

REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIO DEL CONSENSO TRASLATIVO*

Massimo Bianca

1.- POSICIONES DOCTRINARIAS FRENTE AL PRINCIPIO DEL CONSENSO TRASLATIVO.

Importantes ordenamientos como el francés o el italiano consagran el principio según el cual el contrato produce un inmediato efecto traslativo, mientras que la actuación de la forma publicitaria vale sólo a efectos de resolver hipótesis de conflicto entre adquirentes y otros causa habientes. De manera que el adquirente que no haya transcrito su título, es propietario aún en los conflictos con terceros, pues su adquisición queda sujeta a perder eficacia frente a una adquisición que haya absuelto precedentemente la carga de inscribir.

En el presente artículo el doctor Massimo Bianca, uno de los más prestigiosos civilistas italianos, analiza la génesis del principio del consenso traslativo y su desarrollo en el Código Civil italiano; busca rebatir, además, a quienes sostienen la intrínseca insuficiencia del acto negocial para conseguir la transferencia del derecho real.

El Código Civil francés, acogiéndose a una regla ya efectivamente vigente en las regiones de tradición romanística, había enunciado el principio de la transferencia de la propiedad por efecto del simple consenso, sin la necesidad de la entrega de la cosa o de formalidad publicitaria (artículo 1138, segundo párrafo).

El principio no era formulado claramente¹. Pero a la incertidumbre de su entendimiento había contribuido, sobre todo, la ambigüedad de la norma que sancionaba los efectos traslativos de la venta: dicha norma declaraba suficiente el consenso sobre la cosa y sobre el precio para hacer adquirir la propiedad al adquirente "con respecto al vendedor" (artículo 1583)². Esta cita literal -entendida en relación al régimen de la transcripción y a la regla "posesión vale título"- servía de sustento para la conclusión extrema según la cual, en realidad, el simple consenso no habría transferido más que una propiedad "relativa"³.

* En: "Studi in Onore di Francesco Santoro-Passarelli". Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1972. (Opera in sei volumi). Vol. I. P.p. 293-308. Traducción libre del italiano, por FERNANDEZ CRUZ, Mario Gastón. Profesor Ordinario de Derecho Civil, por la Pontificia Universidad Católica del Perú y por la Universidad de Lima.

¹ Según el artículo 1138, en efecto, el simple consenso entre las partes perfeccionaría la obligación "de livrer la chose"; y esta obligación tomaría propietario al acreedor.

² La norma fue fielmente reproducido en el artículo 1148 del Código Civil italiano de 1865 y en sus términos no faltó la discusión del principio consensualista presente también en nuestra doctrina (italiana). CARNELUTTI. "Teoria Giuridica della Circolazione". Padova: 1933, p. 88 y sgtes., declaraba tal norma "decisiva" para negar que el simple consenso fuese suficiente para transferir la propiedad.

³ Ver: HUC. "Le Code Civil Italien et le Code Napoléon". Paris: 1868, p. 299 s.s., el cual arribaba a la afirmación de que "la publicité est de l'essence des droits réels et...le seul consentement ne peut les constituer". Ver, además: "L'évolution de la vente consensuelle et la loi 50", D., 19, 1. En: *Nouv. revue hist. droit franV. et étranger*, 1901, p. 159 s.s. "la propriété, transmise par le seul effet du consentement, n'est transmise qu'entre les parties seulement, n'est qu'une propriété relative, qui confine singulièrement à un simple droit de créance".

También nuestra doctrina menos reciente había hecho notar la posibilidad de admitir la adquisición de un "derecho absoluto" como resultado ulterior al acuerdo: resultado brotado del cumplimiento de la formalidad necesaria para oponer a los terceros la transferencia⁴. Esta construcción, sin embargo, no ha tenido continuación, habiendo prevalecido el reconocimiento de que el contrato produce un inmediato efecto traslativo, y que la actuación de la forma publicitaria vale sólo a efectos de resolver hipótesis de conflicto entre adquirentes y otros causa-habientes.

Así, el adquirente que no haya transcrito su título es propietario aún en los conflictos con terceros, pero su adquisición queda sujeta a la posibilidad de perder eficacia frente a una adquisición que haya anteriormente absuelto la carga de la transcripción⁵.

2.- EL EFECTO REAL EN LA PERSPECTIVA DE UNA DISTINCIÓN ENTRE ASPECTOS INTERNOS Y ASPECTOS EXTERNOS DEL NEGOCIO

Se advierte, sin embargo, algunas veces, el resurgimiento de motivos de duda sobre la fuerza traslativa del consenso; es decir, el resurgimiento de la idea de una intrínseca insuficiencia del simple acto negocial para conseguir el resultado de una mutación en el derecho real⁶.

