

# LA OBLIGACION DE ENAJENAR Y EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL PERU \*

Gastón Fernández Cruz  
Profesor de Derecho Civil  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Universidad de Lima

*Aun cuando la doctrina peruana ha discutido con insistencia acerca del régimen de transferencia de la propiedad inmueble adoptado por nuestro Código Civil, puede afirmarse con certeza que la mayor parte de los estudios realizados hasta la fecha son de carácter exegético, e intentan explicar simplemente qué es lo que las normas civiles quisieron decir; para estos trabajos, el objetivo principal consiste en salvar las contradicciones en que incurre nuestro Código por las disposiciones contenidas en los artículos 949, 1135 y 1529 del Código Civil, por citar tan solo algunas normas.*

*El doctor Gastón Fernández Cruz desarrolla en el presente artículo su posición particular respecto a los alcances del sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, pero cambia la perspectiva que usualmente ha venido siendo utilizada en estudios de este tipo: el trabajo del autor es una defensa del consenso como sistema adecuado de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú. Para realizarla, recurre al análisis de los diversos sistemas de transferencia de la propiedad inmueble en el mundo y procura definir cuáles son los fines que un sistema de transferencia ideal debe cumplir. Este es, sin duda, un trabajo destinado a generar polémica, por la audacia con que algunas ideas son expuestas y por la frontal crítica que, en algunos de sus puntos, se hace a las normas de nuestra codificación civil.*

SUMARIO: I. Introducción. II. La función económica de los sistemas de transferencia del dominio inmobiliario. III. La función social de los sistemas de transferencia del dominio inmobiliario. IV. La transferencia de la propiedad por medio de la cooperación. V. Obligación de dar; obligación de enajenar y transferencia de la propiedad. VI. El principio consensualístico y la codificación peruana: análisis de la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú. VII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCION

1. Uno de los temas en el Derecho Civil Patrimonial sujeto siempre a polémica, posiciones encontradas y disenso doctrinario casi absoluto, está representado por la fórmula legal que debe adoptar la transmisión del dominio inmobiliario en un sistema jurídico determinado. De allí que, en el año de 1989, nos sintiéramos tentados a escribir un trabajo que, bajo la perspectiva del rol que cumple la publicidad en los derechos reales, analizara los distintos sistemas de transferencia de la propiedad inmueble en el Derecho Comparado. Dicho artículo -de carácter meramente expositivo y hasta acrítico- tuvo en realidad la sola pretensión de servir como marco introductorio general a otro trabajo que debía realizarse con posterioridad y en el cual se analizaría, esta vez a profundidad, cuál de todos los sistemas de transmisión del dominio inmobiliario conocidos por la legislación comparada, respondía a la realidad del Perú contemporáneo.

\* Ponencia sustentada por el autor en las "Primeras Jornadas de Derecho Civil" organizadas por el Colegio de Abogados de Lima y el Seminario de Derecho Privado "Ramón Serrano Suñer", llevadas a cabo en la ciudad de Lima, capital de la República del Perú, del 8 al 19 de noviembre de 1993.

Razones que no vienen al caso explicar, llevaron a que aquel trabajo introductorio al que estamos haciendo alusión, fuera recién publicado en el año de 1992<sup>1</sup>, lo que nos obligó a la pronta elaboración y publicación del presente estudio. Este, pretende ahora analizar la bondad o defecto de reputar al **consenso** como el sistema ideal de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú y, más aún, pretende cuestionar si la obligación constituye el medio idóneo, como vehículo de cooperación, para servir de instrumento de traspaso de la propiedad. En suma, se trata del análisis funcional del artículo 949 del Código Civil peruano: «La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él [...]».

2. Nosotros creemos que, si de lo que se trata es de elegir cuál es la mejor fórmula legal para regular la transmisión del dominio inmobiliario en un sistema jurídico dado, no hay duda que la elección a tomarse al respecto, más allá de representar una opción legislativa, debiera reposar en argumentos de conveniencia económica, social y jurídica.

En rigor, hablar de una argumentación del tipo antes señalado podría llevar a cuestionarnos sobre las funciones que cumple la propiedad en una comunidad dada y la regulación jurídica que debe merecer la transmisión del dominio inmobiliario, la cual, creemos, debe ser consecuente con la realidad económica y social que se pretende regular.

Sin embargo, queremos advertir al lector que la pretensión de este estudio, no es la de realizar un análisis económico o social de la propiedad como derecho, por lo que no cuestionaremos el carácter de «derecho primario»<sup>2</sup> que posee aquella en los sistemas jurídicos que reconocen valor a la propiedad privada. Más bien, pretenderemos estudiar las funciones que todo sistema de transferencia de propiedad -, en nuestro caso, exclusivamente de bienes inmuebles- tiene en una realidad social

dada; concretamente, la de la sociedad peruana. Nuestra pretensión es entonces más precisa: el análisis de la circulación de la riqueza inmobiliaria en el Perú y el de su formulación legal.

Empero, precisamente porque nuestro estudio gira en torno al concepto de función, ya doctrina de vieja data nos advierte de lo etéreo, diverso y confuso que puede resultar dicho concepto para el Derecho<sup>3</sup>. La variedad de significados atribuidos al mismo -que nos lleva indistintamente a hablar tanto de función económica o social de la propiedad, como de función económica o social del negocio jurídico, por ejemplo- nos impone la necesidad de precisar el significado que, en este trabajo, asignaremos al vocablo «función». Así, como quiera que nos vamos a referir a la función o funciones reservadas a un sistema jurídico, resulta obvio que no nos estaremos refiriendo a la finalidad o propósito práctico que las partes de un negocio jurídico determinado pretenden alcanzar como resultado empírico<sup>4</sup>, sino a la finalidad que el ordenamiento jurídico (entendido como Derecho objetivo) persigue alcanzar mediante la regulación de la transferencia de la propiedad, para la tutela de los intereses subjetivos sometidos al mismo.

3. En el orden de ideas así expuesto, la primera parte de nuestro trabajo estará orientada hacia el análisis de las funciones económico y social que debe cumplir todo sistema de transferencia de dominio inmobiliario, con especial hincapié en la primera de sus funciones, y su aplicación a la realidad concreta del Perú contemporáneo. La segunda parte de nuestro estudio, tratará de demostrar lo innecesario y artificioso que resulta recurrir al concepto de obligación -como argumento jurídico- para justificar el traspaso de la propiedad como modo de adquisición derivada, efecto que debiera producirse en forma directa e inmediata del contrato.

<sup>1</sup> FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La publicidad en la transferencia del dominio inmobiliario". En: *Advocatus. Revista de Derecho*. Año III. Cuarta Entrega. Lima, 1992. pp. 29-40.

<sup>2</sup> BRANCA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Privado*. Traducción de la 6ª ed. italiana realizada por Pablo Macedo. Porrúa, México DF., 1978. p. 176.

<sup>3</sup> AZPIAZU, Joaquín. *El Derecho de Propiedad. Estudio jurídico y económico*. 2ª ed. Razón y Fe, Madrid, 1930. p. 125.

<sup>4</sup> Y que ha dado lugar a la polémica, aún vigente, sobre la causa subjetiva u objetiva del negocio jurídico en general y del contrato en particular. Para una visión de las posiciones más actuales sobre este tema, ver por todos: SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del contrato*. Traducción realizada por Fernando Hinestrosa de la edición italiana que, como volumen cuarto, fascículo segundo, forma parte del Trattato Grosso - Santoro Passarelli. Empresa Editorial Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1991. pp. 165-247; y, DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 2ª ed. Tecnos, Madrid, 1983. vol. I, pp. 157-181; en especial, p. 175.

## II. LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DEL DOMINIO INMOBILIARIO

4. Hemos afirmado que la mejor regulación jurídica a la transmisión de la propiedad inmobiliaria debe responder a exigencias económicas y sociales que broten de la propia realidad que se pretende normar. Creemos por ello que, en primer lugar, un sistema de transferencia de la propiedad debe responder a un criterio de política social: si el Derecho, para ser efectivo, debe regular una realidad determinada, la solución legal a adoptarse debe responder a las necesidades de los propios individuos integrantes de la comunidad sobre la cual pretende aplicarse un cuerpo legal. Por ello, la fuente primaria y más importante del Derecho, en este aspecto, debe ser la **costumbre**, pues la misma responderá a la función económica que los propios sujetos han escogido para regular sus relaciones de intercambio. Los **usos**, contra lo que muchos juristas espontáneamente están en capacidad de descubrir y admitir, constituye el basamento de nociones tan importantes para el Derecho como son las de **función e interés típico**, entendido éste último como «interés de categoría socialmente apreciable en su configuración abstracta»<sup>5</sup>.

5. En segundo lugar, sobre la base de la natural orientación que toman las relaciones de intercambio, el legislador debe analizar si esa costumbre, económicamente hablando, traduce la opción más adecuada que maximice la circulación de la riqueza, reduzca los costos de transacción y relativice los riesgos propios de una transferencia de dominio. Esta es, tal vez, la más difícil decisión que debe afrontar y tomar el legislador, pues no siempre la solución más adecuada para dinamizar las transferencias (circulación de la riqueza) coincide con la reducción de los riesgos (que se obtiene a través de un adecuado sistema de publicidad). Ante tal disyuntiva, creemos que el legislador debe optar por privilegiar la solución que favorece la máxima circulación de la riqueza, sacrificando -de ser necesario- la solución óptima de publicidad.

La afirmación antedicha, constituye para nosotros, uno de los puntos de abierta discrepancia con destacados juristas nacionales sobre el tema

de transferencia de la propiedad inmueble. No hay duda de que el sistema perfecto de transferencia de dominio es aquél que conjuga las tres finalidades enunciadas líneas arriba:

a) La maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria.

b) La reducción de los costos de transacción, cuando la transferencia de la propiedad inmueble opere por la vía de la cooperación<sup>6</sup>.

c) La reducción o eliminación, de ser esto último posible, de todo riesgo de adquisición de un «*non domino*» o de pérdida ulterior de eficacia del derecho adquirido, a través de un sistema publicitario adecuado de exclusión.

6. La esencia del problema, no está entonces en discutir aquello que constituye una verdad evidente, cual es, el de las bondades que debe presentar todo sistema ideal de transferencia de propiedad inmobiliaria. La discusión puede presentarse -y se presenta-, a dos niveles de análisis distintos:

a) Sobre cuál de las tres finalidades o funciones enunciadas en el punto precedente debe priorizarse, por considerarse **esencial** a todo sistema de transferencia de propiedad inmueble.

b) Sobre si la realidad concreta del Perú contemporáneo permite que pueda aplicarse eso que hemos llamado «sistema ideal de transferencia de propiedad inmobiliaria»; esto es, la aplicación concreta, en la sociedad peruana, de las tres finalidades antes mencionadas de maximización de la circulación de la riqueza; reducción de costos de transacción; e implantación de un adecuado sistema de publicidad que elimine riesgos transaccionales.

Nosotros creemos que la función esencial de todo sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria es la de maximizar la circulación de la riqueza. Es más, la publicidad resulta necesaria, en tanto y por cuanto es indispensable para todo sistema traslativo de propiedad amparar la buena fe como sustento de la «seguridad dinámica» del Derecho, para favorecer, precisamente, la circulación de la

<sup>5</sup> BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción de la edición italiana realizada por José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969 t. I, p. 61.

<sup>6</sup> No siempre la transferencia del dominio inmobiliario opera por la vía del contrato -institución jurídica típicamente de cooperación debida-. Así, por ejemplo, la transferencia de propiedad puede operar por la vía *mortis causa*.

riqueza. Oportunamente explicamos en un trabajo nuestro anterior<sup>7</sup> que ya Demogue había sustentado -y creemos, demostrado- que la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario radicaba en la protección de la buena fe de los adquirentes, pues estos representaban el «dinamismo» del comercio jurídico: el Derecho es más seguro, cuando la «gran masa colectiva» que clama por ver protegido su derecho de adquisición, tiene la certeza de estar adquiriendo bien, aún cuando se trate de un no propietario real, sino aparente. De lo contrario, como siempre existiría un gran margen de duda sobre la autenticidad del derecho adquirido, los eventuales adquirentes, al considerar demasiado elevado el riesgo de pérdida de su inversión, dejarían de ser adquirentes, paralizando el tráfico jurídico inmobiliario. Por ello, el Derecho moderno ha abandonado principios jurídicos absolutistas y estáticos como el del «*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*» (nadie puede transmitir más derecho que el que posee), reemplazándolo por el de «protección al tercero adquirente de buena fe».

7. A diferencia de lo que estamos afirmando, algunos autores como Bullard, en nuestro medio, propugnan la priorización de las funciones de reducción de costos de transacción y de exclusión, como ejes de todo sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria. El destacado profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú afirma que «el sistema ideal de propiedad es aquél que permite el máximo grado de exclusión al menor costo posible»<sup>8</sup>, negando que el consenso pueda cumplir eficientemente dichas funciones y, por ende, constituye un sistema imperfecto de transferencia de dominio inmobiliario. Al respecto, indica que «[...] si la propiedad se basara en contratos (es decir, que sólo podría excluir a aquellos que celebren contratos conmigo) el valor de ésta será determinado por la cantidad de contratos que se celebren. Así, quien tiene una propiedad que permite excluir a mil personas tiene un bien más va-

lioso que aquél que sólo puede excluir a cien. En este sentido, la propiedad más valiosa imaginable sobre un mismo bien es aquélla que permite excluir a todos los demás [...]»<sup>9</sup>.

La opinión antes transcrita -teóricamente válida- constituye sin embargo una verdad ideal, por estar referida, precisamente, a un «sistema ideal de propiedad». En múltiples ocasiones, la realidad social puede demostrarnos que nuestros modelos teóricos de análisis no son compatibles con la situación concreta que pretendemos regular<sup>10</sup>. De allí que en el punto 6 de este estudio, hayamos indicado que la pregunta esencial que cabe formularnos es aquella que nos cuestione sobre si la realidad concreta del Perú actual permite aplicar un sistema de transferencia de la propiedad inmueble que, «otorgando el máximo grado de exclusión, al menor costo posible», maximice la circulación de la riqueza inmobiliaria.

