

# REFLEXIONES EN TORNO A LA LLAMADA VENTA DE BIEN AJENO\* \*\*

Freddy Oscar Escobar Rozas  
Alumno del 9° ciclo de Derecho  
Jefe de Práctica de Derecho Civil  
Pontificia Universidad Católica  
y Universidad de Lima

*El tema de la venta de bien ajeno no ha recibido un tratamiento uniforme en la historia de la codificación civil peruana. La opción tomada por el Código Civil actual, sin embargo, no aparece del todo clara para un gran sector de la doctrina nacional. Son muchas las interpretaciones que se han dado al respecto, unas con mayor sustento que otras.*

*El autor del presente trabajo, alumno y jefe de prácticas en la Pontificia Universidad Católica del Perú, realiza una profunda y metódica investigación del tema, aportando nuevos cuestionamientos, pero también nuevas respuestas.*

*Particular interés merece el análisis del sistema de transferencia de propiedad en el Perú y el acercamiento a la noción de obligación como relación jurídica que el autor realiza*

A lo largo de nuestra historia legislativa, la venta de bien ajeno ha merecido un trato disímil que parecería encuadrarse dentro de una línea de evolución conceptual signada por el alejamiento de posiciones radicales que tenían más de morales que de jurídicas. Así, se observa cómo se fue abandonando el criterio del Código de la Confederación Peruano-Boliviana, que establecía la nulidad de este contrato, para llegar hasta nuestros días, donde rige un criterio totalmente opuesto, esto es, el de la validez y la eficacia del mismo.

No obstante esta evolución, el tratamiento que el actual Código Civil le dispensa a esta figura presenta todavía ciertas deficiencias, lo que se debe, en nuestra opinión, a una errada conceptualización de las instituciones jurídicas que se ven involucradas en este tema.

En atención a ello, el presente trabajo pretende realizar una nueva lectura de las normas del Código Civil relativas a tan singular contrato, tomando como pretexto el análisis crítico de las distintas doctrinas que han inspirado al legislador al regular la figura y a los comentaristas en su intento por explicarla. Para ello partimos de una apreciación crítica de las distintas doctrinas que han inspirado al legislador en su afán por regular la figura.

\* A Teresa, mi futura esposa

\*\* Mi gratitud a todos los que integran el Estudio Benites, Mercado & Ugaz, Abogados, en especial al doctor Hugo Forno Flórez, por el apoyo constante y el afecto cotidiano que de ellos recibo.

## I. LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD Y SU RELACION CON LA ADMISIBILIDAD DE LA FIGURA.

Los distintos Códigos Civiles que nos han regido, incluyendo al actual, oscilaron dentro de las dos grandes tendencias que existen a propósito de la venta de bien ajeno: aquella que establece la validez y la eficacia de este contrato; y aquella otra que rechaza la idea de que el mismo pueda merecer tutela estatal, a través de su reconocimiento jurídico.

En legislación comparada podemos ubicar dentro de la primera orientación, a manera de ejemplo, a los Códigos de Italia (1942), Bolivia (1976), Perú (1984) y Paraguay (1987); y dentro de la segunda, a los Códigos de Francia (1804) y Guatemala (1973), entre otros<sup>1</sup>.

Este panorama ha suscitado la interrogante sobre las razones que han llevado a los distintos legisladores a asumir posiciones tan contrarias, y en mérito a ella es que una difundida corriente de opinión<sup>2</sup> ha sostenido que, dependiendo de lo que se haya establecido en materia de transferencia de propiedad, la venta de bien ajeno será considerada como contrato válido o inválido (nulo). Así, si la propiedad se transfiriese por el cumplimiento de una obligación (de transferir), sería plenamente admisible que se le otorgara validez y eficacia a este contrato. Si, en cambio, la propiedad se transfiriese por el sólo consenso, no sería concebible que existiera compraventa sobre un bien cuyo titular no es la parte que debe provocar la adquisición derivativa de tal derecho.

Esta manera de enfocar el asunto no parece, sin embargo, del todo correcta, y en atención a que el legislador peruano de 1984 se ha servido de ella para justificar el tratamiento dispensado a este contrato, se hace necesario realizar un análisis de la misma, a efectos de determinar, posteriormen-

te, los reales alcances normativos de la figura. Este análisis, por otro lado, debe partir del asunto relativo a los sistemas de transferencia de propiedad.

Como se sabe, en el Derecho Occidental contemporáneo existen dos grandes sistemas de transferencia de propiedad: el «Sistema de la Separación del Contrato» y el «Sistema de la Unidad del Contrato».

El primero de ellos surgió en Alemania a mediados del siglo XVIII, constituyéndose en una alternativa crítica al sistema del Título y el Modo, con gran apogeo en ese entonces. Este sistema -el del título y el modo-, establecía que para transferir la propiedad de un bien era necesaria la concurrencia de dos actos jurídicos distintos, pero unidos por un nexo causal: el contrato, que para el vendedor importaba la obligación de entregar la cosa al comprador; y la tradición, que implicaba la entrega misma, la cual, sin embargo, podía ser real o ficta<sup>3</sup>.