Al dudar del sentido y del alcance de la regla del consenso traslativo, se reafirma, así, aquel argumento consistente en considerar como precaria la posición del adquirente, en la etapa anterior al cumplimiento de los actos de publicidad

Un planteamiento diferente ha sido esbozado por aquel sector doctrinario que ha llegado -en un plano general- a distinguir una situación negocial externa, reservada a la exclusiva valuación legislativa, de una situación "inter partes", en virtud de la cual se manifestaría la eficacia de la autoreglamentación negocial. Como consecuencia de esta separación de competencias, el efecto real se encontraría directamente "en la ley", mientras que el supuesto de hecho contractual constituiría un simple presupuesto de mutación legal⁸.

La posibilidad de un doble significado del negocio como acto de autonomía y como supuesto de hecho de efectos legales no parece, sin embargo, tener la fuerza suficiente para llevarnos a la idea de reconocer una eficacia del negocio entre las partes distinta del juicio de validez del acto respecto al ordenamiento.

Indudablemente, la adquisición de la congección de propietario implica su reconocimiento por parte del ordenamiento, en virtud del cual tal condición quiere ser ejercitada y tutelada. Pero también el vínculo obligatorio exige, para su existencia como relación "jurídica", el mismo reconocimiento por el ordenamiento en el cual es valorado⁹.

⁴ Ver, por ejemplo, CUTURI. *"Della vendita, della cessione e della permuta"*. Napoli-Torino: 1923, p.7 s.s.

Pero es notable, sobre todo, la posición de CARNELUTTI, el cual había textualmente negado que la propiedad se pudiera transmitir con el solo consenso: "la propiedad no se transmite sino en virtud de actos ulteriores, en cuyo cumplimiento está precisamente la ejecución de la obligación del vendedor; el 'traspaso de propiedad entre las partes' no es una fórmula o expresión impropia para significar la obligación del vendedor respecto al cumplimiento de aquellos actos, de los cuales el traspaso deriva" (*Appunti sulle obbligazioni*, en: *Riv. dir. comm.*, 1915, I, p. 527 s.s.).

Y más aún: "la propiedad de una persona frente a otra no es propiedad; la propiedad, que es derecho real por excelencia, o existe frente a todos o no existe..."; y luego "sin la transcripción...ninguna eficacia real al contrato de permuta inmobiliaria puede ser reconocida." (*Teoria giuridica della circolazione*, cit., p. 85 s.s.).

⁵ Sobre el tratamiento del principio consensualista, seguido del régimen de la transcripción, ver ampliamente: BUFNOIR. *"Propriété et contrat"*. París: 1924, p. 39 s.s., 91 s.s.

⁶ Estos motivos de duda se convierten en motivos de crítica por parte de la doctrina que inspira los ordenamientos en los cuales rige el principio de la tradición.

Las razones del enfrentamiento han sido estimuladas por la cada vez más estrecha cooperación económica existente entre las naciones adherentes a los diversos sistemas. Ver, entre otros, WAELBROECK. *"Le transfert de la propriété dans la vente d'objets mobiliers corporels en droit comparé"*. Bruxelles: 1961, p. 165 ss.

⁷ Escribe, así, COLORNI. *"Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare"*. Milano: 1954, p. 238: "recurriendo al concepto de condición y de resolución se justifica formalmente y se concilia el principio del artículo 1376 (traspaso de la propiedad por simple consenso) con los artículos 2644 y 2685 (necesidad de la transcripción)". Se mantiene, sin embargo, siempre la duda de si esta propiedad "sea eficaz erga omnes, solamente hasta que no se dé una segunda enajenación que la haga devenir vacía; o sea, en sustancia, un derecho tan provisorio y, por lo tanto, débil, que no puede, en definitiva, ser llamado propiedad".

⁸ Ver, en tal sentido, al siempre recordado AURICCHIO. *"La simulazione nel negozio giuridico"*. Napoli: 1957, p. 191 s.s.

⁹ Ver SCOGNAMIGLIO, quien cita a AURICCHIO. Ob. cit., en: *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 342 s.s.

3.- EL PROBLEMA DE LA "COMPETENCIA" DE LOS PARTICULARES A DISPOSER DEL EFECTO JURÍDICO

En términos radicales, la posibilidad de distinguir la eficacia negocial de un juicio de validez del ordenamiento, según el cual el efecto real resaltaría como efecto de la ley, parece excluida de la posición que asigna a la ley todos los efectos del negocio¹⁰. Dicha propuesta, sin embargo, puede ser entendida en sentidos diversos.

En un primer sentido, ella puede reforzar la afirmación de una incompetencia de los particulares para "producir" los efectos jurídicos. Es decir, la voluntad privada estaría referida exclusivamente a prever un resultado práctico¹¹. Sobre el presupuesto de esta voluntad, estaría luego la ley, para determinar los efectos jurídicos, los cuales tienden en mayor medida a adecuarse al programa negocial¹².