Nuestra respuesta, ante el cuestionamiento anteriormente formulado, es negativa: en el Perú, principalmente por su problema estructural de Estado-Nación (problema de orden sociopolítico)<sup>11</sup>, y por su economía aún preponderantemente rural y agraria, se materializa un divorcio entre la función esencial de maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria y la función complementaria de reducción de riesgos a través de un adecuado sistema de publicidad. En nuestra patria, la puesta en práctica, por ejemplo, del sistema registral constitutivo de transferencia de la propiedad inmueble, como modo de transmisión del dominio inmobiliario, dado el nivel socioeconómico y cultural de las grandes mayorías nacionales y la imposibilidad de extender el registro inmobiliario a todos los confines de la patria, pese a significar el sistema más perfecto de seguridad jurídica individual imaginable, incrementaría los costos de transacción a un nivel inaceptable, paralizando las transacciones jurídicas.

<sup>7</sup> FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Buena Fe en la Concurrencia sobre Bienes Inmuebles". En: *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. n° 41. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1987. p. 186-194.

<sup>8</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo. "Un mundo sin propiedad (análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble)". En: *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. n° 45. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1991. p. 138.

<sup>9</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo. *Op. cit.* p. 139.

<sup>10</sup> Ello, por cuanto responden a valores que consideramos deben darse, pero no se dan en la realidad, representando a fin de cuentas una aspiración social. Estos son los valores puramente ideales. Ver al respecto: FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Buena Fe.". *Op. cit.* p. 195.

<sup>11</sup> En lo que a este tema atañe, conviene consultar: COTLER, Julio. *Clases, Estado y Nación en el Perú*. En: Colección Perú Problema, n° 17. Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1978.

8. Repárese que, en el fondo, la abierta discrepancia que mantenemos con posiciones como las del profesor Bullard, radica en la distinta concepción que se tiene del concepto de seguridad jurídica. Creemos percibir que para el citado jurista, así como para tantos otros formados en el análisis económico de la propiedad, en escuelas americanas tan prestigiosas como la Universidad de Yale, dicho concepto (la propiedad) sigue teñido de un gran contenido liberal-individualista. Su afirmación transcrita en este artículo -que motiva la nota a pie de página número nueve- trata de demostrar cómo la seguridad reclamada por un adquirente es de **su propiedad** (estática) frente a otras, de alguien que quiere oponer **su adquisición** a todo el mundo, para que de esta manera, **su propiedad** se torne lo más valiosa imaginable (visión individualista, tutelar del propietario de derechos como personaje inatacable y dueño de una situación jurídica oponible a todos, *erga omnes*).

El consenso, en cambio, tiene la virtud de ser más ágil como modo de transmisión inmobiliaria, aunque -no hay duda-, **individualmente hablando** deje al adquirente a merced de mayores riesgos de pérdida de su propiedad personal, comparado con el registro constitutivo, también como modo de transferencia de la propiedad inmueble. Lo que a veces no se repara es que, colectiva y socialmente hablando, como el consenso constituye la forma más rápida y menos onerosa de generar transferencias, su elección como modo legal de transmisión inmobiliaria en un sistema jurídico concreto, determinará que más transferencias existan, con la lógica consecuencia de crear más y nuevos casos de riqueza.

Sin embargo, como la publicidad que pueda brindar el consenso como modo de transferencia es casi nula a nivel individual, el sistema jurídico -que ha tenido que adoptar a dicho instituto como modo legal de transmisión inmobiliaria, por cuanto es el único que maximiza la circulación de la riqueza inmobiliaria según su realidad determinada- tiene que brindar o permitir medios alternativos de protección de la propiedad individual. Así, se introducen o se permiten medidas tales como:

a) La implantación, con carácter general, del registro declarativo de la propiedad inmueble, como modo de oponer derechos sobre inmuebles a terceros.

b) La exigencia de que el registro de la propiedad inmueble, adoptado como medio de publicidad declarativo para oponer derechos, no sea convalidante de actos nulos, permitiendo anular la inscripción registral cuando ésta se ha realizado en

contravención de la buena fe civil que norma la contratación (por ejemplo, artículos IX del Título Preliminar del Código Civil y 173, inciso c, del Reglamento General de los Registros Públicos del Perú); y acoja el principio registral aquel de «el conocimiento suple el defecto de publicidad».

c) Que, en los lugares donde no exista un registro público, los enajenantes y adquirentes tengan plena libertad contractual de pactar el medio de publicidad que consideren el más conveniente a sus intereses, tales como el de testigos, con vecinos y notables de la localidad, o autoridades.

En consecuencia, cuando nosotros propugnamos un concepto de seguridad jurídica dinámica, en contra del concepto clásico de seguridad jurídica estática, en el fondo, estamos afirmando que el «principio jurídico de protección al tercero adquirente de buena fe», debe inspirar toda solución en el Derecho (y no solamente respecto al derecho de propiedad) y que la sola protección legal al mejor modo de generar más riqueza inmobiliaria, incentiva la circulación de bienes y, en general, el tráfico jurídico inmobiliario, que es el concepto de seguridad jurídica que reclama la sociedad (visión colectiva), protegiendo a los adquirentes en conjunto, en su condición de tales (configuración abstracta), con prescindencia de la situación concreta del señor «x», quien, individualmente, deberá buscar los medios alternativos que le brinda el orden jurídico para la tutela de su interés específico (acceder al registro declarativo de la propiedad, por ejemplo).

9. Creemos merecer, cuando menos, el beneficio de la duda razonable. Sobre este punto, a los escépticos cabría pedirles que se cuestionen por qué aún hoy, en países como Italia, cuna del Derecho moderno contemporáneo en la familia romano-germánica, sigue vigente el consenso como modo de transferencia del dominio inmobiliario y el registro de la propiedad, como medio declarativo de oponer derechos a terceros. Obviamente, la razón no puede estar en una aparente economía subdesarrollada (argumento que muchos invocan para sostener el consenso como modo de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú), toda vez que Italia conforma el denominado «Grupo de los Siete» (las naciones más desarrolladas del mundo); sino, por el contrario, precisamente porque se considera que la realidad socioeconómica italiana (de origen agrario) encuentra en el consenso, el mejor modo de maximizar la circulación de la riqueza.

Tal circunstancia ha sido puesta de relieve, acertadamente, por el profesor de la Universidad de

Bologna, Massimo Franzoni<sup>12</sup>, quien ha afirmado que «en el ámbito de la macroeconomía, las grandes elecciones tendientes a favorecer la máxima circulación de la riqueza son regidas por el principio consensualista [...]. La propiedad pasa con el consentimiento legítimamente manifestado por las partes y no por efecto de la entrega de la cosa objeto de la transferencia, o por efecto de la transcripción en los registros inmobiliarios [...]. Es indudable que tal elección es fuente de mayores controversias -piénsese en las vicisitudes judiciales en el tema de la doble venta inmobiliaria- [...]. No obstante, tal elección, está dirigida a favorecer las ocasiones orientadas a hacer circular la riqueza, aún cuando éstas traigan consigo el riesgo de incrementar las hipótesis de recursos a la Magistratura. [...]

En otros términos, eso significa que la elección de fondo radica en que, a más transferencias existan, más los adquirentes son tutelados, pues mayores son las ocasiones de crear casos de nueva riqueza. Se quiere tutelar la seguridad del tráfico y, por consiguiente, el interés del comerciante, poniéndolo al reparo del riesgo de la acción de reivindicación del propietario originario [...].»

Consideramos que lo dicho por el joven profesor extraordinario de la Universidad de Bologna explica, de la mejor forma posible, aquello que pretendemos nosotros sustentar: que existe seguridad jurídica en el derecho de propiedad, cuando aquella es concebida en forma «dinámica»; esto es, mediante la tutela de la buena fe de los adquirentes que persiguen rapidez y bajo costo en sus transacciones comerciales; protección que no sólo brinda el Derecho, a nivel individual, mediante la inscripción registral, sino a través de la incorporación legislativa de manera general del principio jurídico de «protección al tercero adquirente de buena fe».

En nuestro Código Civil, hay múltiples ejemplos que demuestran que la intención de la ley ha sido la de consagrar -de manera general- este principio. Así tenemos:

- En el Libro de Acto Jurídico, los artículos 152 y

162, en materia de Representación; 191 y 194, en materia de Simulación; 195 y 197, en materia de Fraude;

- En el Libro de Reales, los artículos 903 y 908, en materia de Posesión; 941, 942, 944, 945, 946 y 948, en materia de Adquisición y Transmisión de la Propiedad; 950 y 951, en materia de Prescripción Adquisitiva;

- En el Libro de Obligaciones, los artículos 1135 y 1136, en materia de Concurrencia de Acreedores; 1210, en materia de Cesión de Derechos; 1223, 1268, 1270, 1271, 1272 y 1276, en materia de Pago;

- En el Libro de Contratos, los artículos 1363, 1439, 1466 y 1495; pero, sobre todo, los artículos 1539 y 1540, sobre Compra-venta de Bien Ajeno.

Entre todos los artículos antes mencionados, merece destacarse en forma especial, el numeral 948 que regula la «adquisición a *non domino*», precepto que representa la piedra angular de protección a los terceros adquirentes de buena fe, que son protegidos en su adquisición, aún en los casos que el enajenante carezca de facultad de disposición.

10. Repárese también que, aún dentro de los sistemas registrales constitutivos de la propiedad convalidante de actos nulos, esa pretensión de hacer coincidir seguridad colectiva con seguridad individual, no es total, pese a recurrirse a la ficción del «acto abstracto», desde que siempre cabe la indemnización del Estado a un dueño injustamente despojado de su propiedad por error en la inmatriculación<sup>13</sup>.

Este concepto de «seguridad dinámica» -en palabras de Betti- refiriéndose al sistema alemán de transferencia de la propiedad inmobiliaria, «implica una función constitutiva que es extraña a la tarea de la publicidad inmobiliaria», prefiriendo los sistemas que, como el italiano y el español, adoptan el registro declarativo de la propiedad, por cuanto «sin merma de la seguridad dinámica de los actos de circulación e intercambio, constituye un elemento de agilidad para la actualización de

<sup>12</sup> FRANZONI, Massimo. "El Libro de las Obligaciones y de los Contratos". Ponencia presentada en el Congreso Internacional "Presencia Jurídica Italiana en el Perú" organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima en el mes de noviembre de 1992. Traducción no oficial realizada por los organizadores. p. 4. Trabajo inédito.

<sup>13</sup> Ver al respecto, por todos: NOAILLES *Derechos Reales*. Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1958. p. 530; y MIRANDA. "Transmisión y constitución de derechos inmobiliarios en Australia". En: Ponencias de la Delegación Argentina ante el XVI Congreso Internacional del Notariado Latino. Lima, 1982. p. 421. Citados en: FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Publicidad...". Op. cit. pp. 38, 40.

las fincas registrales»<sup>14</sup>. En el fondo, el destacado profesor italiano, criticaba la creación de un concepto «artificial» de «seguridad dinámica», basado en una ficción jurídica de orden legal, como es la teoría del acto abstracto alemán, en donde «la transmisión por inscripción es abstracta con relación al acto jurídico que la determinó. Lo abstracto del acto se manifiesta en su contenido formal y en sus efectos. En su contenido formal porque en el registro no se inscribe la conformidad de las partes con relación al contrato que determinó la transmisión, sino directamente su conformidad con la transmisión misma. En sus efectos, porque la transferencia de propiedad que se produce en virtud del acto de inscripción, depende exclusivamente de este acto y sigue su suerte, y no depende para nada del contrato que haya determinado la inscripción [...]»<sup>15</sup>.

11. No puede pues, en definitiva, olvidarse que el concepto de seguridad jurídica reclamado por un orden legal determinado, es aquél que brota como exigencia de la propia realidad que se pretende normar. En ese orden de ideas, nosotros creemos que el Perú de hoy, de economía aún básicamente agraria, de ingresos «*per capita*» sumamente bajos y de problemas de configuración de un Estado-Nación, reclama la puesta en práctica de un modo de transferencia de la propiedad inmueble que maximice la circulación de la riqueza inmobiliaria, a bajos costos de transacción, aún cuando dicha elección suponga un incremento de riesgos transaccionales. Esa elección debe recaer -y ha recaído- en el **consenso** como modo de transferencia de la propiedad inmobiliaria.

Es pues el presente artículo, una defensa del consenso. No como sistema ideal de transmisión del dominio inmobiliario, pero sí como un sistema que responde a la realidad concreta del Perú contemporáneo. Si no, habría que cuestionarse por qué hoy, en el Perú de 1994, en San Mateo, ciudad serrana ubicada aproximadamente a cincuenta kilómetros de Lima, capital de la República, las transferencias de propiedades inmobiliarias se realizan consuetudinariamente por la vía del contrato y sin más publicidad a veces que la exigida por la reducida comunidad, representada a través de la intervención de testigos, que no son sino vecinos y notables de la localidad, o a través de

«escrituras imperfectas» extendidas ante el Juez de Paz de la circunscripción.

### III. LA FUNCION SOCIAL DE LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DEL DOMINIO INMOBILIARIO

12. Hemos afirmado con anterioridad (*supra*, numeral 2), que por «función» entenderíamos la finalidad que el ordenamiento jurídico persigue alcanzar mediante la regulación de la transferencia de la propiedad, para la tutela de los intereses subjetivos sometidos al mismo. Sin embargo, hemos también afirmado, que la pretensión de este trabajo no es la de realizar un análisis económico o social de la propiedad como derecho, produciéndose así una diferenciación entre adquisición de la propiedad y propiedad en sí.