Para que la transferencia operase resultaba fundamental que el contrato fuera válido y eficaz, por lo que su inexistencia, nulidad o ineficacia determinaba que la propiedad no se transfiriese, aun cuando la tradición hubiera sido efectuada.

Esta dependencia entre el contrato (título) y la tradición (modo) fue duramente criticada por la Escuela Pandectista alemana, la misma que propugnaba el retorno al sistema romano que imperó en la época clásica y justiniana, en donde la «traditio» producía la transferencia de propiedad independientemente de las vicisitudes que afectasen al «contractus»<sup>4</sup>.

Con la dación del Código Civil alemán, la Escuela Pandectista vio coronados sus esfuerzos, ya que este cuerpo normativo llega a establecer un sistema de transferencia de propiedad similar al que

<sup>1</sup> Castillo Freyre, Mario. «El Bien Materia del Contrato de Compraventa». Pontificia Universidad Católica. Fondo Editorial. Lima, 1992. Págs. 307 y 308.

<sup>2</sup> Así: Castán Tobeñas, José. «Derecho Civil Español, Común y Foral». REUS, S.A. Madrid, 1988. Tomo IV. Pág. 86; Badenes Gasset, Ramón. «El Contrato de Compraventa». Librería Bosch. Barcelona, 1979. Tomo I. Pág. 132; López de Zavalía, Fernando J. «Teoría de los Contratos. Parte Especial». Víctor P. de Zavalía Editor. Buenos Aires, 1976. Tomo I. Págs. 118 y 119; Wayar, Ernesto. «Compraventa y Permuta». Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires 1984. Pág. 201; De la Puente y Lavalle, Manuel. «Código Civil VI. Exposición de Motivos y Comentarios» Delia Revoredo de Debakey (compiladora), Okura Editores, págs. 208 y 209; Arias Schreiber Pezet, Max. «Exégesis», San Jerónimo Ediciones. Lima, 1988. Tomo II, pag. 48; entre otros.

<sup>3</sup> Puig Peña, Federico. «Compendio de Derecho Civil Español». Ediciones Nauta S.A.-Rios Rosas. Barcelona, 1966. Tomo II. Págs. 170 a 176; Josseland, Louis. «Derecho Civil». Bosch y Cia. Editores. Buenos Aires 1950. Tomo I. Vol. III. Págs. 262 y 263.

<sup>4</sup> Puig Peña, Federico. Op. cit., pag. 176.

rigió en Roma Clásica y Justiniana. Este sistema tiene la peculiaridad de exigir, para que opere la transferencia de propiedad, la concurrencia de dos negocios jurídicos distintos y de un «acto ejecutivo real»<sup>5</sup>.

El primer negocio, de eficacia meramente obligatoria, viene a identificarse en general con los contratos de finalidad traslativa. En tal sentido, en mérito de una compraventa, por ejemplo, el vendedor sólo se obliga a transferir la propiedad de un bien y dicha obligación queda cumplida con la conclusión del segundo negocio y la realización del «acto ejecutivo real», respectivamente.

El segundo negocio, al que se denomina «contrato real», contiene la voluntad de las partes de transferir y adquirir, respectivamente, la propiedad de un bien. Este contrato es de naturaleza abstracta, es decir, se desvincula de su causa (el contrato obligatorio), por lo que los vicios que afecten a aquella no inciden en él.

Finalmente, el «acto ejecutivo real» está constituido por la tradición del bien, en el caso de que éste sea mueble, y por la inscripción del «contrato real» en el Registro, en caso fuere inmueble.

En este sistema, la transferencia de propiedad descansa en la conclusión y realización, respectivamente, del «contrato real» y del «acto ejecutivo real», de manera que si no existen vicios que los afecten, la transferencia de propiedad se produce independientemente de las vicisitudes que afecten al contrato obligatorio<sup>6</sup>.

En contraposición a este sistema, el Sistema de la Unidad del Contrato prescinde del llamado «contrato real», pues se considera que el acuerdo de voluntades necesario para la transmisión de la propiedad está ya contenido en el contrato de finalidad traslativa, reputando innecesario un nuevo consentimiento para el efecto.

Aquí se conocen dos modalidades: el «Principio Contractual Puro» y la «Yuxtaposición de los Principios de Unidad y Tradición», respectiva-

mente. En la primera, la transferencia de la propiedad opera con la sola celebración del contrato de finalidad traslativa, es decir, no se requiere ningún hecho, acto o negocio jurídico adicional para que se produzca dicha transferencia. En la segunda modalidad, en cambio, además del contrato de finalidad traslativa, se requiere la concurrencia de un acto jurídico adicional: la entrega del bien o la inscripción del contrato en el Registro. Aquí, aquél sirve de título para la adquisición, mientras éstos dos fungen de modos.