Ahora, es cierto que los efectos jurídicos finales no deben necesariamente responder al programa negocial: pero ésta es una afirmación que se explica ya en una simple constatación: el momento ejecutivo en general puede no coincidir con la previsión de

las partes¹³. La posible divergencia entre programa y efecto no ofrece, entonces, una razón suficiente para justificar la negación de la competencia del particular a disponer del efecto mismo¹⁴.

En una primera y elemental observación del fenómeno negocial se advierte más bien que los mismos efectos jurídicos se prestan a constituir el objeto directo del acuerdo de autonomía privada, incluso si la previsión de tales efectos es expresada en un lenguaje no técnico. Así, con particular referencia a la venta, es ciertamente la "transferencia" del derecho el resultado "directamente" determinado por el acuerdo contractual.

En realidad, las mismas situaciones y casos jurídicos son datos de la realidad social y, aún descritos empíricamente, son perceptibles por nuestra propia naturaleza y diferentes de los momentos económicos o materiales¹⁵.

Ahora, que a través del negocio las partes puedan disponer de los efectos jurídicos y que tales efectos sean "producto" del negocio¹⁶, es una observación que halla confirmación también desde el punto de vista de la ley escrita. Este tipo de ley, en efecto, reserva a los particulares una esfera de autonomía

¹⁰ Concepto casi ordinario. En la doctrina reciente ver, por ejemplo, FALZEA. "La condizione e gli elementi dell'atto giuridico". Milano: 1941, p. 88: La situación efectiva se produce siempre directamente del derecho y no de la voluntad de los sujetos. Con expresa referencia a la transmisión del derecho como "obra" del ordenamiento jurídico, ver, ALLARA. "Le nozioni fondamentali del diritto civile". Torino: 1958, p. 281.

¹¹ La doctrina menos reciente, como es conocido, se preocupaba del problema de la dirección de la intención negocial frente al efecto jurídico o frente al efecto empírico; pero el problema se reducía sustancialmente a una cuestión de contenido de la voluntad. De cualquier modo, como observaba GRASSETTI. "Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico". En: *Studi econ.-giur. dell'Università di Cagliari*, 1936, p. 107 s.s., cuando no existe contraste entre los dos objetos, está fuera de discusión la suficiencia de la intención negocial dirigida a conseguir el efecto jurídico.

¹² Se explicaría, del tal manera, cómo puede haber efectos no conformes a la previsión de las partes. Con respecto a esto ver los apuntes de CATAUDELLA. "Sul contenuto del contratto". Milano: 1966, p. 18 ss., el cual profundiza la noción de BETTI del efecto como una creación reservada a la competencia exclusiva de la ley ("Teoria generale del negozio giuridico", nel *Trattato di dir. civ. it. diretto da Vassalli*, 3^{ta}. Reimpresión de la 2da. ed. Torino: 1960, p. 82 s.s.), pero llega, de cualquier modo, a diferenciar claramente la determinación negocial de la norma legal, que no puede conducir, ni directa ni indirectamente, a la intención de las partes.

¹³ Lo afirmado en el texto se entiende, dando por sobrentendida la distinción entre momento programático y momento ejecutivo, por cuanto el resultado se liga directamente al contrato. Ver, ampliamente: DI MAJO-GIAQUINTO. "L'esecuzione del contratto". Milano: 1967, específicamente, páginas 137 y sgtes.

¹⁴ Otro orden de problemas se anuncia en relación al significado de tal divergencia y, principalmente, en torno al significado de la interferencia de las fuentes externas al negocio. El asunto -formulable en términos de pura técnica jurídica- es reflejo inevitable de la elección política del intérprete. Ver, los recientes aportes de: RODOTÀ. "Le fonti di integrazione del contratto". Milano: 1969, p. 76 s.s.; G.B. FERRI. "Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico". Milano: 1966, p. 264 s.s.; CATAUDELLA. op. cit., p. 71 s.s.; BARCELLONA. "Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici". Milano: 1969, p. 139 s.s.

¹⁵ De allí la perspicacia del buen sentido popular que no tarda en advertir la imposición de la calificación jurídica al resultado empírico. Ver, SCHLESINGER. "Complessità del procedimento di formazione del consenso di unità del negozio contrattuale". En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1359, en el cual se cita también a SCALFI. "La qualificazione dei contratti". Varese: 1962.

¹⁶ Ver las recientes notas de FALZEA, voz "Efficacia giuridica", en: Enc. del dir., XIV, Milano: 1965, p. 481 s.s., el cual, entre otros, distingue la eficacia de la norma de la eficacia del hecho. La primera consistiría exclusivamente en la constitución de la relación de condicionalidad entre hecho y efecto. La segunda expresaría, en cambio, la fuerza causal que transforma directamente la situación jurídica.

negocial¹⁷ a través de la previsión del contrato cual instrumento que crea, modifica o extingue posiciones de derecho (cfr. artículo 1321 Código Civil italiano)¹⁸. Los mismos negocios de enajenación -entre éstos la venta- son definidos por la norma codificada como pactos que tienen por objeto una mutación de derecho.