Aun cuando -en términos económicos- es fácilmente entendible la diferencia antes propuesta y en donde, hemos afirmado, la función económica de un sistema de transmisión del dominio inmobiliario es, esencialmente, la de maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria en términos sociales; tal diferenciación es difícil de sustentar, generándose, en la doctrina comparada, cuando menos, dos discrepancias muy marcadas:

a) Una primera, que discute y niega que pueda hablarse de «función social de los sistemas de transferencia de la propiedad», cuando en realidad sólo cabe hablar de una «función social del derecho de propiedad». Así, por ejemplo, Natoli señala: «[...] no interesan, obviamente, aquellas diferencias que puedan demostrar, con referencia a la naturaleza (por ejemplo, mobiliaria o inmobiliaria, artículo 812) de la cosa, ciertas vicisitudes de la propiedad (por ejemplo, adquisición, pérdida, transferencia, etc.), las cuales, aún si a menudo se justifican con la referencia a la relevancia económico-social de la misma cosa [...], no sólo no ponen en evidencia diferencias de régimen relevantes en el ámbito de la disciplina específica del derecho de propiedad, sino antes bien, un campo de acción bastante más vasto; pero producido, también, desde afuera [...], no tocando, ni siquiera indirectamente, el momento de la determinación del contenido de la propiedad [...]»<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> BETTI, Emilio. «Crítica al sistema de transmisión de inmuebles por el mero consentimiento». En: *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela*. n.º 32. Imprenta Universidad de Caracas. Caracas, diciembre de 1965. p. 21.

<sup>15</sup> BETTI, Emilio. «Crítica...» *Op. Cit.* p. 19.

<sup>16</sup> NATOLI, Ugo. *La Proprietà*. 2.ª ed. Giuffrè, Milán, 1976. t. I, pp. 199-200.

b) Una segunda, que discute la presunta sinonimia que pretende presentarse entre los términos «función» y «finalidad»<sup>17</sup>.

13. Las discrepancias antedichas, nos llevan a la necesaria discusión -previa a cualquier toma de posición al respecto- sobre lo que debe entenderse por «función social del derecho de propiedad» y, concretamente, a la discusión de si la propiedad «es» o «tiene» una función social.

En principio, la discusión se ha centrado en admitir o negar un conjunto de permisiones o restricciones impuestas al propietario por el ordenamiento jurídico para disponer de su derecho de propiedad. Así entendido el debate, la problemática de la «función social de la propiedad», no es otra cosa, para algunos, «que una expresión comprensiva de deberes especiales, impuestos al propietario por particulares disposiciones de la ley»<sup>18</sup>, que no pueden calificar al derecho de propiedad en sí. Antes bien, la discusión apunta a entender si ese conjunto de limitaciones se colocan fuera del concepto de propiedad, como dato externo, o si se entienden conformantes de la estructura misma del concepto de propiedad.

Así, por ejemplo, la concepción cristiana de la propiedad entiende la función social de ésta como «el ejercicio o uso de la propiedad ordenada directamente e inmediatamente al bien común»<sup>19</sup>, en donde se aprecia que la propiedad «tiene» y no «es» una función social. En palabras de Azpiazu, «tener una función social indica no pocas veces encerrar una finalidad, una tendencia dirigida al bien de la sociedad»<sup>20</sup>, en donde puede apreciarse la identificación de los términos «función» y «finalidad».

Esta posición, sin embargo, ha sido objeto de variadas críticas, siendo la principal la ensayada por el francés Duguit<sup>21</sup>, quien afirmara que la propiedad no es un derecho subjetivo (poder), es una función social. En esta afirmación, hay una toma de posición distinta a la anterior, en donde no se enfoca a la función como una meta a alcanzar, como algo externo a la propiedad como concepto, sino como componente o parte integrante del concepto mismo de propiedad. Es Rodotà<sup>22</sup> en Italia, quien resume de la mejor forma la crítica a la concepción cristiana de la función social de la propiedad. Enseña el destacado autor italiano sobre esta concepción (la cristiana) que «encontrada dentro del más general conjunto de obligaciones a las que el creyente está sometido, la función social aparece como un temperamento de la propiedad del mismo modo que los límites que se le imponen. Al igual que cualquier otro instrumento a disposición del hombre, la propiedad no se sustrae al destino, a un fin que trasciende al individuo: la función social no es tanto la característica típica como el concreto modo de manifestarse de este fin supraordenado, manteniéndose así como un dato externo, aunque no eliminable [...]»<sup>23</sup>. A continuación, afirma que existe -a su modo de ver- «sólo un parentesco verbal» entre la concepción antes expuesta y el uso moderno de la expresión «función social». La concepción cristiana revela, en verdad, «que su auténtica característica no es la funcional, sino la finalista», que confirman que «el móvil y el fin se colocan en el exterior» de la Institución<sup>24</sup>. Y es que, para el citado autor, debe distinguirse entre «fin» y «función» de una determinada estructura:

- Fin, sería, «el destino a una tarea abstractamente fijada e inmutable».

<sup>17</sup> Confróntese, por ejemplo: RODOTÀ, Stéfano. *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*. Traducción del italiano por Luis Díez-Picazo. Civitas, Madrid, 1986 p. 219.

<sup>18</sup> COCO, Giovanni Silvio. *Crisi ed Evoluzione nel Diritto di Proprietà*. Giuffrè, Milán, Italia, 1965. p. 34.

<sup>19</sup> NOGUER. *Cuestiones Candentes sobre la Propiedad y el Socialismo*. Madrid, 1924. pp. 7-8. Citado por: AZPIAZU, Joaquín. *Op. cit.* p. 126.

<sup>20</sup> AZPIAZU, Joaquín. *Op. cit.* p. 142.

<sup>21</sup> DUGUIT. *Les Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon*. Paris, 1912. p. 27. Citado por: *Ibidem.* pp. 135, 136. Confróntese también: VILLEY, Michel. En torno al contrato, la Propiedad y la Obligación. Traducción del francés por Carlos Raúl Sanz. Ediciones Gherzi, Buenos Aires, 1980. p. 103.

<sup>22</sup> RODOTÀ, Stéfano. *Op. cit.* Ver allí, la referencia a la extensa bibliografía existente sobre la concepción cristiana de la propiedad, que entiende a la función social como finalidad a alcanzarse; concretamente, en la nota a pie de página n° 123. pp. 214, 215.

<sup>23</sup> *Ibidem.* p. 216.

<sup>24</sup> *Ibidem.* p. 218.

- Función, en cambio, «la histórica y concreta toma de actitud frente a situaciones siempre renovadas y diversas»; siendo este último «el significado que se atribuye a la función en el uso jurídico más frecuente: en la forma de contraposición entre una estructura rígida y siempre idéntica a sí misma y una función mudable [...]»<sup>25</sup>.

La idea de una función social como «elemento constitutivo esencial y no solamente como finalidad sobre la que gira la propiedad»<sup>26</sup>, ha llevado a considerar a la función como componente de la estructura de la propiedad, para algunos<sup>27</sup>, manifestándose la función social «en el tiempo presente y en los países de democracia occidental, como el instrumento a través del cual una sociedad que reconoce la propiedad privada de los bienes trata de dar a ésta un amplio respiro para extraer de ella las oportunas ventajas. Entendida como un elemento del derecho de propiedad, la función social demuestra ser una característica típica del sistema jurídico capitalista [...]»<sup>28</sup>.

Rodotá, por ello, concluye indicando que, para él, la función no puede identificarse con «la banda externa» de la propiedad<sup>29</sup>, manifestándose la función social:

- a) «Como falta de atribución al propietario de determinadas facultades»;
- b) «Como conjunto de condiciones para el ejercicio de las facultades atribuidas»;
- c) «Como obligación de ejercitar determinadas facultades sobre la base de una apreciación libre o de acuerdo con modalidades señaladas [...]».

«[...] En ninguna de estas hipótesis el parámetro de referencia es el de la utilidad social»<sup>30</sup>.

14. En realidad, la discusión planteada por la doctrina italiana, en torno a si la propiedad «es» o «tiene» una función social, tiene una base legislativa en el artículo 42, segundo párrafo, de la Constitución italiana de 1947, que señala: «[...] La propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, la cual determina los modos de adquisición, de goce y los límites con la finalidad de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos [...]»; norma absolutamente compatible con lo dispuesto por el artículo 832 de su Código Civil<sup>31</sup>. La referencia, pues, expresa, a la función social de la propiedad motiva toda la discusión antes reseñada.

En el Perú, no tenemos nosotros norma constitucional análoga que justifique la polémica italiana, por lo que es pacífica la recepción de la sinonimia «función» y «finalidad». Recordemos, al respecto, que la Constitución peruana de 1979, en su artículo 124 prefirió una redacción que aludía al concepto de «interés social» y no al de «función social»<sup>32</sup>, norma que ha sufrido variación en la primera parte del artículo 70 de la nueva Constitución aprobada en referéndum el 31 de octubre de 1993, que señala expresamente:

«Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley [...]».

La sustitución de los términos «interés social» por el de «bien común», hace viable una interpreta-

<sup>25</sup> *Ibidem*. p. 219.

<sup>26</sup> BARASSI. "Proprietà e Comproprietà". En: *La Proprietà nel nuovo Codice Civile*. Milán, 1941. p. 174. Citado por: COCO, Giovanni Silvio. *Op. cit.* pp. 34, 35.

<sup>27</sup> RODOTA, Stéfano. *Op. cit.* pp. 220-221. En contra: NICOLÒ. *L'adempimento dell'obbligo altrui*. Milán, 1936. p. 36. Para este autor, la estructura es "inherente a la naturaleza de una situación y la función a su eficacia en el ordenamiento". Citado por: RODOTA, Stéfano. *Op. cit.* Nota a pie de página n° 147. p. 220.

<sup>28</sup> *Ibidem*. pp. 222-223.

<sup>29</sup> *Ibidem*. p. 239.

<sup>30</sup> *Ibidem*. p. 238.

<sup>31</sup> Artículo 42, segundo párrafo, Constitución italiana de 1947: "[...] La proprietá privata é riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti [...]".

Artículo 832 del Código Civil italiano de 1942: "[...] Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico".

<sup>32</sup> Artículo 124 de la Constitución peruana de 1979: "La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades. La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad".

ción «finalista» del precepto constitucional, próximo a la interpretación socialcristiana criticada por Rodotà. Esta norma finalmente obliga ahora a interpretar el artículo 923 del Código Civil peruano de 1984, desprovisto de contenido ideológico, entendiéndose por «interés social», el «bien común» de la sociedad peruana<sup>33</sup>.

En consecuencia, sí creemos viable una identificación de los términos «función» y «finalidad», que representa la posición que hemos tomado al abordar el presente trabajo; asimismo, no creemos trascendente la discusión en torno a si dicha finalidad o función, se sitúa «dentro» o «fuera» del derecho de propiedad. Al respecto, compartimos la opinión vertida por Natoli en punto a la discusión si la propiedad «es» o «tiene» una función social, para quien, en el fondo, lo que se discute es si se trata «aún de considerar un derecho garantizado al titular de su interés, o bien, si a este tradicional derecho se le ha sustituido por un “deber para la tutela de intereses ajenos”». El desaparecido autor italiano, consideraba en realidad a la propiedad -en el estado actual del ordenamiento italiano- un derecho subjetivo y no una función, el cual, «sin embargo, no se encuentra sin límites y, entre estos, asume particular importancia aquél impuesto por la instancia y el contorno social, en general, en el sentido negativo que se ha visto y que hace que la posibilidad (de poder, no de deber) del comportamiento del propietario se detenga en el límite del comportamiento antisocial»; agregando a continuación: «[...] Si, en este sentido, quiere decirse que la propiedad “tiene” una función social, se puede también considerar que esta afirmación es del todo inocua. Pero se debe ciertamente negar si, contrariamente, se la toma como pretexto para operar una subordinación de lo social a lo individual [...]»<sup>34</sup>.

Compartimos la opinión de Natoli antes expresada, pero no aquélla referida a que ciertas vicisitudes de la propiedad, tales como la transferencia de dominio, «no ponen en evidencia diferencias de régimen relevantes en el ámbito de la disciplina específica del derecho de propiedad» (ver *supra*, numeral 12). Creemos que hablar de la función social que cumple un sistema de transferencia de la propiedad no es lo mismo que hablar de

la función social de la propiedad, como derecho, simplemente porque entre ambas hay una relación de especie a género; esto es, que aquélla se encuentra indudablemente contenida en ésta.

Si por función social de la propiedad estamos entendiendo el conjunto de condiciones, permisiones y prohibiciones dadas e impuestas al propietario para el ejercicio de su derecho (de propiedad), con el objeto de alcanzar el bien común, la función social que debe cumplir todo sistema de transferencia del dominio inmobiliario queda comprendido dentro de esta noción mayor y no es otra cosa que el conjunto de condiciones, permisiones y prohibiciones dadas e impuestas a los individuos para la autorregulación de su riqueza inmobiliaria: Esto es, si la comunidad en su conjunto, respondiendo a las necesidades de los propios individuos, ha decidido, por ejemplo, considerar suficiente a la voluntad privada para producir un efecto traslativo o, si por el contrario, ha decidido exigir que dicha voluntad se «exteriorice» a través de un modo publicitario concreto que, en sí mismo, sea reputado como el hecho jurídico de transmisión de la propiedad.

Adoptado por un determinado sistema jurídico, un concreto modo de transferencia del dominio inmobiliario, la ley puede establecer permisiones o limitaciones específicas a la transmisión de la propiedad. Así, por ejemplo, permitir o prohibir que las partes puedan pactar un modo distinto de transferencia de la propiedad de aquél señalado por ley (lo que significa considerar a la norma que recoja el sistema de transferencia de la propiedad, como norma imperativa o no); permitir o prohibir que las partes puedan pactar prohibiciones de enajenar; permitir excepciones al principio del «*nemo plus juris*» (vía protección a los «terceros adquirentes de buena fe» y acogimiento de la institución de la «venta de cosa ajena», por ejemplo); permitir o prohibir supuestos de expropiación por interés social o utilidad pública (en aras del bien común); etc.