Ahora bien, según la corriente de opinión citada, cada uno de estos sistemas de transferencia tendría relevancia para efectos de establecer si se admite o no la validez de la venta de bien ajeno. Así, tanto en el Sistema de la Separación del Contrato, como en el de la Unidad del Contrato (en su modalidad de Yuxtaposición de los Principios de Unidad y Tradición), la venta de bien ajeno sería un contrato perfectamente válido y eficaz. La razón radicaría en que si el primero de ellos requiere la realización de tres pasos distintos para que la transferencia de propiedad opere, la celebración del contrato de compraventa, o de otro con finalidad traslativa, importaría tan solamente haber efectuado el primer paso, por lo que no habría inconveniente alguno para que este contrato verse sobre un bien ajeno, pues el vendedor, al estar obligado a transmitir la propiedad de un bien que no es suyo, tendría la posibilidad de adquirirlo de su titular para luego cumplir con su obligación.

Similar razonamiento se aplicaría en el caso de la yuxtaposición de los Principios de Unidad y Tradición, pues el vendedor de un bien ajeno podría, aquí también, adquirir el bien de su titular, para luego transferírsele al comprador<sup>7</sup>.

Adviértase que cualquier objeción a la validez de esta figura resultaría, en estos casos, irremediablemente infundada. Así, si se sostuviera que en este caso existe error, ya sea en la persona del vendedor o en la cualidad de la cosa, o dolo, bastaría con recordar que ambos vicios de la voluntad presuponen un negocio jurídico válido que puede ser eficaz, por lo que la discusión se redu-

<sup>5</sup> Larenz, Karl: «Derecho de Obligaciones». Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1957. Págs. 19 y 20; Puig Peña, Federico: Op. cit., págs. 176 y 177; Wayar, Ernesto. Op. cit., págs. 52 y 53; Clemente de Diego, Felipe. «Instituciones de Derecho Civil». Madrid, 1959. Tomo I. Pág. 400.

<sup>6</sup> Larenz, Karl. Op. cit., págs. 22 y 23; Ennecerus, Ludwig; Kipp, Theodor; Wolff, Martin. «Tratado de Derecho Civil». Traducción de José Puig Brutau. Bosch. Barcelona 1971. Tomo III. Vol. I. Págs 391 y siguientes; Puig Peña, Federico. Op. cit., pág. 177.

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, Albaladejo, Manuel. «Derecho Civil». Bosch. Barcelona 1975. Tomo II. Vol. I. Pág. 23; Lacruz Berdejo, José Luis. «Elementos de Derecho Civil». Bosch. Barcelona 1977. Tomo II. Vol. III. Pág. 19.

ciría a la posibilidad de que se anule o no algo que ya existe y que puede haber comenzado a desplegar sus efectos.

Por otro lado, si se sostuviera que éste es un supuesto de ausencia de legitimación por parte del vendedor, sería suficiente argüir que ella -la legitimación- no es un requisito de validez del acto jurídico en general, sino de eficacia<sup>8</sup>.

Finalmente, si se adujese que el objeto de este contrato es jurídicamente imposible, tendríamos que concluir que ello no parece presentarse en este caso, dado que la celebración del contrato no contraviene ninguna de las instituciones en juego, pues el bien permanecerá en el patrimonio de su titular, mientras el contrato generará efectos tendentes a lograr la transferencia.

Todo este razonamiento, sin embargo, y según la corriente de opinión citada, carecería de exactitud cuando en un Ordenamiento Jurídico se hubiese establecido la eficacia real de los contratos de finalidad traslativa, pues en tal caso no podría, la venta de bien ajeno, desplegar los efectos propios de toda compraventa, en atención a que nadie puede transferir algo que no está en su patrimonio.

En este sentido, la nulidad de la venta de bien ajeno sería una consecuencia lógica de los sistemas que consagren la eficacia real de los contratos, pues «...como el efecto traslativo debe operarse con el sólo contrato, siendo ese efecto imposible *ab initio* (debido a la ajenidad de la cosa), provoca en cuanto vicio congénito la nulidad del acto»<sup>9</sup>.

Esta manera de entender el asunto, al parecer, no le fue extraña al legislador de 1984. En efecto, el doctor Manuel De La Puente y Lavalle, ponente del contrato de compraventa, ha señalado que «este artículo (refiriéndose al artículo 1537 de nuestro Código Civil) contempla el problema relacionado con lo que la doctrina llama la venta de cosa ajena... si bien en un sistema como el del Código Civil francés, en el que la transmisión de la propiedad va implícita en la compraventa, el

vendedor debe ser propietario, pues sólo así podría transmitir la propiedad, lo que justifica la declaración de nulidad de la venta de bien ajeno, esto no resulta congruente en un sistema, como el adoptado por el Código, en el que la compraventa que se limita a crear la obligación de transferir el derecho de propiedad...»<sup>10</sup>.