4.- LA POSIBLE RELEVANCIA JURÍDICA DEL NEGOCIO VALORADO PREVIAMENTE CONFORME A UNA REALIDAD SOCIAL ORIGINARIA

La propuesta que reconduce a la ley los efectos jurídicos del negocio se presta a ser ulteriormente entendida atendiendo al fundamento de la juridicidad del efecto. Es decir, la juridicidad no sería una cualidad innata del acto, sino una calificación formal que procede de la ley: faltando esta última, faltaría por lo tanto también el efecto jurídico.

En una formulación más amplia, que asuma como términos de comparación el negocio y el ordenamiento, debe seguramente admitirse la recíproca implicación de los dos términos. La juridicidad del acto es, en efecto, expresión de su relevancia en aquel sistema de relaciones sociales que es, ni más ni menos, el ordenamiento jurídico¹⁹. Empero, la idea del negocio que "sobresale" en el ordenamiento jurídico plantea de nuevo el problema de si con anterioridad a tal relevancia, el acto ha sido participe de una diversa realidad o de un diverso ordenamiento. Por este problema, en particular, resurgen

los términos de una posible doble valoración del negocio traslativo.

Significativa, en relación a ello, es la concepción que llega a reconocer una vinculación "pre-jurídica" del acto de autonomía privada: es decir, de una susceptibilidad de vinculación negocial válida en un momento social anterior a la valoración por parte del ordenamiento jurídico²⁰.

Esta concepción encuentra, sin embargo, una objeción de fondo que concierne a la misma posibilidad de entender un ordenamiento social -coercible en el fuero externo- que no sea en sí mismo jurídico. La anotación parece confirmarse en el plano de la experiencia, donde se advierte que comúnmente se entiende el vínculo negocial como vínculo jurídico²¹, directamente. Indudablemente, no todos los preceptos que atañen a las relaciones sociales son normas de Derecho: pero la regla externamente coercible que impone el respeto de los convenios, es una norma de orden objetivo de la comunidad, de por sí constitutiva de un sistema jurídico.

5.- EFECTOS RELATIVOS Y EFECTOS ABSOLUTOS DE LA MUTACIÓN TRASLATIVA EN LA COMPARACIÓN DE DISTINTOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Otra doctrina, como es conocido, atribuye la doble valoración del negocio a la perspectiva de una juridicidad social o de un ordenamiento particular

¹⁷ En relación a tal reserva se entiende la autonomía privada en términos de "autorización" o de "legitimación" por parte del ordenamiento jurídico: Ver, especialmente, las claras indicaciones de SANTORO-PASSARELLI. "Dottrine generali del diritto civile". Napoli: 1966, p. 106; y "L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia". En: *Saggi di diritto civile*, I. Napoli: 1961, p. 227 s.s.

¹⁸ Significativo es el esquema de la obra de FLUME. "Das Rechtsgeschäft". Berlín-Heidelberg-New York: 1965, p. 3: los efectos derivan siempre de la ley, puesto que la autonomía privada tiene valor sólo en mérito al ordenamiento jurídico. Pero en cuanto del ordenamiento concede preventivamente a los particulares el poder negocial, puede hablarse de efectos que se producen en mérito a la autonomía privada.

¹⁹ El hecho, puede ulteriormente reconocerse, es jurídico, en cuanto pensado y abstraído con arreglo a un predicado jurídico: ver en este punto el análisis de IRTI. "Rilevanza giuridica". En: "Jus", 1967, p. 55 y sgtes. Pero, es preciso añadir que ni siquiera el derecho es imaginable al exterior del hecho; esto es, del fenómeno en el cual el dato del ordenamiento se crea y se entrega a la experiencia humana.

²⁰ Para BETTI, ob. cit. p. 40 y s.s., el derecho reconocería y suministraría la propia sanción a un acto creador de un vínculo que "según la conciencia social, los particulares mismos, antes que nada, habrían previsto asumir en las relaciones entre ellos", bajo la tutela de la costumbre y de la lealtad negocial. Más incisivamente: SCOGNAMIGLIO. "Contributo alla teoria del negozio giuridico". Napoli: 1969, especialmente, p. 100 y s.s., afirma que de autonomía negocial puede hablarse sólo en cuanto sea reconocido a los particulares un poder de autodisciplina de intereses. Ellos regulan cuidadosamente sus intereses según cuanto ha sido establecido por el ordenamiento: en la realidad extrajurídica de las normas sociales, sobre todo por el principio "pacta sunt servanda". El negocio, entonces, "es de ya vinculante en sede social".

