan que el usufructuario transfiera su derecho, pero asignan cierta responsabilidad subsidiaria al usufructuario (este es, por ejemplo, el caso del Código Civil español).

(13) 980. *(Cesiguiencesione dell'usufrutto)-L'usufruttuario può cedere il proprio diritto per un certo tempo o per tutta la sua durata, se ciò non è vietato dal titolo costitutivo* (1002, 1350 n. 2, 2643 n. 2, 2810).

La cesiguiencesione dev'esiguiencesere notificata al proprietario; finché non sia stata notificata, l'usufruttuario è solidalmente obbligato con il cesionario verso il proprietario (1292).

(14) Creo importante destacar que las soluciones positivas en torno a la transmisión del usufructo son sumamente divergentes, de modo que resulta prácticamente imposible hacer referencia a “sistemas”. Lo único que parece emparentar a las diversas fórmulas de la legislación comparada es la “responsabilidad subsidiaria del usufructuario”, la misma que, por razones obvias, no se condice con la idea de la transmisión. A modo de ejemplo, nótese cómo las fórmulas argentina y colombiana se afilian a dos teorías distintas pero coinciden en lo relativo a la referida responsabilidad:

2870. El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo o ceder el ejercicio de su derecho a título oneroso o gratuito; pero permanece directamente responsable al propietario, lo mismo que el fiador, aun de los menoscabos que tengan los bienes por culpa o negligencia de la persona que le sustituye (...).

Art. 852. El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo y cederlo a cualquiera, a título oneroso o gratuito. Cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario (...).