No obstante la opinión de tan autorizada voz y según dijimos anteriormente, no parece que pueda compartirse esta postura. En nuestro entender, no se justifica la necesidad de que la admisibilidad de la venta de bien ajeno dependa del sistema de transferencia de propiedad que se adopte. En nuestro concepto, la invalidez de un negocio jurídico debe resultar del hecho de que éste resienta, de algún modo, uno o más elementos de validez exigidos por el Ordenamiento Jurídico, y de todos los cuestionamientos realizados a la figura, ninguno es determinante para que ella no deba ser admitida como un contrato válido y eficaz, esto aún en los sistemas de eficacia real de los contratos.

En efecto, descartado que la existencia de error o dolo, o la ausencia de legitimación, pudieran incidir en la admisibilidad de la figura, resta por analizar si la venta de bien ajeno, en los sistemas de eficacia real, tiene un objeto jurídicamente imposible.

Como se sabe, la imposibilidad jurídica consiste en la inadecuación de un acuerdo a la configuración de las instituciones jurídicas reguladas por la ley. Así, resulta jurídicamente imposible establecer por contrato un nuevo derecho real, dado que el Código ha optado por el sistema de los *numerus clausus*. La imposibilidad jurídica ha de distinguirse de la ilicitud, en tanto que ésta presupone una prohibición de realizar algo que, en principio, podría ser objeto de contratación, mientras aquella no presupone prohibición alguna, sino disconformidad con la propia configuración de las instituciones. En este sentido, es ilícito vender droga, pero es jurídicamente imposible hipotecar una silla. En el primer caso, de no existir la norma que prohíba esa venta, los particulares válidamente podrían haberla celebrado. Por otro lado, aunque

<sup>8</sup> Se entiende por legitimación al presupuesto subjetivo-objetivo consistente en la aptitud de la parte para obtener o recibir los efectos jurídicos del negocio creado. Así: Scognamiglio Renato: «Teoría General del Contrato». Traducción de Fernando Hínestrosa. Universidad Externado de Colombia. 1991. Págs. 39 y siguientes. Nuestro Código civil no reconoce a la legitimación como requisito de validez del acto jurídico, pues el inciso primero de su artículo 140 se refiere solamente a la capacidad de obrar, que es tan solo la aptitud que se requiere para poder celebrar válidamente un negocio jurídico.

<sup>9</sup> López de Zavalía: Op. Cit. Págs. 118 y 119.

<sup>10</sup> Código Civil VI. Exposición de Motivos y Comentarios: Delia Revoredo de Debakey (compiladora). Lima, Okura Editores. Págs. 208 y 209.

exista tal prohibición, en los hechos se concluyen este tipo de contratos, con la correspondiente sanción de nulidad por parte del Ordenamiento. En el segundo caso, en cambio, no existe prohibición alguna, sino incoherencia entre el diseño estructural que la ley le ha conferido a la hipoteca y la intención de las partes. Aquí ni siquiera es posible hipotecar la silla en los hechos<sup>11</sup>.

Ahora bien, para saber si en el caso materia de análisis se transgrede la estructura misma de las instituciones en juego, resulta fundamental analizar si en los sistemas de eficacia real existen supuestos en los cuales el contrato no transfiere directamente la propiedad. De existir tales supuestos, no habría razón alguna para que la venta de bien ajeno no sea admitida, dado que a ella se le podría otorgar algún tipo de eficacia que, como en los otros casos, esté dirigida a que opere la transferencia.

En esta línea, si se toma como ejemplo el propio Código Civil francés, se podrá notar la presencia de ciertos casos en los cuales la transferencia de propiedad no es efecto directo del contrato y, sin embargo, éste resulta válido y eficaz. Así, por ejemplo, la venta alternativa o la venta de bienes genéricos. En estos casos, la transferencia de propiedad opera no con el solo consentimiento, sino con la concentración de la obligación o con la individualización del bien, respectivamente<sup>12</sup>.

De manera similar, si se analiza el Código Civil

italiano -donde el contrato es traslativo-, se encontrará supuestos en los cuales la transferencia queda postergada para un momento posterior al de la celebración del contrato, dando con ello pie a que cierta doctrina califique como «contratos de eficacia real diferida» a todos estos supuestos<sup>13</sup>.

Si estos dos Códigos, que comparten el mismo sistema, contemplan casos en los cuales la eficacia real del contrato queda suspendida para un momento posterior, en atención a que no está presente por lo menos uno de los presupuestos para que el efecto real opere, ello significa que jurídica y normativamente sea posible otorgar validez y eficacia a contratos en los que la regla general, esto es, la eficacia real, queda excluida por una regla excepcional, según la cual los contratos producen distintos efectos, todos ellos tendentes a actuar lo que el simple consentimiento no pudo desplegar.