²¹ Ver, al respecto, la exacta observación de SCHLESINGER, ob. cit. p. 1359, el cual resalta que, inclusive en los pequeños asuntos, los arreglos negociales son solicitados en función de una experiencia que se presenta como jurídica por definición. La observación es significativa pero, obviamente, no es de por sí decisiva. No puede excluirse, en efecto, que de frente a una doble relevancia del negocio -aquella originaria del ordenamiento social y aquella de inmediata recepción en el ordenamiento jurídico- los sujetos sean llevados a considerar, sin más, el segundo como el más importante momento de la recepción.

que encontraría reconocimiento y relevancia sobre el plano del ordenamiento estatal²².

En esta perspectiva se ha llegado específicamente a calificar la enajenación no transcrita como expresión de un ordenamiento "privado", relativo a las partes del contrato, donde la modificación del derecho objetivo general (erga omnes) sería un efecto alcanzado a través de una directa relación entre el particular y el Estado²³.

La posibilidad de que los aspectos internos y los aspectos externos de la mutación traslativa sean referidos a una comparación de ordenamiento diversos se presta, sin embargo, a las siguientes observaciones. Ante todo, puede señalarse que el efecto negocial tiende, él mismo, a situarse como relevante en las confrontaciones con terceros. La transcripción - instituto indudablemente publicístico - representa sólo una regla de oponibilidad en las confrontaciones de una determinada categoría de terceros y, además, una regla que vale sólo para una limitada categoría de enajenaciones.

6.- COMPROBACIÓN NEGATIVA DE UNA VALORACIÓN AUTÓNOMA DEL NEGOCIO DE ENAJENACIÓN EN EL AMBITO DE UN ORIGINARIO ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO

Sobre un plano más general y posterior, otras reflexiones son suscitadas por la proposición de fondo del negocio como instituto que recibe su juridicidad en un ordenamiento diverso y "lógica-

mente" antecedente respecto a aquél jurídico estatal.

Visto desde una perspectiva absoluta, no es cierto que deba excluirse, sino más bien que deba admitirse, que un fenómeno de la vida de relación pueda recibir la valoración que le corresponde en ordenamientos jurídicos originarios diversos del estatal²⁴.

La experiencia de nuestra comunidad estatal permite, de otro lado, esta observación: en la reglamentación de las relaciones patrimoniales los particulares no aparecen participando de un ordenamiento "jurídico" interno que se yuxtaponga a aquel estatal²⁵.

Si consideramos así la regla de obligatoriedad del negocio traslativo, puede dudarse que esta regla se afirme en términos máximos en un ordenamiento jurídico interno y en términos de limitado reconocimiento en el ordenamiento general estatal²⁶. Más bien, el negocio obliga a los contrayentes a la prueba de la experiencia según un único criterio de validez. Frente a la nulidad, por ejemplo, de una venta oral de inmuebles, puede sólo restar un eventual deber de naturaleza moral, comprendido indistintamente por las partes como deber no jurídico.

La referencia a un ordenamiento jurídico interno no ofrece puntos de encuentro ni siquiera cuando la previsión negocial tienda a sustraerse deliberadamente de la valoración y a la tutela jurídica estatal. El análisis de los supuestos de hecho en los cuales las partes excluyen la eficacia del acto en el ordena-

²² De la conocida concepción pluralista de SANTIROMANO (principalmente: "L'ordinamento giuridico", reimpresión, 2da. ed., Firenze, 1967, p. 106 s.s.; "Autonomia", en: "Frammenti di un dizionario giuridico", reimpresión. Milano: 1953, p. 14 s.s.). Ver el sistemático y general desarrollo concluido sobretodo en el campo del derecho privado por SALV. ROMANO (particularmente: "Ordinamenti giuridici privati" estr. Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1955. Milano: 1955; "Autonomia privata" estr. Riv. trim. dir. pubbl., 1956. Milano: 1956; "Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato". Milano: 1961).

²³ Ver: SALV. ROMANO. "Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose". En: Riv. trim. dir. proc. civ., 1955, p. 1025 s.s., y "Ordinamenti giuridici privati", cit., p. 309 y s.s.

²⁴ Es seguro, además, que como institución, el Estado asume una forma que lo identifica y lo distingue respecto a las numerosas otras instituciones -también originarias- a través de las cuales el sujeto vive su experiencia social. Sobre la esencial función de los grupos sociales menores en la "fractura" entre individuo y Estado, ver las notas de página de RESCIGNO. "Le società intermedie". En: "Justitia", 1957, p. 335 s.s.

²⁵ Sobre este camino ver, en cambio, las formulaciones extremas a las cuales arriba CESARINI-SFORZA. "Il diritto dei privati", reimpresión, con presentación de SALV. ROMANO, Milano, 1963, específicamente p. 21 y s.s., definiendo el derecho "de los particulares" como formación jurídica paralela al derecho del Estado. Más recientemente, desde la perspectiva de un ordenamiento de los particulares en el análisis de la estructura y del valor del acto negocial, se cita ampliamente G.B. FERRI, ob. cit., p. 136 y s.s.