Vemos entonces, que la función social reconocida a un sistema de transferencia del dominio inmobiliario, no puede ser sino el complemento de la propia función económica reconocida al mismo

<sup>33</sup> Artículo 923 del Código Civil peruano de 1984: "La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley". No obstante, Bobbio cree que las nociones tipo "función social", "interés social" e, incluso, "bien común", son "típicos problemas extradogmáticos que no conciernen a la teoriageneral del derecho y requieren una previa toma de posición ideológica". BOBBIO, *Studi sulla Teoria Generale del Diritto*. Turín, 1955, pp. 9-10. Citado por: RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.* Nota a pie de página n° 147. p. 220.

<sup>34</sup> NATOLI, Ugo. *Op. cit.* pp. 201-202.

sistema. En el caso del consenso, como modo de transferencia de la propiedad inmueble, la función económica esencial reconocida a este sistema, cual es la de maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria, conlleva la necesidad de que la ley establezca un conjunto de condiciones, permisiones y prohibiciones que regulen el efecto traslativo del contrato. Varias de estas condiciones serán discutidas a continuación; concretamente dos, de naturaleza jurídica: ¿pueden los individuos gozar de competencia para disponer del efecto jurídico traslativo?; y ¿de qué forma, o por qué medio, pueden los particulares disponer del efecto jurídico traslativo? Intentaremos, a continuación, dar respuesta a estas interrogantes.

#### IV. LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD POR MEDIO DE LA COOPERACION

15. Entendido el por qué el consenso constituye el sistema de transferencia de la propiedad inmueble más adecuado para su aplicación a la realidad peruana, por ser aquél que traduce -en términos económicos- la opción más conveniente para maximizar la circulación de la riqueza, dado el carácter eminentemente agrario de la economía nacional, cabe preguntarse por ese tercer argumento de conveniencia del cual hablábamos en la introducción de este ensayo, sobre el que también debiera reposar la elección de la fórmula legal a adoptarse por un sistema jurídico determinado para regular la transmisión de la propiedad inmobiliaria: el jurídico. En términos de dogmática jurídica, la pregunta cabe ser realizada en los términos siguientes:

¿Cuál es el medio de cooperación idóneo para transmitir una propiedad derivada?; ¿basta el consenso para transmitir propiedad, o es necesario recurrir a otro medio de cooperación distinto al contrato?<sup>36</sup>.

Para nosotros, el recurso a la noción de obligación -tal y como lo hemos sustentado en un trabajo anterior<sup>36</sup>- se justifica solamente si el interés de un sujeto puede ser satisfecho por otro (que es quien posee aquello que puede satisfacer la necesidad experimentada por aquél), a través de un despliegue de energías de trabajo denominado «prestación». Esto es que, la cooperación entre sujetos puede revestir variadas formas, siendo algunas veces necesario que, para brindar la utilidad deseada, se despliegue el desarrollo de una conducta; mientras que, por otro lado, algunas veces la utilidad deseada puede obtenerse sin el desarrollo de ninguna conducta; esto es, como efecto directo e inmediato de la voluntad contractual.

Lo que en el fondo puede estar en discusión, es la suficiencia de la voluntad para producir el efecto traslativo de la propiedad; pues, de considerarla insuficiente, se debería recurrir a algún medio adicional que «externalice» la voluntad traslativa. La discrepancia así planteada descansa, finalmente, en la diversa importancia y en el diverso contenido que se dé a aquello que Betti llamaba «exigencias de reconocibilidad social»<sup>37</sup>; esto es, la necesidad de que, para que pueda hablarse propiamente de propiedad, ésta sea oponible «*erga omnes*». Al respecto, nos recuerda Bianca<sup>38</sup>, que la más primaria oposición doctrinaria al principio del consenso traslativo, encuentra sustento en la afirmación de que el simple consenso no habría transferido nunca más que una propiedad «relativa», pues la adquisición de la propiedad, como «derecho absoluto», sólo podría producirse como «resultado ulterior al acuerdo: resultado brotado del cumplimiento de la formalidad necesaria para oponer a los terceros la transferencia». De allí afirmaciones como las de HUC: «la publicidad está en la esencia de los derechos reales y [...] el consentimiento no basta para constituirlos»<sup>39</sup>, o aquellas de Carnelutti: «la propiedad de una persona contra otro no es propiedad; la propiedad, que es de

<sup>36</sup> La pregunta así formulada, supone que el análisis de la transferencia de la propiedad inmueble se realice como efecto del consentimiento traslativo, o del consentimiento obligatorio. Esto es, como efecto inmediato o mediato del contrato. Sólo en este último aspecto -se dice- se requiere a la obligación como vehículo de cooperación para alcanzar el efecto real. Perseguiremos, en adelante, averiguar la veracidad de este aserto.

<sup>37</sup> FERNANDEZ CRUZ, Gastón. «La Obligación: Apuntes para una Dogmática Jurídica del Concepto». En: THEMIS - Revista de Derecho. Publicación trimestral editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Época. n° 27-28. Lima, 1994. pp. 41 a 56.

<sup>38</sup> BETTI, Emilio. «Crítica...». *Op. cit.* p. 18.

<sup>39</sup> BIANCA, Massimo. «Riflessioni sul Principio del Consenso Traslativo». En: *Studi in Onore di Francesco Santoro - Passarelli*. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Naples, 1972. vol. 1, pp. 295-296.

<sup>40</sup> HUC. *Le Code Civil Italien et le Code Napoléon*. Paris, 1868. Citado en: BIANCA, Massimo. *Ibidem*. Nota a pie de página n° 3. p. 296.

recho real por excelencia, o existe frente a todos o no existe [...]»<sup>40</sup>.

La reconocibilidad social gira entonces alrededor de aquella tercera finalidad que nosotros decíamos debía cumplir todo sistema ideal de transferencia de dominio: la reducción de todo riesgo de adquisición de un «*non domino*» o de pérdida ulterior de eficacia del derecho adquirido, a través de un sistema publicitario adecuado de exclusión. Sin embargo, decíamos antes que la importancia y el modo cómo se entienda dicha reconocibilidad social es diferente en los sistemas jurídicos contemporáneos, dependiendo ello de su adscripción a la categoría general de los sistemas transmisivos de «causa única», a los de «doble causa», o a los de «causa abstracta».

En efecto, en los denominados sistemas transmisivos de causa única, al reputarse a la voluntad suficiente para producir la mutación jurídico-real, puede afirmarse que el contrato -adicionalmente a que pueda producir efectos obligatorios- está en capacidad de producir directamente efectos reales. Aquí, la reconocibilidad social interesa en un plano individual y concreto, por cuanto se entiende que la finalidad de la publicidad inmobiliaria es distinta a la función constitutiva de la propiedad, que debe responder, ante todo, a la finalidad esencial de maximización de la circulación de la riqueza. Por ello, no es casualidad que la gran mayoría de legislaciones que consagran al consenso como causa atributiva de propiedad, acojan también al registro inmobiliario como declarativo frente a terceros.

En cambio, en los denominados sistemas transmisivos de doble causa, al considerarse a la voluntad insuficiente para producir efectos reales, éstos sólo pueden producirse a través de "actos de disposición" con suficiencia para brindar una reconocibilidad social adecuada a la constitución de derechos reales. En este sentido, afirma -en nuestro medio- Barchi, lo siguiente: «[...] Decir que el efecto real es mediato, significa que no basta el acto que genera la relación obligatoria («acto de obligación»), sino que se requiere, además, otro

acto a través del cual se produce el efecto real («acto de disposición»). A esto se denomina «teoría de la doble causa» o, más comúnmente, «teoría del título y del modo».

En la teoría de la doble causa, el acto que crea la relación obligatoria se denomina «acto de obligación», «título» o «causa remota» (ej. el contrato de compraventa). El acto que produce el efecto real es el «acto de disposición», «modo» o «causa próxima», por medio de éste la situación subjetiva sale del patrimonio del transmitente e ingresa al del adquirente (ej. la tradición, la inscripción, etc.).

En la teoría de la doble causa el «acto de obligación» (título) y el «acto de disposición» (modo) son dos actos distintos pero dependientes [...]»<sup>41</sup>.

Repárese que, en realidad, puede resultar no del todo exacto llamar a estos sistemas transmisivos «de doble causa», por cuanto existe sólo una causa jurídica relevante que da origen y justifica una adquisición<sup>42</sup>, encontrando lo que se ha llamado «causa próxima» su fundamento en la «causa remota», representando aquélla, sólo la fase ejecutiva de ésta.

Sin embargo, es claro que dentro de estos sistemas, no basta el principio consensualístico para transmitir propiedad, siendo necesaria la ejecución de actos ulteriores como la tradición o la inscripción registral, que serían los únicos capaces de brindar una reconocibilidad social. En estos sistemas, pues, se privilegia la función publicitaria, por encima de aquélla que persigue la maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria.

Finalmente, en los denominados sistemas transmisivos de causa abstracta, la reconocibilidad social tiene también otro contenido y otro alcance. En estos sistemas, la causa atributiva de propiedad es independiente de la causa remota que le dio origen, llegando a configurar una verdadera abstracción de la misma, con identidad propia, construyéndose una nueva concepción de seguridad dinámica bajo una presunta conformidad en-

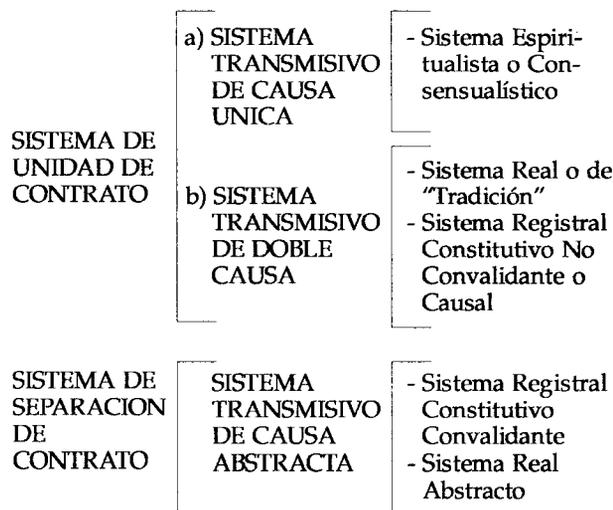
<sup>40</sup> CARNELUTTI *Teoria Giuridica della Circolazione*. Padua, 1933. Citado en: BIANCA, Massimo, *Ibidem*. Nota a pie de página n° 4, p. 296.

<sup>41</sup> BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. "La Disposición de los Bienes Comunes por la Comunidad de Garanciales: A propósito del artículo 315 del Código Civil peruano". En: *Ratio Iuris. El Informativo. Revista de los estudiantes y bachilleres de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. Año I, n° 2. Lima, marzo de 1993, pp. 88 y 89.

<sup>42</sup> De allí que por título, se ha entendido el negocio jurídico que es causa de una adquisición, mientras que el modo, sería el hecho jurídico mismo de adquisición de un derecho. Confróntese: SALVAT. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires, 1946. Citado en: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La Publicidad...". *Op. Cit.* p. 30.

tre función constitutiva de la propiedad y función publicitaria. Señala, al respecto, Betti: «[...] El efecto constitutivo descansa sobre la idea de que, con motivo y en ocasión de una transmisión querida por las partes, la ley, para la mayor seguridad del comercio -seguridad dinámica de los actos de transmisión-, pone en marcha un mecanismo de fundación o constitución de derechos que surte sus efectos en la medida y dirección establecidas por la misma ley y prescindiendo relativamente de la voluntad de los otorgantes del acto, según la exigencia de que éste se pueda reconocer en el mundo social, (principio de la reconocibilidad social) [...]»<sup>43</sup>.

16. Los sistemas de transmisión del dominio inmobiliario responden, en general, a cualquiera de las categorías generales indicadas en el punto precedente y, de acuerdo a la dependencia o independencia de las causas en ellos involucradas, responden también a una categoría aún más general que Larenz<sup>44</sup> denominó «sistema de unidad o separación del contrato», en atención a la cantidad de acuerdos de voluntades necesarios para operar la transmisión de la propiedad. De este modo, podríamos ensayar -con exclusivo interés metodológico- la siguiente clasificación general de los sistemas de transmisión del dominio inmobiliario:



Ejemplos típicos de sistemas espiritualistas se indica que son, el sistema italiano (artículo 1376 de su Código Civil), el sistema francés (artículo 1138 de su Código Civil), el sistema portugués (artículo

408 de su Código Civil), el sistema checo (artículos 133 y 134 de su Código Civil), el sistema polaco (artículo 155 de su Código Civil), el sistema japonés (artículo 176 de su Código Civil) y, en América, el sistema mexicano (artículo 2014 de su Código Civil), el sistema paraguayo, pero sólo para inmuebles o en el caso de muebles cuando el adquirente está ya en posesión de la cosa (artículos 1966, 1968 y 2062 de su Código Civil), el sistema boliviano (artículo 521 de su Código Civil), el sistema venezolano (artículo 1161 de su Código Civil), el sistema costarricense (artículo 480 de su Código Civil) y el sistema dominicano (artículo 1138 de su Código Civil).

A su vez, de sistemas reales o de tradición, en los sistemas transmisivos de doble causa: el sistema español (artículos 609 y 1095 de su Código Civil), el sistema argentino (artículos 577, 2524, 2601 y 2609 de su Código Civil), el sistema uruguayo (artículo 775 de su Código Civil), el sistema cubano (artículo 178 de su Código Civil), el sistema portorriqueño (artículos 549 y 1048 de su Código Civil) y el sistema hondureño (artículos 697 y 713 de su Código Civil). En seguida, sólo para muebles, recogen el sistema real: el sistema chileno (artículos 670 y 684 de su Código Civil) y los sistemas que de él derivan: el sistema colombiano (artículos 740 y 754 de su Código Civil) y el sistema ecuatoriano (artículos 705 y 719 de su Código Civil); el sistema salvadoreño (artículo 651 de su Código Civil), el sistema brasileño (artículos 620 y 675 de su Código Civil), el sistema paraguayo (artículo 2062 de su Código Civil) y el sistema peruano (artículo 947 de nuestro Código Civil).