Si ello es así, no resulta comprensible por qué habría de excluirse de tal regla -excepcional- a la venta de bien ajeno, pues tan imposible sería vender un bien determinado sólo por el género como vender un bien del cual el titular es un tercero ajeno al contrato. Lo que se quiere decir con esto es que, aun cuando rija el Principio Contractual Puro, al existir supuestos de «eficacia real diferida», en los que falta por lo menos uno de los presupuestos para que el efecto real sea inmediato, se abre la posibilidad de que ciertos contratos encuentren respaldo normativo mediante la asignación de efectos que tengan por finalidad actuar

<sup>11</sup> En este sentido: Puig Peña, Op. cit. Tomo IV. Vol I. Pág. 40; Lacruz Berdejo, José Luis: Op. Cit. Tomo II. Vol I. Págs.31 y 32; Espín Cánovas, Diego: «Manual de Derecho Civil Español». Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1983. Vol III. Págs. 47 a 50; Cazeaux, Pedro y Trigo Represas, Félix. «Compendio de derecho de las obligaciones». Tomo I. Librería Editora Platense, La Plata 1984. Pág. 52; entre otros.

<sup>12</sup> Así: Colin A. y H. Capitant. «Curso Elemental de Derecho Civil». Instituto REUS: Madrid 1960. Págs. 21 y 398.

<sup>13</sup> Se ha sostenido que en la venta de bien ajeno, venta de bien futuro, venta bajo condición suspensiva, venta de bienes genéricos, venta alternativa y venta con reserva de dominio, el contrato tiene un «efecto real diferido», dado que, si bien la transferencia de propiedad se basa en el acuerdo expresado en cada uno de estos contratos, ésta solo opera en un momento posterior: cuando el vendedor adquiera el bien, cuando éste llegue a tener existencia, cuando acaezca el hecho puesto como condición, cuando se individualice el bien, cuando se concentre la obligación y cuando se pague la última cuota, respectivamente. En estos casos, se dice, la compraventa ha tenido efecto obligatorio inmediato y efecto real diferido. El efecto obligatorio se produciría en virtud de lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 1476 del Código Civil italiano, el cual establece que cuando la adquisición no es efecto inmediato del contrato, el vendedor tiene la obligación de hacer adquirir la propiedad al comprador. Así: Capozzi, Guido: «Dei Singoli Contratti». Giuffré Editore. Milano 1988. Volume Primo. Págs. 98 y siguientes; Scognamiglio, Renato: Op. Cit. Págs. 258 y siguientes; Ferri, Giovanni. «La vendita in generale-Le obbligazioni del venditori e del obbligazioni del compratore» en «Trattato di Diritti Privato» Diretto da Pietro Rescigno. UTET. 1985. Vol 11. Pág. 230; Trimarchi, Pietro. «Istituzioni di Diritto Privato». Giuffré Editore. Milano 1983. Pág. 468; entre otros. La categoría de los contratos con eficacia real diferida, en nuestro concepto, presta alguna utilidad si se advierte que en tales contratos la transferencia de propiedad no siempre opera como consecuencia del cumplimiento de una obligación por parte del vendedor. En efecto existen casos en los cuales es el propio comprador quien determina que se produzca el efecto traslativo. Así, piénsese, por ejemplo, en la venta alternativa donde se le ha otorgado al comprador el derecho de concentrar la «obligación». En este caso, basta la declaración por parte del comprador, para que la transferencia opere, sin que para ello el vendedor haya ejecutado prestación alguna. Salvo esta peculiar configuración y el hecho de que la transferencia de propiedad no se publicite, los contratos de eficacia real diferida se asemejan a los contratos que funge de título en el sistema de la yuxtaposición de los principios de unidad y tradición.

lo que en un principio no se pudo verificar: el efecto real. Y siendo la venta de bien ajeno uno de los casos en los que falta uno de los presupuestos a los que se ha aludido (a saber la legitimación), ella debería estar comprendida dentro del régimen excepcional «eficacia real diferida» dado que no existe conceptualmente razón alguna para su no inclusión.

De allí que resulte injustificable afirmar a priori, y desde un punto de vista meramente conceptual, que en los sistemas en los que rige el Principio Contractual Puro, la venta de bien ajeno tenga un objeto jurídicamente imposible, pues éste contrato puede ser encuadrado dentro de las compraventas -válidas y eficaces- en los que se supedita la transferencia de propiedad a un hecho posterior, el mismo que no tiene una configuración unitaria, sino más bien diferenciada, dependiendo del caso de que se trate.

Debe, entonces, resultar claro que sólo se puede sostener que en un sistema donde rija el Principio Contractual Puro es jurídicamente imposible celebrar un contrato de compraventa sobre un bien ajeno, si es que el modo en que han sido estructuradas las instituciones se vería alterado por un contrato así. Y ya se ha visto que en los Códigos donde rige tal principio existe un lugar para los supuestos en los cuales no es posible desplegar el efecto real de manera inmediata. Por lo tanto, la venta de bien ajeno debería ser considerada, aún aquí, como contrato válido y eficaz, pues la falta de legitimación tiene la misma incidencia que la inexistencia del bien o que la determinación genérica del mismo.