²⁶ La afirmación de una yuxtaposición de tales "ordenamientos" responde, en el fondo, a aquel clima garantizado por las codificaciones en el cual el mismo Derecho Privado venía siendo entendido como el derecho del individuo: aquel que reivindica su reservada esfera de actividad en las relaciones con el Estado. Empero, sobre la evolución del Derecho Privado según una valoración "de contenido"; esto es, en relación al contenido y a los instrumentos de las actividades disciplinadas, ver las incisivas páginas de GIORGIANNI. "Il diritto privato e i suoi attuali confini". En: Riv. trim. dir. proc. civ., 1961, p. 391 ss.

miento del Estado, revela, más bien, el intento de atribuirles un significado de mera conveniencia social o moral²⁷, cuando no se trata, sin más, de ocultarlo a los ojos de terceros.

7.- VALORACIÓN UNITARIA DEL NEGOCIO DE ENAJENACIÓN SEGÚN LAS NORMAS EFECTIVAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO GENERAL

El problema de la relevancia del acto según una regla jurídica anterior a la estatal, puede quizá ser simplificado si se renuncia a la idea de que la norma penetra en el ordenamiento estatal sólo en cuanto responda a la previsión formal de la ley escrita.

Para un planteamiento de este tipo, que reconozca la norma de Derecho en su concreta operatividad en el ámbito de un ordenamiento, la necesidad de aquel reconocimiento formal aparece insubsistente. La regla de Derecho, de esta manera, forma parte del ordenamiento estatal ya por el mismo hecho de su efectiva aplicación dentro del ámbito de la sociedad estatal y en la tutela de su organización²⁸.

Si consideramos, en particular, el principio del consenso traslativo, puede notarse cómo su codificación se ha limitado a recoger y a traducir en regla escrita una práctica que ya era afirmada en los territorios franceses de Derecho común, aunque sin

un desconocimiento formal del principio romanístico de la tradición: este último principio, viene, al contrario, constantemente rebatido como norma vigente²⁹.

La necesidad de la "preventiva" tradición de la cosa fue sin embargo superada, como es conocido, a través de la cláusula de desposesión. La aparición de la cláusula deviene constante; al punto que se llega a considerarla convenida tácitamente, inclusive cuando el documento no hubiere hecho mención alguna de ella. En tal sentido, es señalada una decisión del parlamento provenzal ya por el año 1635³⁰.

Si bien lo anteriormente indicado se refiere a una experiencia diferente, puede sin embargo entenderse como el mismo principio del consenso traslativo, afirmado originalmente como regla efectiva de un ordenamiento en el cual continuaba siendo oficialmente proclamada una norma distinta.

8.- LAS SOLUCIONES CODIFICADAS COMO FACTORES DE EXIGENCIA DEL CUERPO SOCIAL

Empero, el principio del consenso traslativo se presta a una posterior observación. En los ordenamientos que lo han recogido legislativamente, tal formal adopción ha influido, indudablemente, sobre la práctica negocial: arraigando y generalizando el convencimiento de que el contrato es suficiente para modificar la titularidad

²⁷ En el tema del deber, así, el problema ha sido entendido por la doctrina en estos simples términos: si es o no relevante el intento de las partes de sustraer o de someter la relación "a las reglas del Derecho". Ver: GIORGIANNI. "L'obbligazione", reimpresión. Milano: 1951, p.p. 39, 107 s.s.

Para la alternativa entre juridicidad o no del vínculo, en referencia a las relaciones de cortesía, ver LIPARI. "Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia". En: Riv. trim. dir. proc. civ., 1968, p. 415 s.s.

Para la referencia a figuras contractuales típicas en relación a hipótesis en las cuales parecería devenir más incierto el conocimiento del significado jurídico del vínculo (el amigo que nos pone a disposición su alquiler), ver SALV. ROMANO. "Il trasporto di cortesia". En: Riv. dir. civ., 1960, I, p. 504 s.s.

Ver, también, el planteamiento de GHEZZI, voz "Cortesia (prestazioni di)", en: Enc. del dir., X. Milano: 1962, p. 1048 s., sostenido en función a la necesaria referencia a los datos técnicos que el ordenamiento estatal predispone al examen de la doctrina.

La cuestión, probablemente, toca sólo un particular momento obligatorio y no el sometimiento de la relación a la disciplina jurídica. La relevancia parece que se deba imponer también con relación al negocio fiduciario, que ha reclamado la atención de la doctrina bajo los contornos de la conexión entre ordenamiento jurídico estatal y ordenamiento jurídico de los particulares, o sea, de la relevancia jurídica de una operación que tiende a realizarse desde fuera de la tutela del derecho. Nos limitamos a señalar: SALV. ROMANO. "Ordinamenti giuridici privati", ob. cit., p. 309 s.s.; LIPARI. "Il negozio fiduciario". Milano: 1964, especialmente p. 218 s.s.; y nuestra reseña en: Riv. dir. comm., 1965, I, p. 404 s.s.