Del mismo modo, dentro del grupo de sistemas transmisivos de doble causa, acogen el sistema registral constitutivo no convalidante o causal, pero sólo para inmuebles: el sistema brasileño (artículo 676 de su Código Civil) y, bajo la ficción de reputar efectuada la tradición con la inscripción en el registro inmobiliario: el sistema chileno (artículo 686 de su Código Civil), el sistema colombiano (artículo 756 de su Código Civil) y el sistema ecuatoriano (artículo 721 de su Código Civil).

Finalmente, en lo que respecta al grupo de sistemas transmisivos de causa abstracta, acogen -para inmuebles- el sistema registral constitutivo convalidante: el sistema alemán (artículo 873, I Parte,

<sup>43</sup> BETTI, Emilio. "Crítica." *Op. cit.* p. 20.

<sup>44</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Traducción de la edición alemana por Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1957. t. II, p. 27. Confróntese también, en nuestro medio: TORRES MENDEZ, Miguel. *Estudios sobre el contrato de Compraventa*. Parte I. Grijley, Lima, 1993. pp. 51-99.

BGB), el sistema suizo (artículo 971 de su Código Civil) y el sistema Torrens australiano (*Real Property Act - Ley del 27 de enero de 1958*). El denominado sistema real abstracto, es recogido para muebles por el sistema alemán (artículo 929 del BGB) y el sistema suizo (artículos 714 y 717 de su Código Civil).

17. En términos generales, se reconoce que el sistema de transmisión de la propiedad por el mero consentimiento o sistema espiritualista «está en abierto contraste con la concepción del antiguo Derecho Romano, según el cual “el *contractus*” era únicamente fuente del “*vinculum iuris*” denominado “*obligatio*” y, como tal, inidóneo para producir la adquisición del dominio [...]»<sup>45</sup>. Así, resultará importante entender el por qué, históricamente hablando, el sistema consensualístico surge del propio sistema romano, tal y como nos lo recuerda Betti. En Roma, para que una transmisión dominical se produjera, «era necesario un modo de transmitir que hiciera reconocible en la órbita social la modificación jurídica, ya a través del traspaso de la posesión por la “*traditio*”, la entrega de la cosa, ya mediante el acabamiento de ciertas formas solemnes, como la “*mancipatio*” y la “*in iure cessio*”. Con la compraventa, por ejemplo, el vendedor asumía solamente la obligación de transmitir una posesión que garantizaba como libre de pretensiones ajenas (*vacua possessio*) y de llevar a cabo el acto de transmisión necesario para la “*res mancipi*”. Sólo en un momento ulterior, después de concluido “el *contractus*”, tenía lugar la *traditio* y la *mancipatio*, integradas, si era preciso, por la *usucapio* [...]»<sup>46</sup>.

Sin embargo, se admite ya en Roma, por excepción, una «forma espiritual» de tradición representada por la tradición ficta y, en especial, por el “*constitutum possessorium*”, del cual se valdrá todo

el Derecho postclásico<sup>47</sup> para deducir de él, la transmisión por el mero consentimiento. Dice, al respecto, Betti: «[...] De hecho, el constituto posesorio aplicado sin limitaciones ha servido también de anillo histórico y de puente de pasaje para destruir el sistema fundado sobre la necesidad de la “*traditio*” y dar lugar al sistema opuesto de la transmisión por el mero consentimiento [...]»<sup>48</sup>.

Así, se arriba al sistema francés, que constituye el primer cuerpo legal, a través del *Code Napoléon*, en consagrar legislativamente el sistema espiritualista de transmisión de la propiedad, prescribiendo en su artículo 1138, primer párrafo: «la obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes contratantes».

Aún cuando hoy, la propia doctrina comparada, reconoce más que nada una imprecisión en la redacción de la norma del *Code Napoléon*<sup>49</sup>, antes que dudar de que el sistema francés sea un sistema transmisivo de causa única, muchos de los códigos que tomaron de modelo al francés, heredaron no sólo la redacción imprecisa, sino la interpretación errónea que se hizo de la misma, en dos sentidos:

a) Una primera, que exige la presencia de la obligación, como vehículo de cooperación para transferir propiedad (dado que la propia norma hablaba de «la obligación de entregar la cosa [...]»).

b) Una segunda, que llevando al extremo una ficción jurídica, ha intentado entender dicha norma (o sus equivalentes en cada código heredero del francés) como sustentatoria de un sistema transmisivo de doble causa; esto es, de título y modo.

En realidad, tal y como pretendemos demostrarlo a continuación, ninguna de las dos interpreta-

<sup>45</sup> BETTI, Emilio. “Crítica.”. *Op. Cit.* p. 9.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Principalmente, la Escuela del Derecho Natural con GROCIO y PUFENDORFF. Confróntese: MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda, vol. IV: Derechos Reales Principales: El Derecho de Propiedad y sus desmembraciones*. Traducción de la primera edición francesa por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960. p. 328.

<sup>48</sup> BETTI, Emilio. “Crítica.”. *Op. cit.* p. 10.

<sup>49</sup> Al respecto, señala Bianca: [...] Según el artículo 1138, en efecto, el simple consenso entre las partes perfeccionaría la obligación “de livrer la chose”, y esta obligación tornaría propietario al acreedor [...]. Esta redacción, introduce una grave confusión a la que alude el reconocido profesor de la Universidad de Roma, quien hace notar el contrasentido de recurrir al concepto de obligación para sancionar los efectos traslativos del contrato, máxime si el artículo 1583 del *Code Napoléon* parece aludir a cierta eficacia real producida directamente del contrato. Señala Bianca: [...] El principio no era formulado claramente. Pero a la incertidumbre de su entendimiento había contribuido sobre todo la ambigüedad de la norma que sancionaba los efectos traslativos de la venta: norma que declaraba suficiente el consenso sobre la cosa y sobre el precio para hacer adquirir la propiedad al adquirente “con respecto al vendedor” (artículo 1583). BIANCA, Massimo. *Op. cit.* p. 295.

ciones son sustentables lógicamente. Sin embargo, no sólo han sido planteadas en doctrina, sino, como también veremos, parecen ser las dos interpretaciones hasta hace poco prevalecientes en el Perú, para entender el artículo 949 del Código Civil peruano.

## V. OBLIGACION DE DAR, OBLIGACION DE ENAJENAR Y TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD

18. Dentro de la familia romano-germánica, es usual definir a la obligación de dar como aquella que tiene por finalidad «hacer adquirir, o procurar, al acreedor la propiedad de una cosa o de algún otro derecho», de manera que «el cumplimiento de tal obligación puede consistir, sea en la ejecución de un acto traslativo, que proviniendo "a domino" transfiera o constituya el derecho; sea por otro comportamiento del deudor, distinto de una manifestación de voluntad traslativa, con tal que sea suficiente para producir el resultado debido [...]»<sup>50</sup>.

De otro lado, a veces se ha afirmado -en términos aún mas generales- que la obligación de dar consiste en la entrega de una cosa<sup>51</sup>, entendido «entrega» en un sentido lato; esto es, comprendiendo:

- La constitución de derechos reales sobre cosas.
- La transferencia del uso (a través de la entrega, en sentido estricto) de la cosa.
- La restitución de bienes.

Entre las dos definiciones antes indicadas hay algunas diferencias que merecen destacarse: la primera, es una definición de la obligación de dar, típicamente heredada de la doctrina francesa, en donde puede apreciarse el recurso a la noción de obligación para explicar efectos traslativos, aun cuando no sea necesario realizar el despliegue de

ninguna conducta. Al respecto, indica Chianale: «[...] A veces con obligación de dar se indica solamente la obligación de transferir un derecho: la prestación debida del deudor consiste, en este caso, exclusivamente en la ejecución de un acto traslativo, o sea en el "incorporar en aquélla la declaración de voluntad traslativa del derecho".

Otras veces, con "obligación de dar" se indica la obligación de entregar una cosa, sin referencia a una consecuencia real: en esta acepción, el deudor del "dar" queda comprometido a transmitir al acreedor la posesión o tenencia de la cosa [...]»<sup>52</sup>.

La apreciación de que la prestación pueda consistir en un acto traslativo, en la doctrina italiana, parte tanto de su herencia francesa, como de la propia confusión que el Código italiano plantea en torno a la noción de objeto del contrato, que algunos autores, como Sacco, han preferido llamar, típicamente, «superposición terminológica», destacando el hecho de que algunos artículos del Código italiano utilizan como sinónimos los términos «objeto» y «prestación»<sup>53</sup>. Ello ha permitido a un vasto sector de la doctrina italiana afirmar que la noción de prestación escapa al ámbito exclusivo de las relaciones obligatorias. Por ejemplo, Mirabelli afirma al respecto: «[...] Se puede observar, sin embargo, que la noción de prestación bien puede ser extendida fuera del campo de las relaciones obligatorias y conducida para comprender no sólo lo que el sujeto se obliga a dar o hacer, sino también a toda modificación de la situación material que deriva del compromiso asumido por las partes en el vínculo contractual o negocial. Puede ser considerada prestación, no solamente, por ejemplo, la entrega de una cosa, sino también la transferencia de un derecho sobre la cosa misma que derive directamente del vínculo contractual [...]»<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> CHIANALE, Angelo. *Obbligazione di Dare e Trasferimento della Proprietà*. Giuffrè, Milán, 1990. pp. 1-2.

<sup>51</sup> CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Librería Editora Platense, La Plata, 1984. vol. I, pp. 484-485.

<sup>52</sup> CHIANALE, Angelo. *Op. cit.* pp. 2-3.

<sup>53</sup> Indica el citado profesor italiano: «[...] Questa sovrapposizione terminologica pare accettata anche dal legislatore. L'articolo 1322 si riferisce all'oggetto della determinazione delle parti chiamandolo "contenuto". L'articolo 1376 si riferisce alla vicenda cui è finalizzato il contratto chiamandola "oggetto". Negli artt. 1346 e s.s. si parla di oggetto e prestazione come sinonimi, e ivi "prestazione" è piuttosto la vicenda, alla cui produzione è rivolto il contratto, che non il comportamento dedotto nell'obbligazione [...]». SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. En: *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por Pietro Rescigno. Unione Tipografico - Editrice Torinese, Turín, 1982. vol. 10, t. II, pp. 246-247.

<sup>54</sup> MIRABELLI, Giuseppe. *Commentario del Codice Civile. Delle Obligazioni. Dei Contratti in Generale. (Artt. 1321-1469)*. Libro IV, Tomo secondo. (Titolo II). Unione Tipografico - Editrice Torinese, Turín, 1980. p. 174. También: SACCO, Rodolfo. *Op. cit.* p. 246.

Nosotros no compartimos tal posición. Estamos, en cambio, convencidos de que sólo cabe hablar de prestación como acto traslativo, dentro de sistemas transmisivos de doble causa y, específicamente, dentro de un sistema real de transferencia de la propiedad. Creemos que la prestación es un elemento privatista de la obligación, que la tipifica como un medio de cooperación humana, distinto a cualquier otro medio de cooperación. Hemos sostenido con anterioridad que de obligación cabe hablar, siempre que estemos ante una «vinculación intersubjetiva concreta de cooperación de contenido patrimonial», lo que supone siempre y necesariamente, que la utilidad perseguida «se consiga por medio de una prestación, entendida como despliegue de energías de trabajo [...]»<sup>55</sup>. Precisamente, creemos que lo que diferencia al contrato de la obligación, como vehículos de cooperación humana, es la necesidad de que, en la segunda, la utilidad perseguida sólo puede obtenerse utilizando como medio una conducta humana; en cambio, cuando la utilidad perseguida puede obtenerse como consecuencia directa e inmediata de la voluntad, debe ser suficiente el contrato como vehículo de cooperación.

Los sistemas jurídicos que consagran a la tradición como el modo de transferir la propiedad, no hacen sino exigir una conducta humana que exteriorice la voluntad de enajenar; y es en la propia exigencia de esta necesidad de reconocibilidad social que se postula a la prestación de dar como el modo ideal de transmitir propiedad (con la tradición). Por ello, la segunda de las definiciones dadas sobre la obligación de dar, que la entiende como «entrega de una cosa», encaja perfectamente dentro de un sistema real de transferencia de la propiedad.

17. La construcción teórica lograda por la doctrina italiana sobre la base del Código Civil de 1942, de reputar a la prestación independiente a la noción de obligación, reconoce como legítimo antecedente, la crítica formulada al *Code* Napoleón en el enunciado del principio consensualístico. El Cód

go Civil francés, dentro del capítulo referido a «los efectos de las obligaciones» y, concretamente, en la sección que se ocupa «de la obligación de dar», había prescrito en su artículo 1138: «La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes contratantes», agregando a continuación: «[...] Ella hace al acreedor propietario y coloca la cosa a su riesgo desde el instante en que haya debido ser entregada [...]»<sup>56</sup>.

Comentando el precepto legal antes citado, Josserand señalaba: «[...] En principio, la obligación de transferir la propiedad se ejecuta por sí misma; el artículo 1138, primer párrafo, declara que se “perfecciona”, es decir, que se consuma, se completa, por el solo consentimiento de las partes [...]»<sup>57</sup>. Asimismo, Planiol y Ripert indicaban al respecto: «[...] El Derecho francés ha abandonado el antiguo principio que imponía como necesaria la tradición para realizar la transmisión. En nuestras leyes, el contrato es, no solamente fuente de obligaciones como en Derecho Romano, sino también “traslativo de la propiedad”. Vender, es enajenar: ambas nociones eran muy distintas en la antigüedad; hoy se confunden. La transmisión de la propiedad se ha convertido en un efecto tan directo e inmediato del contrato como la misma creación de obligaciones. El comprador, el permutante, el donatario devienen “propietarios de la cosa” al mismo tiempo que “acreedores” del enajenante; la obligación de transmitir la propiedad convenida entre las partes, es “ejecutada” al mismo tiempo que se forma. Este resultado se expresa diciendo que la propiedad se transmite por el simple consentimiento [...]»<sup>58</sup>.