## II. SISTEMA ADOPTADO EN EL CODIGO CIVIL PERUANO.

Concluido que el sistema de transferencia de propiedad no es determinante para considerar válida o inválida (nula) a la venta de bien ajeno, resulta importante examinar el sistema de transferencia

de propiedad establecido en nuestro Código Civil, pues en él se ha basado el legislador tanto para justificar la admisibilidad de esta figura, como para dispensarle una regulación determinada.

Como se sabe, la posición que mayoritariamente se ha sostenido en nuestro medio es aquella que propugna que la transferencia de propiedad no opera por el sólo contrato, en atención a que las dos normas que regulan el tema (nos referimos a los artículos 947 y 949 del Código Civil) establecen que la tradición de la cosa, en un caso, y la «obligación de enajenar», en el otro, son los «hechos» jurídicos que, unidos a un título preexistente, determinan la transferencia de propiedad.

Si estas normas son concordadas con aquella que establece que el contrato tiene por objeto crear, regular, modificar o extinguir obligaciones y luego con las que definen cada uno de los llamados «contratos nominados», que aluden únicamente a las obligaciones creadas por cada contrato, se tendría que concluir que, en nuestro sistema, el contrato no tiene eficacia real, sino meramente obligatoria<sup>14</sup>.

En esta línea de pensamiento es casi unánime que, en materia de propiedad mueble, el Código haya optado por el Sistema de la Yuxtaposición de los Principios de Unidad y Tradición. Mayor debate, en cambio, ha suscitado el tema de la transferencia de propiedad inmueble. Al respecto, se ha sostenido que, aquí también, el Código ha optado por el sistema mencionado líneas atrás. Así, para algunos el contrato de compraventa (y todos los demás contratos con finalidad traslativa, suponemos) constituye, a la vez, el título y el modo de la adquisición del derecho de propiedad<sup>15</sup>. Para otro autor, en cambio, el título lo constituye el contrato respectivo, mientras el modo vendría a ser la ley (más precisamente el artículo 949 del Código Civil)<sup>16</sup>.

Estas opiniones, sin embargo, no parece que pue-

<sup>14</sup> En ese sentido: Puente y Lavalle, Manuel de la: «El Contrato en General». Editorial PUCP. Lima 1991. Tomo III. Pág. 443; Arias Schreiber Pezet, Max: «Exégesis». Studium Editores. Lima 1987. Tomo I. Pág. 155; Mosqueira Medina, Edgardo: «La Venta de Bien Ajeno». Tesis para optar el grado de Bachiller. PUCP 1987. Pág. 87; Oquendo Heraud, Sergio: «Posesión de Buena Fe y Rescisión: Virtualidad de un Conflicto» en Themis - Revista de Derecho. Segunda Epoca 1990. Número 7. Pág. 26; Cantuarias Salaverry, Luis Felipe: «Análisis Económico de la Compraventa de Inmuebles con Reserva de Propiedad» en «El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales». Autores Varios. Fondo Editorial PUCP. Lima 1993. Pág. 94. Se debe hacer notar empero que la tesis de este último autor resulta un tanto curiosa desde que afirma que: «La transferencia de propiedad de los bienes inmuebles en el Perú opera por el solo consentimiento de las partes. Ello no obstante, no es el contrato el que transfiere la propiedad, ya que éste solo genera la relación contractual, sino es esta última la que transfiere, es decir, es la obligación generada por el contrato la que produce el efecto transmisivo de la compra-venta»

<sup>15</sup> Así: Bigio Chrem, Jack: «La Compraventa y la Transmisión de Propiedad» en «Para Leer el Código Civil I». Fondo Editorial PUCP 1985. Pág. 95; Fernández Cruz, Gastón: «El Contrato Consensual de Prenda» en «Garantías» de Jorge Avendaño. PUCP 1991. Pág. 62.

<sup>16</sup> Manuel de la Puente y Lavalle: citado por Torres Mendez, Miguel: Op. Cit. Pág. 137.

dan ser compartidas. Según se dijo anteriormente, la teoría del título y el modo descansa en la existencia de dos actos jurídicos con vinculación causal, lo cual es extraño al caso de la transferencia de propiedad inmueble, pues aquí, además del contrato, no existe ningún acto jurídico (ni siquiera hecho jurídico en sentido estricto) al cual se le atribuya, en conjunción con el título, el efecto traslativo. En este caso, basta el consentimiento para que la transferencia de propiedad opere, muy a pesar de la redacción de diversas normas que parecerían indicar cosa distinta.

Una posición absolutamente minoritaria es la que sostiene que, tanto en el caso de bienes muebles como en el de inmuebles, la transferencia de propiedad opera en virtud del consentimiento<sup>17</sup>. Esta tesis se basa en una lectura muy peculiar del artículo 1549, pasando por considerar producida la tradición ficta en supuestos en los cuales no se han configurado todos los elementos necesarios al efecto<sup>18</sup>.