²⁸ Nos remitimos a las observaciones ya precedentemente expuestas. Ultimamente, conviene ver: "Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica". En: "Estudios de Derecho Civil en honor de Castán Tobeñas", Pamplona, 1969, II.

²⁹ Sobre la indicación del principio de la entrega como vigente regla de Derecho, más allá de las citas a Pothier, ver particularmente DOMAT. "Les lois civiles". En: "Oeuvres complètes", I. Paris: 1828, p. 158 s.s.

³⁰ Ver FLOREN. "La vente immobilière en Provence au Moyen-Age et sous l'Ancien Régime". Aix-en-Provence: 1956, p. 44 s.s.; y AUBENAS. "Cours d'histoire du droit privé", V. Aix-en-Provence: 1956, p. 61 s.s.

Las cláusulas de desposesión son varias, mas se impone sobre todo aquella de "dessaisine-saisine" (cláusula que, de otro lado, podía ser insertada sólo en un acto notarial). Ver también: OLIVIER-MARTIN. "La Coutume de Paris". Paris: 1925, p. 62 s.s.; y CHÉNON: "Histoire générale du droit franVais public et privé", II. Paris: 1929, p. 219.

Para un enfoque más general, ver, además: C.A. FUNAIOLI. "La tradizione". Padova: 1942, p. 29 s.s.; y COLORNI, ob. cit., p. 201 s.s.

del derecho, sin la necesidad de un acto de tradición o de inscripción en los registros públicos.

En otros ordenamientos, en cambio, la ley estatal escrita ha sancionado la regla que subordina la transferencia a formalidades externas al contrato; esto es, a la posesión y la inscripción en los registros públicos. Nos referimos al ordenamiento germano y a aquéllos que lo han asumido como modelo³¹. La codificación de esta diversa regla, ha sido seguida por la elección consciente de un principio abstractamente considerado, mas correspondiente a las finalidades del comercio jurídico.

Los compiladores del Código Civil alemán rechazan, en efecto, expresamente el modelo del Código francés. Sin una señal externa que certifique públicamente la transferencia, se afirma, la negociación de los bienes devendría excesivamente insegura: para los bienes inmuebles, esta señal externa no puede consistir más en el hecho histórico de la entrega, sino que debe reconstruirse sobre la base de un registro permanente de consulta pública³².

A esta exigencia -se afirma todavía- no habrían permanecido insensibles los ordenamientos de tipo francés, los cuales habrían suavizado el alcance del principio

del consenso traslativo, con el instituto de la transcripción; con el resultado, sin embargo, de consentir en cabeza del adquirente, en un momento anterior a la transcripción, una híbrida situación de propiedad "relativa".

Análoga observación es constatada con relación a la enajenación de cosas muebles: la seguridad de la circulación de los derechos mobiliarios exige una referencia suficiente a un dato de pronta valoración, cual es la posesión de la cosa. Ofrecería confirmación de lo dicho el mismo sistema del Código francés, el cual ha adoptado en el tema de enajenaciones mobiliarias la regla "posesión vale título". Tal regla habría en definitiva vaciado de contenido el principio del consenso traslativo³³. La elección del Código alemán, debe señalarse, ha sido expresamente adoptada para prescindir de la exigencia de la realización de un comportamiento, arraigado en la práctica³⁴.

Tal elección -operada en sede legislativa- es, sin embargo, realizada para orientar al convencimiento común, caracterizando una práctica negocial que, al menos en cuanto concierne a las enajenaciones inmobiliarias³⁵, no considera suficiente al simple consenso para transmitir el derecho³⁶.

Las normas sobre la publicidad y la adquisición del no legitimado reducen el alcance de la separación

³¹ Al principio de la entrega, notamos, se acompaña en la codificación alemana el distinto principio de la separación entre negocio causal obligatorio y negocio dispositivo abstracto: principio entendido principalmente con la finalidad de evitar que la invalidez del contrato causal pueda perjudicar a los sucesivos adquirentes del derecho. Exigencia ésta que puede, por otro lado, ser suficientemente satisfecha también acogiendo el principio de la unidad del contrato de enajenación. Ver, en efecto, LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*, II. München: 1968, p. 20.

En la doctrina italiana, la dualidad entre contrato obligatorio y negocio dispositivo ha sido sostenida, como es conocido, por GORLA. *L'atto di disposizione dei diritti*. En: *Studi in memoria di Tommasone*. Padova: 1937, p. 3 y s.s.

³² Ver *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das d. Reich*, III. Berlin-Leipzig: 1888, p. 158 s.s.; *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerl. Gesetzbuchs*, III. Berlin: 1899, p. 53 s.s.; y confróntese el numeral 873 del BGB.