Se construye así, entonces, una ficción jurídica que, con la sola finalidad de ser fiel al principio romano de que el contrato era productor únicamente de obligaciones, afirma la creación -por el contrato- de una obligación de enajenar, la cual, en el mismo instante que nace, se extingue, sin necesidad de ningún despliegue de conducta por parte del deudor de la misma. Osti, comentando el artículo 1138 del Código Civil francés, indicaba

<sup>55</sup> FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Obligación.". *Op. cit.* p. 55.

<sup>56</sup> Artículo 1138 del Código Civil francés: "L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée [...]".

<sup>57</sup> JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. t. II, vol. II: contratos. Traducción de la tercera edición francesa por Santiago Cunchillos y Manterola. Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía-Editores, Buenos Aires, 1951. p. 59.

<sup>58</sup> PLANIOL, Marcel y RIPHERI, Georges. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. t. III: Los Bienes. Traducción de la edición francesa por Mario Díaz Cruz. Cultural, La Habana, 1946. p. 534. También: RIPHERI, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil (Según el Tratado de Planiol)*. t. VI: Los Derechos Reales. Traducción de la edición francesa por Delia García Daireaux. La Ley, Buenos Aires, 1965. pp. 194-195.

al respecto: «[...] Así, es fácil comprender cómo, frente a la formulación de esa norma del *Code Napoléon* (en la cual es evidente la influencia hasta ahora viva del principio hoy superado por el cual la transferencia de la propiedad era determinada por la tradición de la cosa)<sup>59</sup>, la doctrina francesa había encontrado notable dificultad para construir dogmáticamente el contrato traslativo de propiedad o de otro derecho real, no obstante que en tema de venta, el artículo 1583 expresa mucho más claramente el principio, en modo del todo correspondiente a nuestros artículos 1062 y 1498<sup>60</sup>; y como alguno había podido afirmar que la transferencia de la propiedad no sea sino un efecto mediato del contrato, en el sentido que el contrato en sí y por sí se limitaría a producir la obligación de transferir la propiedad, obligación que debería entenderse inmediatamente ejecutada por virtud misma del consenso de los contratantes.

Lo artificioso de esta concepción, por lo cual en sustancia el consenso genera la obligación de dar y al mismo tiempo constituye la ejecución, ha sido largamente puesta de relieve por nuestra doctrina, y no tiene necesidad de ser demostrada [...]»<sup>61</sup>.

Repárese que la falacia de una obligación que nace y se extingue al mismo tiempo, sin despliegue alguno de conducta por parte del deudor es, para Osti, evidente; y lo es, desde que la obligación, técnicamente concebida como concepto, es un vehículo de cooperación que necesita, para su configuración, despliegue de energías de trabajo; esto es, que la utilidad perseguida se obtenga por medio de una prestación. Aun cuando estemos ante los denominados «contratos manuales» (aquéllos de ejecución inmediata), repárese que siempre es necesaria una conducta para cumplir (la entrega), pese a que el intervalo entre la génesis contractual y la eficacia obligacional, sea de muy breve tiempo. En la denominada «obligación de enajenar» no sucede esto: simplemente no hay

conducta que ejecutar y, por ello mismo, no es obligación. Emulando las famosas palabras de Planiol sobre la causa<sup>62</sup>, habría que afirmar que el recurso a la obligación, como filtro necesario para justificar el traspaso de la propiedad por el consenso es falso e inútil:

- Es inútil, por cuanto queda demostrado que el contrato «es también en sí mismo, un vehículo de cooperación, siendo posible que la utilidad perseguida pudiera llegar a obtenerse por la sola declaración de voluntad de los sujetos, sin necesidad alguna de la realización de conductas»<sup>63</sup>. El recurso a la obligación, técnicamente hablando, sólo se justifica cuando es indispensable para obtener la utilidad deseada, la realización de una conducta humana.

- Es falso, por cuanto queda demostrado que la prestación, como medio, tipifica a la obligación; esto es, no puede haber obligación sin prestación e idear una obligación que «nace y se extingue en el mismo instante», sin que para su cumplimiento deba verificarse conducta alguna. Ello constituye un recurso teórico falaz, creado sólo para justificar un sofisma: el de insistir (como lo postularan los romanos) que el contrato es exclusivamente creador de obligaciones; o, lo que es lo mismo, sostener, encubiertamente, la insuficiencia de la voluntad, por sí misma, para producir el efecto traslativo.

18. La insuficiente y poco convincente interpretación francesa de la obligación de enajenar propagó, sin embargo, sus efectos sobre todos los sistemas que tomaron de modelo al *Code Napoléon* para sus respectivas codificaciones. Estas legislaciones, no sólo hicieron suya la aseveración de la existencia de una obligación que «nacía y moría» en un mismo instante, sin reparar en su inconsecuencia lógica, sino, que tampoco se preocuparon de realizar un debido análisis de los componentes de dicha obligación, produciéndose

<sup>59</sup> Y que nos lo recuerdan los hermanos Mazeaud cuando refiriéndose a los trabajos preparatorios del Código Civil francés citan la explicación de Portalis de la transmisión "solo consensu" acudiendo a la idea de tradición; así como las sorpresas y dudas de Cambaceres y Bigot De Preameneu. MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Op. cit.* Parte Segunda. vol. IV, p. 329.

<sup>60</sup> Código Civil italiano de 1865.

<sup>61</sup> OSTI, Giuseppe. "Contratto (concetto, distinzioni)". En: *Scritti Giuridici*. Giuffrè, Milán, 1973 t. II, p. 628. Confróntese, igualmente: BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. vol. IV: L'obbligazione. Giuffrè, Milán, 1991 pp. 14-15; concretamente, la nota a pie de página n° 31: "[...] Il principio consensualistico evita l'artificiosa costruzione di un rapporto obbligatorio che si estingue nel momento stesso in cui si costituisce o addirittura di un rapporto obbligatorio privo di una pretesa creditoria [...]", atribuida a WOLF. "Zum Begriff des Schuldverhältnisses". En: *Festgabe Herrfahrdr. Marburg*, 1961. p. 202.

<sup>62</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.* t. VI: Las Obligaciones. Primera Parte. pp. 364 ss.

<sup>63</sup> FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Obligación...". *Op. cit.* p. 55.

un uso promiscuo de la misma, en su uso indistinto con la obligación de dar. A lo sumo, se le consideró por algunos, una especie, dentro del género de las obligaciones de dar, no faltando otros que le atribuían identidad propia y naturaleza jurídica distinta a aquéllas.

Lo cierto es que, dicha promiscuidad, tiene su origen siempre en la miopía jurídica que imposibilita y, a veces, imposibilita aún, apreciar que no todos los efectos del contrato son efectos obligatorios. Bianca nos recuerda, en torno a este punto, lo siguiente: «[...] Del contrato nace, en efecto, la obligación como resultado instrumental a cargo de una parte para la realización del resultado jurídico o material programado. La realización del resultado jurídico puede, sin embargo, no pasar a través de la relación obligatoria, en cuanto tal resultado puede ser realizado por efecto inmediato del contrato. En nuestro ordenamiento la directa realización del resultado jurídico contractual ocurre, por regla, en los contratos de enajenación, esto es, en los contratos que tienen por objeto la transferencia de un derecho o la constitución de un derecho real limitado [...]». Agregando a continuación: «[...] Los contratos de enajenación que tienen una inmediata eficacia traslativa son llamados contratos de efectos reales y distinguidos respecto de los contratos obligatorios, productivos sólo de efectos obligatorios. Esta distinción no debe hacer olvidar que también los contratos de efectos reales comprometen al enajenante en orden al resultado traslativo. En nuestro ordenamiento, la constitución de la relación obligatoria en cabeza del enajenante es un tránsito superfluo en cuanto la adquisición se determina por efecto del contrato. Empero se trata, de cualquier modo, de un resultado al cual el enajenante está comprometido en base al significado práctico del contrato. Si el resultado no se realiza inmediatamente, el compromiso contractual del enajenante se traduce en términos de relación obligatoria, esto es de obligación de procurar al adquirente la adquisición prevista en el contrato [...]»<sup>64</sup>. En la misma línea teórica, ya con anterioridad Osti había indicado que la circunstancia que el efecto real traslativo de la propiedad se produjera como consecuencia inmediata del contrato, no enervaba el hecho que dicho efecto real se acompañare «[...] las más de las

veces con efectos obligatorios, no sólo por la posibilidad que con el contrato mismo se constituyan obligaciones de carácter accesorio respecto a la transferencia de la propiedad o bien a la constitución o la transferencia de otros derechos reales, sino justamente por la necesidad de asegurar tales efectos principales [...]»<sup>65</sup>.

Asimismo, Natoli, es definitivo al plantearnos -a la luz del Código italiano de 1942- la absoluta independencia del efecto traslativo del contrato del concepto de obligación de dar, correspondiéndole a ésta, a lo sumo, una finalidad complementaria. Menciona el citado autor que en el Código italiano «[...] no se habla más de obligación de dar, pero el artículo 1177 sí hace referencia a aquélla de entregar (una cosa determinada) para precisar que ésta comprende la necesidad de la custodia hasta la entrega. Se alude, por lo tanto, a las hipótesis en las cuales la mutación constitutiva o traslativa de un derecho (cualquiera sea su naturaleza) en orden a una determinada cosa se ha ya perfeccionado y resta la necesidad de procurar al sujeto a cuyo favor se ha verificado la adquisición, y que en estos límites es también acreedor, la material disponibilidad de la cosa misma (por lo tanto, según cada caso, la posesión o la simple detentación). La obligación tiene, en este sentido, una función residual y típicamente instrumental (cfr. artículos 1476, n° 1; 1575, n° 1), que corresponde sólo en parte a aquélla que, con anterioridad, se consideraba propia de las obligaciones de dar; y el acto, con el cual ella viene cumplida (entrega) y con el que se satisface el interés del acreedor, no modifica la situación jurídica [...]»<sup>66</sup>.

Si, entonces, queda perfectamente clara la independencia conceptual del efecto traslativo respecto del efecto obligatorio, en un sistema transmissivo de causa única, la única objeción que se le podría oponer, desde un punto de vista principista, sería la convicción de considerar insuficiente al consenso para producir una mutación real. Este argumento representa, a final de cuentas, un problema de opción -en la generalidad de los casos- entre acoger un sistema transmissivo de causa única u otro de doble causa, en un sistema jurídico dado. Nosotros, sin embargo, consideramos que está fuera de discusión la suficiencia de la volun-

<sup>64</sup> BIANCA, Massimo. "Diritto..." vol. IV. *Op. cit.* pp. 15 y 16.

<sup>65</sup> OSTI, Giuseppe. *Op. cit.* p. 628.

<sup>66</sup> NATOLI, Ugo. "L'attuazione del Rapporto Obligatorio". t. II: Il Comportamento del Debitore. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo (continuado por Luigi Mengoni). Giuffrè, Milán, 1984. vol. XVI, p. 31.

tad negocial para conseguir el efecto jurídico, incluido el real, desde un punto de vista teórico, en la medida que se convenga que la mutación real no requiere signos de reconocibilidad social para que ella se verifique, sino, solamente, para oponer dicha mutación a terceros, con carácter declarativo. Si se conviene en esta «cuestión de principio», no cabe duda de la competencia de los particulares para disponer del efecto jurídico<sup>67</sup> que debiera encontrar en la ley su confirmación cuando se regula al contrato «como medio dispositivo de relaciones jurídicas»<sup>68</sup>.

## VI. EL PRINCIPIO CONSENSUALISTICO Y LA CODIFICACION PERUANA: ANALISIS DE LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL PERU

19. La historia de la codificación civil peruana y, particularmente, el tratamiento a la transferencia de la propiedad inmueble, no escapa a la influencia del *Code* Napoleón de la que antes hemos hablado (*supra*, numeral 18). Aun cuando nuestra primera codificación republicana resulta ser bastante ambigua en la regulación de la transmisión del dominio inmobiliario (toda vez que el Código Civil peruano de 1852, promulgado durante el gobierno de don José Rufino Echenique, contemplaba en la Sección Tercera, del Libro Segundo, referido a los modos de adquirir el dominio, a la «enajenación» como uno de éstos, prescribiendo en su artículo 571 que «por la enajenación se transfiere a otro el dominio de una cosa, ó a título gratuito, como en la donación, ó a título oneroso, como en la venta y la permuta»), agregaba empero en su artículo 574 que «la enajenación se completa por la tradición, que es la entrega que se hace de una cosa poniéndola a disposición del nuevo dueño», lo que pudo llevar a suponer que no existiría «enajenación», hasta que hubiera entrega de la cosa. Sin embargo, frente a estos dispositivos, existieron otros de claridad meridiana que sustentaron la vigencia del principio consensualístico, tales como el artículo 1308 del Código que estipuló: «En la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y pago del precio».

En su oportunidad, la ambigüedad normativa del Código de 1852 desaparece virtualmente con la promulgación del Código Civil peruano de 1936, quien, con fidelidad envidiable a la codificación francesa de 1804, contempló dentro del Libro Quinto referido al Derecho de Obligaciones y, Sección Segunda, Título I, de las obligaciones de dar, el artículo 1172 que prescribió: «La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario»<sup>69</sup>.

Así, el sistema jurídico peruano, hereda de la codificación napoleónica, no sólo la redacción imprecisa a que hacíamos referencia precedentemente (*supra*, numeral 17, *in fine*), sino también la interpretación francesa de dicho precepto (el artículo 1138 del *Code* Napoleón), que exigía el mecanismo de la obligación, como vehículo de cooperación, para transferir propiedad. Son ilustrativas y claras las opiniones vertidas al respecto por los miembros integrantes de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1936, quienes en la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil de 1936, expresan lo siguiente:

«[...] El Título Primero de esta Sección se refiere a las obligaciones de dar y su exposición requiere un breve desarrollo. Para definir el régimen de estas obligaciones, precisa resolver si conviene adoptar respecto de los inmuebles el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento, sino mediante la inscripción; y si tratándose de las cosas muebles, debe mantenerse el principio de que la tradición es requisito indispensable para adquirir el dominio.