Al igual que la anterior, también minoritariamente se ha sostenido una tesis según la cual la transferencia de la propiedad, sea esta mueble o inmueble, operaría sobre la base de la tradición del bien<sup>19</sup>. Para llegar a tal conclusión, el autor de esta tesis parte de la idea de que existe un conflicto entre lo dispuesto por el artículo 949 y lo dispuesto por el artículo 1529. Según él, aquella norma se afiliaría al Sistema del Principio Contractual Puro, mientras ésta otra lo haría al Sistema de la Yuxtaposición de los Principios de Unidad y Tradición, estatuyéndose así una irremediable contradicción en el interior del Código Civil. La norma conflictual sería el artículo 949, pues ella no consolida la naturaleza obligatoria de la compraventa, tal como lo hace el artículo 947. La solución entonces debería partir de la norma conflictual y a su análisis se aboca el autor. En este camino, advierte que el artículo 949 admite dos excepciones: una legal y otra convencional; y, en su concepto, sería la primera la que se encarga de solucionar la contradicción a la que se ha hecho referencia. Así, sostiene que, como el artículo 1529 es contrario al artículo 949, debe entenderse que aquél constituye una excepción de este último. Este razonamiento se vería reforzado por aquel principio según el cual la norma especial debe primar frente a la norma

general. En consecuencia, a la compraventa inmobiliaria no se le aplicaría el artículo 949, sino el artículo 1529, por ser éste una excepción.

Ahora bien, dos objeciones se le podrían hacer de plano a esta tesis. La primera de ellas consiste en que el artículo 1529 no establece ningún modo para la transferencia de la propiedad. La segunda de ellas consiste en saber a qué contratos se aplicaría el artículo 949, dado que si el artículo 1529 fuera una excepción, igual naturaleza deberían tener todas las normas que definen a cada contrato nominado (típico).

En respuesta a tales objeciones, previstas además por el autor, se dice que el artículo 1529, al no establecer un modo, adolece de vacío legal, por lo que aplicando analógicamente el artículo 947, quedaría llenado dicho vacío. En consecuencia, la tradición sería el modo de adquirir la propiedad inmueble. De otro lado, el autor considera que su tesis no dejaría sin ámbito de aplicación al artículo 949, pues él regularía la transferencia de propiedad inmueble mediante la celebración de contratos atípicos.

No obstante los argumentos esgrimidos, la tesis que se comenta debe ser descartada de plano por una muy sencilla razón: errada conceptualización de lo que es una norma excepcional.

Si ante nosotros una norma afirma que «todos los peruanos adquirirán capacidad jurídica plena cuando cumplan dieciocho años de edad, salvo las excepciones que establezca la ley», resultará fácilmente comprensible que una excepción a tal norma sería, por ejemplo, aquella que estableciese que los naturales de Arequipa solo podrán adquirir la capacidad jurídica plena cuando cumplan veinticinco años de edad. En este caso, la norma excepcional tendrá un supuesto de hecho distinto para una misma consecuencia jurídica. Trasládemos esto a la tesis materia de comentario.

Como se sabe, los artículos 947 y 949 del Código Civil determinan la forma (mecanismo) por la cual se transfiere la propiedad sobre los bienes. Así, la tradición, en un caso, y el contrato, en el otro, son los hechos que producen dicha transferencia. Ahora bien, para entender que una norma,

<sup>17</sup> Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo: «Temas de Derecho Civil». Universidad de Lima 1991. Págs. 230 y 234 a 236.

<sup>18</sup> Ver al respecto nuestro trabajo en: IUS ET VERITAS. Revista Editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año III. Número 5.

<sup>19</sup> Así Torres Mendez, Miguel: Op. Cit. Págs. 143 a 151.

o un pacto, son excepciones al artículo 949, debe constar en ellos el mecanismo por el cual se transferiría la propiedad inmueble. Este mecanismo, por otro lado, tendría que ser distinto de aquél que establece la regla general. Si ello es así, resulta entonces insostenible la afirmación por la cual el artículo 1529 se constituye en una excepción del artículo 949, dado que aquél no precisa cuál es la forma por la cual operaría la transferencia de propiedad.

Sólo se puede sostener que nos hallamos ante una excepción de la regla contenida en el artículo 949 de nuestro Código, cuando ésta -la excepción- indique un mecanismo de transferencia dominial distinto del que contiene la norma citada. Y ello, evidentemente, no ocurre en el caso que se nos propone, pues el artículo 1529 no contiene lo que debería, esto es, el modo o el mecanismo por el cual la propiedad inmueble se transferiría. Adviértase que no se puede sostener que este modo o mecanismo es la «obligación de transferir la propiedad», pues no se establece que clase de obligación es: de dar, de hacer o de no hacer.