³³ La justificación de la entrega como requisito necesario de la transferencia (artículo 929 BGB) aparece, por otro lado, menos segura. En la "Relación" al primer proyecto del Código alemán se encuentra expresamente enunciada la aproximación entre la carga de la inmatriculación y aquella de la entrega, la cual, en cualquier modo, contribuiría a la publicidad de la situación jurídica del bien (*Motive zu dem Entwurfe...*). Ob. cit. Pág. 333 s.s.). En la "Relación" al segundo proyecto se afirma, en cambio, que la carga de la entrega puede ser esencialmente justificada por una razón de publicidad de la transferencia. La entrega valdría, más bien, para certificar la voluntad seria de realizar la mutación del derecho real.

Con relación a tal fundamento podía, así, admitirse que la entrega de la cosa fuese sustituida por un acuerdo en base al cual el vendedor continuaba en la conservación del bien en nombre del comprador (*constituto possessorio*). (Confróntese: *Protokolle der Kommission...*). Ob. cit. p. 196 s.s.; y el artículo 930 BGB, cuyo texto no figuraba en el proyecto originario).

³⁴ Manifestado, inclusive, en lo que respecta a la separación entre negocio causal obligatorio y negocio abstracto traslativo. Ver, en efecto, los trabajos preparatorios y particularmente: *Protokolle der Kommission...*. Ob. cit. III, p. 52 s.s.

El argumento es recogido por HECK, en: *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*. Tübingen: 1937, p. 13 s.s., el cual considera que no podría ser decisiva y absoluta la referencia a la voluntad de los particulares, debiendo el ordenamiento tomar en cuenta, más bien, la mejor adaptación de otros opuestos intereses: como aquellos que pueden ser resumidamente indicados en la fórmula del interés a la circulación de los bienes.

³⁵ Dar parte de la doctrina no han faltado quienes afirman que la admisión de las formas espiritualizadas de entrega habría -en realidad- vaciado el principio de la tradición. Ver, entre otros, KOHLER. *Vertrag und Uebergabe*. En: *Archiv. bürgerl. Recht*, XVIII (1900), p.p. 1 s.s., específicamente 95 y s.s., el cual llegaba a declarar que la codificación germana habría acogido materialmente el principio de la transferencia por voluntad contractual. En términos abiertamente en contra del principio de la entrega, ver, más recientemente, SÜSS. *Die Traditionsprinzip. Ein Atavismus des Sachenrechts*. En: *Festschrift für Martin Wolff*. Tübingen: 1952, p. 141 s.s., el cual considera que la entrega no tiene una función de publicidad que justifique la derogación de aquella elemental solución del consenso traslativo, ya claramente entendida por los jusnaturalistas.

³⁶ En lo que respecta a las enajenaciones mobiliarias, no faltan, de otro lado, las afirmaciones en torno a la existencia de una correspondencia de la regla del BGB, con una remota concepción popular que toma la posesión como la expresión perceptible del derecho

existente entre los dos principios³⁷. Empero, permanece, de cualquier modo, el hecho de que un momento esencial de la disciplina de las relaciones patrimoniales, esto es, aquel relativo a la circulación de los bienes, está gobernado por dos regímenes opuestos, en ordenamientos muy cercanos y de iguales estructuras socio-económicas³⁸.

En el tema del contrato de enajenación, en definitiva, la ley escrita ha sido elaborada sobre la base de

tradiciones diversas.

En su simpleza, la observación induce, con posterioridad, a reflexionar sobre una visión del ordenamiento como una realidad que se mueve bajo el impulso de múltiples factores. En éstos, la ley escrita adquiere significado, no tanto para su validez -relevante sobre un plano de autónomas valoraciones formales- sino en cuanto a una posible fuerza de apremio del cuerpo social³⁹.

de propiedad y que enlaza luego las mutaciones de este derecho a las mutaciones de la situación posesoria. Ver, NOLTE. "Zur Reform der Eigentumsübertragung". Stuttgart-Berlin: 1941, p. 103 s.s.

³⁷ Anotación común: ver, por ejemplo, GOTTHEINER. "Zum Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen". En: "Zeitschrift f. ausland. u. intern. Privatrecht", 1953, p. 356 s.s.

³⁸ Particularmente, en consideración de estos diferentes regímenes, se ha advertido la exigencia de una adecuada convención internacional que en las ventas entre plazas extranjeras establezca criterios uniformes sobre la aplicación de las leyes nacionales con respecto a la transferencia de la propiedad: ver la Convención de la Haya del 15 de abril de 1958 (ratificada por ley del 07 de diciembre de 1960, n. 1622).

³⁹ En razón de tal "fuerza de apremio", se entiende cómo la ley pueda ponerse entre los instrumentos de intervención del Estado para la superación de una realidad socio-jurídica efectiva, pero inadecuada, frente a más importantes reclamos de un orden "justo". Ver, las consideraciones de MENGONI. "Forma giuridica e materia economica". En: "Studi in onore di Asquini", III. Padova: 1965, p. 1077 s.s.