Según el Código francés, la propiedad de los inmuebles se trasmite como efecto de la estipulación. Conforme a este sistema, la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto, es un hecho que no tiene la virtud de transferir el dominio, sino únicamente de poner al adquirente en aptitud de servirse de la cosa. La obligación nace y muere sin solución de continuidad. Se considera perfecta y ejecutada en el mismo momento de su forma-

<sup>67</sup> BIANCA, Massimo. "Riflessioni...". *Op. cit.* pp. 298 ss.

<sup>68</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*, vol. III. Il Contratto. Giuffrè, Milán, 1967. Allí se afirma: "[...] Il riferimento della legge al contratto come mezzo dispositivo di rapporti giuridici appare viceversa confermare la tesi secondo la quale la volontà contrattuale é sempre diretta ad un effetto giuridico, cioè ad un risultato giuridicamente tutelabile [...]". p. 315.

<sup>69</sup> Norma por lo demás compatible con aquella consignada en la compraventa, que hacía referencia siempre a la "obligación de dar". "Artículo 1383.- Por la compra-venta el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa, y el comprador a pagar el precio en dinero".

ción [...]»; agregando luego: «[...] El sistema del Código francés fue adoptado por el peruano [...]»<sup>70</sup>.

20. Siempre nos ha llamado poderosamente la atención el hecho de la recepción pacífica y acrítica por la doctrina peruana de esta interpretación francesa del principio consensualístico; máxime cuando ya la doctrina italiana de ese entonces criticaba vigorosamente a su Código Civil de 1865, heredero del francés, a punto tal que, cuando en 1942 (sólo seis años después de la promulgación de nuestro Código Civil de 1936), se promulga el Código Civil italiano aún hoy vigente, es unánime en la doctrina peninsular la concepción del principio consensualístico entendido como la suficiencia del contrato para producir directa e inmediatamente el efecto real traslativo de propiedad.

Muy por el contrario, nuestra doctrina nacional, no sólo no desarrolla ningún análisis importante sobre esta materia, sino que, en nuestro modesto concepto, entra a un plano de confusión conceptual mucho más grave que aquél atribuido a la doctrina francesa cuando ideó la «obligación de enajenar», como una que nace y «mentalmente» se ejecuta en un mismo instante. Esta confusión mayor de la que estamos hablando, es aquella que, llevando aún más lejos la ficción jurídica, cree ver en el sistema consensualístico peruano «tipo francés» un sistema transmisivo de doble causa: de título y modo, al más puro estilo románico antiguo.

Cuando el Código Civil peruano de 1984 es sancionado, se produce, en relación a su antecesor, el derogado Código de 1936, dos modificaciones que deben destacarse:

- En primer lugar, la regulación de la transferencia de la propiedad inmueble es llevada del Libro de las Obligaciones, al Libro de los Derechos Reales. Sin embargo, aún bajo el Título II referido a la Propiedad y, concretamente en torno a la problemática de la «transmisión de la propiedad», el artículo 949 de nuestro Código Civil hará una referencia «obligacional», señalando que «la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Con ello, obviamente, como creemos con anterior-

idad haberlo demostrado, no se está creando ningún «género» nuevo, puesto que no existe ninguna diferenciación válida entre obligación de enajenar y obligación de dar, cuando ésta versa sobre constitución de derechos reales sobre cosas, en la doctrina francesa. Por el contrario, creemos que se ha querido ser aún más fiel a la ficción francesa del efecto traslativo del contrato, refiriendo la existencia de una «obligación que nace y se extingue automáticamente en un mismo instante», produciendo el efecto traslativo. Admitimos, sin embargo, que la falta de referencia expresa al consenso por dicho precepto legal, podría peligrosamente tentar a más de un intérprete a extender esta ficción jurídica del nacimiento y muerte instantánea de una obligación a campos extracontractuales, señalando que la ley puede ser fuente creadora de esta pseudo-obligación, para explicar solamente un supuesto de transmisión inmobiliaria por mandato legal (más propio del Derecho Público. Verbigracia: transferencias de propiedades entre entes públicos; supuestos de expropiación por utilidad pública o interés social; confiscación de bienes por comisión de delitos, etc.).

- En segundo lugar, la regulación de la denominada «cesión de derechos» como **modo** de transmisión de las obligaciones, que consagra -en nuestra opinión- la muy dudosa teoría del título y del modo como regla general de transmisión de derechos. Son ilustrativas, al respecto, las palabras vertidas por Osterling, ponente del Libro VI del Código Civil referido a las Obligaciones, quien señala: «[...] Al optar por la expresión “cesión de derechos” y al ubicar esta figura jurídica en el Libro sobre las Obligaciones, el legislador de 1984 se ha apartado de la impropia terminología utilizada por el Código Civil de 1936, que hablaba de “cesión de créditos”. El legislador trata ahora a esta figura, no como un contrato nominado, tal como lo hizo el código anterior, sino como una modalidad obligacional consistente en ceder derechos, lo que se adecua a su verdadera naturaleza [...]»; agregando luego: «[...] Si se observan las normas del Código de 1984 sobre los contratos de compraventa y permuta de bienes inmuebles, se infiere que ellas regulan expresamente no sólo la transferencia de propiedad de tales bienes, sino también la transferencia de derechos, lo que pone de manifiesto que al ser dichos contratos consensuales y no traslativos, el título mediante el cual opera la transferencia del derecho es el respectivo contra-

<sup>70</sup> *Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto del Código Civil Peruano de 1936*. Librería Imprenta Gil, Lima, 1936, p. 16. Confróntese también: GUZMAN FERRER, Fernando. *Código Civil*. t. III: De los Derechos Reales - Del Derecho de las Obligaciones. Universo, Lima, 1977, p. 804.

to, y el modo de transmisión es la cesión. En el caso de los bienes muebles, el título es el contrato de compraventa o de permuta y el modo de adquisición es la entrega [...]»<sup>71</sup>.

La opinión vertida, será compartida -no sin algunas variantes- por diversos juristas nacionales, pero todos sin discutir, aparentemente, la aplicación de la teoría del título y el modo a la transferencia de la propiedad en general.

Así, Bigio<sup>72</sup> considerará que el contrato, al mismo tiempo, tratándose de inmuebles, cumple el doble rol de título y modo; De La Puente, de otro lado, afirmará enfáticamente lo siguiente: «[...] el Libro V del Código (Derechos Reales) conserva la antigua distinción romana entre el título de adquisición y el modo de adquirir, estableciendo que la adquisición convencional de la propiedad de los bienes muebles se perfecciona con la tradición, mientras que en el caso de los inmuebles, por aplicación del artículo 949, la obligación de transferir (el título) cobra efecto traslativo (el modo) [...]»<sup>73</sup>.

Por nuestra parte, debemos admitir que en más de una ocasión<sup>74</sup> hemos hecho referencia acrítica a estas interpretaciones, a punto tal que, planteando

lo que hemos creído constituye «la interpretación peruana de la transferencia de la propiedad como sistema transmisivo de doble causa», pueda haber parecido que compartíamos dicha posición<sup>75</sup>. Ello no es exacto. Lo que hemos afirmado, y hoy reafirmamos, es que en el Código Civil peruano se pretende consagrar la teoría del «título y el modo» como sistema transmisivo de la propiedad en general, siendo la tradición el modo de transferencia de la propiedad mueble y la cesión el modo de transferencia de la propiedad inmueble.

Ello, creemos, más allá de ser conceptualmente inexacto -pues la voluntad no puede cumplir (en el caso de inmuebles) el doble rol de título y modo, desde que no sirve como signo de reconocibilidad social- representa la opción del Código Civil peruano, comprobada a través de la regulación:

a) De la obligación como filtro necesario para producir el efecto traslativo de transmisión de la propiedad (artículo 949 de nuestro Código Civil).

b) De la cesión como **modo** de transmisión de las obligaciones en general (artículo 1206 del Código Civil); y, sobre todo:

<sup>71</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. "Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones)". En: *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Compilación de los trabajos de la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil, a cargo de Delia Revoredo de Debakey. Artes Gráficas "Industria Avanzada", Lima, 1965. parte III, vol. V, p. 293.

<sup>72</sup> BIGIO CHREM, Jack. "La Compraventa y la Trasmisión de Propiedad". En: *Para Leer el Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1988. vol. I. Allí señala: "[...] Es preciso recordar que el Código napoleónico es eminentemente espiritualista, al igual que nuestro Código Civil de 1852, inspirado en el sistema francés. Para estos cuerpos legales, la compra-venta por sí sola trasmite la propiedad del bien al comprador. El nuevo Código Civil conserva, pues, la teoría del título y el modo del Código Civil de 1936 y en consecuencia, es preciso distinguir ante un mismo título de adquisición -constituido por el contrato de compra-venta- cuáles son los modos de adquirir en el nuevo cuerpo civil [...]. Respecto de los inmuebles, señala más adelante: "[...] el contrato de compra-venta de un inmueble es al mismo tiempo el título de adquisición (que crea las obligaciones de dar) y el modo de adquisición (que perfecciona la adquisición del comprador). Título y modo coinciden, pues, en términos generales [...]" pp. 200-202.

<sup>73</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Exposición de Motivos y Comentarios. Compraventa". En: *Código Civil. Exposición...* Op. cit. parte III, vol. VI, p. 200.

<sup>74</sup> Confróntese: FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Buena Fe." Op. cit. p. 210. También: FERNANDEZ CRUZ, Gastón. "La Publicidad." Op. cit. p. 30. En el primero de los artículos mencionados, habíamos indicado: "[...] El artículo 949 del Código Civil, al establecer que "la sola obligación de enajenar un inmueble determinado" trasmite la propiedad inmueble, en rigor, no establece el consenso como modo de transmisión de la propiedad; es casi por costumbre jurídica que se ha venido afirmando que "el solo consenso trasmite 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 [...]" (pp. 209-210).

<sup>75</sup> Y así parece haberlo interpretado, por ejemplo, Barchi, en nuestro medio. Ver: BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. "La Disposición..." Op. cit. p. 90. (Nota a pie de página n° 21).

c) Del contrato como productor, exclusivamente, de obligaciones (artículos 1351 y 1402 del Código Civil)<sup>76</sup>.

Sobre este último punto, creemos que nuestro Código Civil de 1984 opta clara e inequívocamente por reputar al contrato como generador de obligaciones. Dicha afirmación, más allá de lo que cualquier jurista pueda opinar sobre el tema en términos conceptuales y, más allá de la convicción que personalmente tengamos nosotros sobre la suficiencia del contrato para producir directa e inmediatamente un efecto real, creemos es el resultado de una opción legislativa tomada por el Código Civil peruano, sustentada, además de en el basamento legal antes indicado (acápites a), b) y c), precedentes), en razones expresamente declaradas por el legislador<sup>77</sup>.

En la misma línea de análisis, el profesor De La Puente, quien sabemos integró la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, expresaba lo siguiente: «[...] el codificador peruano, que bien pudo abstenerse de definir el objeto del contrato o bien adoptar la posición de su homólogo italiano de limitarse a indicar que tal objeto debe ser posible, lícito y determinado o determinable, decidió, [...] elegir entre esos planteamientos y optó por el de considerar que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.

Considero que la opción tomada por nuestro codificador es acertada, en virtud de las siguientes razones:

a) De acuerdo con la definición contenida en el artículo 1351 del Código Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular,

modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Según se ha visto [...], la relación jurídica patrimonial creada por el contrato es una relación obligacional, esto es propia del Derecho de Obligaciones.

Queda descartado, por lo tanto, que en el sistema peruano el contrato pueda crear relaciones distintas que las obligacionales, tales como las familiares, las sucesorias y aún, como se ha visto [...], las reales.

Por otro lado, la relación jurídica patrimonial (obligacional) es el conjunto de obligaciones, con sus correlativos derechos, que ligan a los contratantes, de tal manera que el contrato versa sobre las obligaciones [...].<sup>78</sup>

21. La pretensión de regulación de la transferencia de la propiedad en general en el Código Civil peruano de 1984 bajo un sistema transmisivo de doble causa, resulta entonces «artificialmente» coherente con la regulación del contrato como creador de obligaciones. Así, cualquier contrato, inclusive aquéllos de efectos reales, producen siempre primariamente una obligación y por ello, cuando se trata del efecto real de transferencia de la propiedad inmueble, el contrato produce una «obligación de enajenar» que «mentalmente se ejecuta», pero que es obligación al fin para el Código peruano. Resultan entonces concordantes artículos como el 949, 1402 y 1529 del Código Civil, norma esta última que consagra al contrato nominado de Compraventa en el Perú como exclusivamente obligatorio (y no traslativo).

Sin embargo, como creemos haber comprobado

<sup>76</sup> Artículo 1351 del Código Civil peruano de 1984: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

Artículo 1402 del Código Civil peruano de 1984: "El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones".

De estas dos normas se infiere (aplicación del método sistemático de interpretación), que la relación jurídica patrimonial a que se alude como efecto del contrato, es la relación obligatoria.

<sup>77</sup> Confróntese: ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. "Exposición de Motivos y Comentarios. Contratos en General." En: *Código Civil. Exposición...* Op. cit. parte III, vol. VI, pp. 61-63.

<sup>78</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Primera Parte. En: Biblioteca para Leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991. vol. XI, t. III, p. 288.

Repárese que la afirmación vertida por el profesor De La Puente en el último párrafo de la cita transcrita, podría llevar a entender que la intención del legislador peruano ha sido la de concebir a la relación obligatoria como una relación jurídica total, de carácter supraestructural. Aún cuando compartimos la concepción de la obligación como una relación jurídica de orden superior, no creemos que dicha interpretación se desprenda de todo el articulado del Código Civil peruano y, principalmente, del Libro de las Obligaciones, salvo que se interprete que obligación significa vínculo jurídico y relación obligatoria es sinónimo de relación contractual; terminología ésta, que no compartimos.

en este estudio, del artículo 949 del Código Civil, no se desprende en modo alguno -ni histórica, ni conceptualmente- la existencia de un sistema transmisivo de doble causa. A lo sumo, se trata de una consagración, en pleno final del siglo XX, de teorías francesas de comienzos del siglo XIX, que no pudiendo romper con el peso de la tradición romana de concebir al *contractus* como productor exclusivo del *vinculum iuris*, idearon una ficción para fundamentar un sistema espiritualista de transmisión del dominio, en donde el contrato creaba una obligación que nacía y moría en un mismo instante, aún cuando ello, lógicamente, no se condecía con la naturaleza jurídica de la obligación.

Lo que llama a sorpresa hoy, es la comprobación de que si ni a los franceses se les ocurrió jamás imaginar que el sistema espiritualista planteado en el *Code* Napoleón consagrara un sistema transmisivo de doble causa, sino siempre de causa única, en donde el título (aún cuando necesitara de por medio el «filtro» de la obligación) producía el efecto directo e inmediato de transferencia de la propiedad, el Código Civil peruano de 1984, «importando» la interpretación francesa del artículo 1138 del *Code* Napoleón, la extendiera hasta concebir que, con dicho precepto (el artículo 949 del Código Civil peruano), se consagra la teoría del «título y el modo».

No podemos, particularmente, compartir tal posición. Es más, creemos que partir de la premisa errada de que el artículo 949 del Código Civil peruano consagra un sistema transmisivo de doble causa, se da pie a la existencia de interpretaciones extrañas y hasta peligrosas, tales como las de concebir a la tradición como el modo de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú<sup>79</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

22. Como corolario final de este trabajo, creemos de conveniencia realizar ciertas conclusiones que compendien adecuadamente nuestras aseveraciones sobre el tratamiento de la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú y el recurso a la obligación como vehículo de cooperación idóneo para lograr el traspaso de la propiedad. En este sentido, creemos que:

A. Un sistema ideal de transferencia de la propiedad inmueble, no cabe duda, es aquél que logra conjugar los criterios de seguridad estática y seguridad dinámica del comercio jurídico inmobiliario; esto es, seguridad individual y seguridad colectiva.

Para ello, debe reconocerse en todo sistema ideal de transferencia de la propiedad inmueble la existencia de tres finalidades concretas:

- La de maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria.

- La de reducción de los costos de transacción, cuando la transferencia de la propiedad opere por la vía de la cooperación.

- La de reducción o eliminación, de ser posible, de todo riesgo -a nivel individual- de adquisición de un «*non domino*», lo que se logra a través de la implantación de signos adecuados de reconocibilidad social (publicidad).

B. Sin embargo, muchas veces, la realidad concreta que se pretende regular a través del Derecho puede hacer inviable la aplicación de ese «sistema ideal de transmisión de propiedad». Reconociendo

<sup>79</sup> TORRES MENDEZ, Miguel. *Op. cit.* pp. 143-151. Este autor, pese a manejar sólidas fuentes históricas que le permiten entender que «el artículo 949 no es propio del régimen del "título y modo", sino del régimen "consensualista" o "espiritualista"» (confróntese pp. 74-85, con p. 148), se mantiene fiel, dogmáticamente, al entendimiento de que el Código Civil peruano consagra un sistema transmisivo de doble causa. Dentro de este contexto, el artículo 949 del Código Civil no encaja en su razonamiento, por lo que, en principio, pretende "reducir" su ámbito de aplicación. Como entiende dicho precepto propio de sistemas de causa única y, concretamente, de eficacia real directa e inmediata del contrato, parte afirmando que la excepción "salvo disposición legal diferente" contenida en dicho precepto legal, se refiere a todos los contratos típicos que son regulados como contratos obligatorios, entre ellos, la compraventa, en donde al no estar expresamente regulado el "modo" de transferencia de la compraventa inmobiliaria, debe serle de aplicación "analógica" el modo de transferencia de la propiedad mueble (tradición) consagrado en el artículo 947 del Código Civil (confróntese p. 146), transformándose, de esta manera, la tradición, como el "modo" de transferencia de la propiedad inmobiliaria, cuando menos, dentro de los contratos típicos. Afirma por ello que "el artículo 949 sólo se aplica para los contratos atípicos" (p. 148).

Lo que olvida inexplicablemente el citado autor, es que si la razón de que no se aplique el artículo 949 del Código Civil a los contratos típicos, es que éstos son concebidos por el Código Civil peruano como contratos obligatorios, tampoco sería de aplicación dicha norma a los contratos atípicos, desde que el Código Civil peruano regula al contrato, como categoría general, como productor exclusivo de obligaciones (artículos 1351 y 1402 del Código Civil). Esto es que, en el Perú, al ser el contrato sólo obligatorio, llegaríamos al absurdo de sostener -en la tesis transcrita- que el artículo 949 del Código Civil no tiene aplicación sustantiva.

entonces las limitaciones de nuestros modelos teóricos de análisis, debemos priorizar alguna de las tres funciones indicadas en el acápite A), precedente. En este punto, creemos que las funciones de reducción de costos de transacción y de exclusión deben ceder ante la función esencial de maximización de la circulación de la riqueza.

C. El consenso, como mecanismo de transmisión inmobiliaria, ante la imposibilidad material de aplicar -en un sistema jurídico dado- las tres funciones o finalidades que persigue todo sistema ideal de transmisión de dominio, tiene la virtud de hacer más ágiles las transferencias y, de este modo, maximizar la circulación de la riqueza: «a más transferencias existan, más los adquirentes son tutelados, pues mayores son las ocasiones de crear casos de nueva riqueza». (Franzoni).

Lo indicado precedentemente constituye para nosotros una verdad a nivel macroeconómico y social (colectivo): planteada la disyuntiva entre optar, para un sistema jurídico determinado, entre brindar seguridad estática o seguridad dinámica a un adquirente, creemos que no debe enfocarse el criterio de seguridad jurídica como aquél reclamado por un adquirente individual que clama por el respeto de su propiedad (estática) frente a otras; de alguien que quiere oponer su adquisición a todo el mundo, para que de esta manera, su propiedad se torne lo más valiosa imaginable. (Visión Individualista, tutelar del propietario de derechos como personaje inatacable y dueño de una situación jurídica oponible a todos: *erga omnes*). Se trata, más bien, de implantar con carácter general el «principio jurídico de protección al tercero adquirente de buena fe», pues protegiendo a los adquirentes en conjunto, en su condición de tales (configuración abstracta), con prescindencia de la situación concreta del señor «x», quien, individualmente, debe usar los mecanismos alternativos que le brinda el orden jurídico para la tutela de su interés específico, se está brindando protección legal al mejor modo de generar más riqueza inmobiliaria, incentivando la circulación de bienes. No olvidemos que ese propietario individual de hoy, fue el adquirente abstracto de ayer que clamaba seguridad de adquirir propiedad aún de un no propietario. En la opción, pues, el principio jurídico de protección a los terceros adquirentes de buena fe debe estar en aptitud de derrotar al principio del *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (nadie puede transmitir más derecho que el que posee).

El consenso, como mecanismo de transmisión inmobiliaria, tiene la virtud de maximizar la circulación de la riqueza, a bajos costos de transacción,

aún cuando -es cierto- la seguridad jurídica que brinda es sólo tangible a nivel colectivo y no individual. Por ello, no es el sistema ideal de transferencia del dominio inmobiliario, sino, el más conveniente para maximizar la circulación de la riqueza cuando las condiciones económicas y sociales de una sociedad determinada hacen inaplicable aquello que hemos denominado «sistema ideal de transferencia de la propiedad».

D. La realidad concreta del Perú contemporáneo, en nuestro concepto, tanto por su problema estructural de Estado-Nación (problema de orden sociopolítico), pero más aún por su economía preponderantemente rural y agraria, materializa un divorcio entre la función esencial demaximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria y la función complementaria de reducción de riesgos, que debe conllevar a la priorización de la primera función, sobre la segunda. Ello determina la selección del consenso como mecanismo adecuado a nuestra realidad para regular la transmisión inmobiliaria, sin perjuicio de que en las zonas urbanas pueda ya implementarse un registro constitutivo de la propiedad, sobre la base de un adecuado plano catastral.

Repárese que la razón básica de la defensa del consenso como mecanismo de transmisión inmobiliaria en el Perú reposa en argumentos económicos, que son los mismos por los que un país desarrollado como Italia, dada su realidad socioeconómica de origen también agrario, encuentra asimismo en el consenso, el mejor modo de maximizar la circulación de su riqueza.

E. Así como debe reconocerse a un sistema de transferencia del dominio inmobiliario, una función económica esencial, cual es la de maximizar la circulación de la riqueza, debe también reconocérsele una función social, que queda comprendida en aquella noción mayor de «función social de la propiedad». Si por ésta entendemos el conjunto de condiciones, permisiones y prohibiciones dadas e impuestas al propietario para el ejercicio de su derecho (de propiedad), con el objeto de alcanzar el bien común, la función social que debe cumplir todo sistema de transferencia del dominio inmobiliario no es otra cosa que el conjunto de condiciones, permisiones y prohibiciones dadas e impuestas a los individuos para la autorregulación de su riqueza inmobiliaria. Por ejemplo: permitir o prohibir que las partes puedan pactar un modo distinto de transferencia de la propiedad de aquél señalado por la ley; permitir excepciones al principio del *nemo plus juris* (vía protección a los «terceros adquirentes de buena fe» y acogimiento de la institución de la «venta de

cosa ajena», por ejemplo); permitir o prohibir que las partes puedan pactar prohibiciones de enajenar; permitir o prohibir supuestos de expropiación por interés social o utilidad pública (en aras del bien común).

F. Creemos también que, si de lo que se trata es de elegir cuál es la mejor fórmula legal para regular la transmisión del dominio inmobiliario en un sistema jurídico dado, no hay duda que la elección a tomarse al respecto, además de reposar en argumentos de conveniencia económica y social, debiera reposar en argumentos de conveniencia jurídica. Esto es, la elección del medio de cooperación idóneo para transmitir una propiedad derivada.

Al respecto, creemos que el sistema jurídico peruano de transmisión de la propiedad inmueble, ha consagrado en el artículo 949 del Código Civil de 1984, un sistema espiritualista, que no es, sino, un sistema transmisivo de causa única.

Sin embargo, aún cuando nos encontramos a fines del siglo XX, nuestro Código repite los errores legislativos y conceptuales en que incurrió el *Code Napoléon* a inicios del siglo XIX, cuando ensayara por primera vez a nivel legislativo la regulación de la transmisión de la propiedad por el *solo consensu*. Dichos errores consistieron en recurrir a la noción de obligación como vehículo de cooperación necesario para transmitir propiedad, consagrándose una falacia consistente en la concepción artificiosa de una obligación que nace y se extingue al mismo tiempo, sin despliegue alguno de conducta por parte del deudor, la cual se reputa «mentalmente» ejecutada.

Estamos convencidos que el recurso a la obligación como filtro necesario para justificar el traspaso de la propiedad por el consenso, es -para emplear las famosas palabras de Planiol- falso e inútil:

- Es inútil, por cuanto el contrato es, también, en sí mismo, un vehículo de cooperación, siendo posible que la utilidad perseguida pueda obtenerse por la sola declaración de voluntad de los sujetos, sin necesidad de despliegue alguno de conducta. El recurso a la obligación, técnicamente hablando, sólo se justifica cuando para obtener la utilidad deseada resulta indispensable la realización de una conducta humana (la prestación).

- Es falso, por cuanto la prestación es un elemento tipificante de la obligación (como medio). Esto es, no puede haber obligación sin prestación e idear una obligación que «nace y se extingue en el mis-

mo instante», sin que para su cumplimiento deba verificarse conducta alguna, constituye un recurso teórico falaz, creado sólo para ser fiel a una tradición romana pensada y aplicada en un contexto social diferente, que concebía al *contractus* como fuente únicamente del *vinculum iuris* denominado *obligatio*.

G. El principio consensualístico debe ser entendido, entonces, como la suficiencia del contrato para producir directa e inmediatamente el efecto real traslativo de propiedad. Para ello, no sólo no necesita de la obligación, sino que debe prescindir de ella, tal y como lo hace el artículo 1376 del Código italiano de 1942.

La legislación y la doctrina peruana, sin embargo, se ha mantenido fiel a la interpretación francesa del principio consensualístico y a la noción clásica romana de que el contrato sólo crea obligaciones (de allí la «artificial» coherencia de los artículos 949, 1402 y 1529 del Código Civil de 1984). Pero fue más lejos aún: ha creído ver en el sistema consensualístico peruano un sistema transmisivo de doble causa, es decir, de «título y modo».

Nosotros, con todo el respeto que nos merecen los juristas de la generación inmediatamente anterior a la nuestra, no podemos compartir tal posición. Y es que afirmar, por ejemplo, que en la transferencia de la propiedad inmueble, el contrato representa al título de adquisición y la cesión al modo de adquisición, no es, sino, otra ficción jurídica conceptualmente inexacta, desde que la voluntad no puede cumplir el doble rol de título y modo, dado que es absolutamente ineficaz como signo de reconocibilidad social.

Discrepamos, con la incomodidad de quien pudiera, osadamente, ofender a sus mayores, pero al mismo tiempo con la seguridad de quien predica en la enseñanza de sus verdaderos maestros. Ya Nietzsche escribió alguna vez al respecto: «Mal se paga al Maestro cuando se sigue siendo alumno», con la esperanza de hacer entender que el maestro cabal es aquél que fomenta la superación en el alumno y la discusión de ideas. Por ello, en la misma incomodidad en la que se encontrara probablemente el profesor De Trazegnies cuando publicara su obra en dos tomos *La Responsabilidad Extracontractual*, en donde planteaba tantas posiciones encontradas con las del Maestro de generaciones, don José León Barandiarán, diremos, como él, que el «plantear posiciones distintas a las del Maestro no es apartarse de su escuela sino, por el contrario, asumir sus enseñanzas», ya que «la discrepancia es, también, una forma (dialéctica) de homenaje».