Adviértase, asimismo, que no se puede afirmar, como se afirma, que el mecanismo de transferencia sería la tradición, pues a ella se llega en vía de analogía, lo cual presupone la existencia de un vacío legal, el cual, por lo demás, se ubicaría en lo relativo al mecanismo de transferencia, es decir, justo en el tema que la «norma excepcional» debería regular de manera diferente al de la norma general. Cabe entonces preguntarse, ¿qué clase de excepción es esa que no contempla, precisamente, el aspecto materia de regulación especial?, ¿qué clase de excepción es esa que tiene que recurrir a la integración legal para poder ser «excepción»?

Más allá de ello, la tesis que se comenta no conduce a eliminar la contradicción que su autor denuncia. Lo único que hace es trasladar dicha contradicción a otro campo: el de los contratos atípicos. En efecto, si el artículo 949 alude a «la sola obligación de enajenar...», queda claro que el contrato atípico debe establecer tal obligación a cargo de una de las partes, por lo que aquí también tendríamos una norma que se afilia al Principio Contractual Puro y otra que lo hace a la Yuxtaposición de los Principios de Unidad y Tradición, por lo que resultaría más cuestionable aún que el Código Civil tuviese dos formas distintas de transferir la propiedad inmueble, dependiendo ello de la tipificación del contrato.

Una mirada desprejuiciada de las normas que regulan el tema de la transferencia de propiedad nos proporciona, creemos, una conclusión que parecería ser rebatible sólo con algún artificio. Esta conclusión no puede ser sino que el sistema de transferencia de propiedad en el Código Civil peruano es dual: en algunos supuestos es consecuencia directa del contrato (Principio Contractual Puro) y, en otros, de la conjunción entre un negocio jurídico y un hecho -jurídico- distinto del mismo (Yuxtaposición de los Principios de Unidad y Tradición, y Eficacia Real Diferida). En efecto, tratándose de bienes inmuebles la regla general consiste en que la transferencia de propiedad opera con la sola celebración del contrato, pues el transferente -llámese vendedor, donante, etc.- no requiere realizar conducta alguna -prestación- para que se produzca dicha transferencia. En este sentido, resulta irrelevante que la ley (artículo 949 del Código) aluda a una «obligación de enajenar», pues al no tener ella un contenido -o un objeto según se adopte la teoría patrimonialista o personalista de la obligación- pierde todo su significado y relevancia jurídica. Lo que ocurre en este caso es que el contrato del que se trate -compraventa, donación, etc.- habrá producido una «atribución patrimonial»<sup>20</sup>, concepto éste de amplio contenido, en el que se comprende cualquier disposición de un derecho propio a favor de otro sujeto, sea que para ello se utilice a la obligación como medio de cooperación, sea que se prescindiera de ese medio por resultar transferido el derecho como consecuencia de un acto que incida directamente en la esfera de quien requiere la cooperación.

Cosa similar ocurre en el caso de la transferencia de la propiedad mueble cuando en ella concurre la denominada «tradición ficta». En este caso, bastará con la celebración de un contrato para que dicha transferencia opere. Piénsese al efecto en el caso en el cual se posee un bien mueble a título de arrendatario y luego celebran un contrato de compraventa sobre el mismo quienes son arrendador y arrendatario. En este caso, el comprador adquirirá la propiedad del bien por la sola celebración de la compraventa, pues al operar la tradición ficta (*traditio brevi manu*), el vendedor se ve exonerado de realizar conducta alguna para satisfacer el interés de su contraparte.

En cambio, si la tradición ficta no fuese de aplicación, sino más bien la tradición real, qué duda cabe de que tratándose de bienes muebles, el Siste-

<sup>20</sup> Capozzi, Guido: OP. Cit. Pág. 8



ma que rige es el de la Yuxtaposición de los Principios de Unidad y Tradición.

Finalmente, habrán casos en los cuales registrará un sistema similar al que se aplica a los supuestos que la doctrina italiana ha denominado de «eficacia real diferida». La característica de este régimen es que la transferencia de propiedad operará en un momento distinto dependiendo del caso de que se trate. Así, por ejemplo, en la venta alternativa de dos bienes inmuebles perfectamente determinados y en la venta de un bien inmueble determinado sólo por el género, la transferencia de propiedad operará cuando se elija y concentre la obligación, y cuando se individualice el bien, respectivamente.

Ahora bien, si el contrato de compraventa tiene eficacia real en algunos casos, ¿cómo explicar, en ellos, la validez de la venta de bien ajeno a la luz de los argumentos utilizados por el legislador para regular esta figura? Dos opciones parecen surgir: limitar la figura a los casos en los que la transferencia de propiedad no sea efecto directo del contrato o, prescindiendo de las consideraciones del legislador, aceptar la validez y la eficacia de este contrato con independencia absoluta del sistema de transferencia de propiedad que se aplique.

De las dos opciones propuestas, no cabe duda de que la segunda debe ser la que predomine, pues no existe ninguna razón conceptual que impida considerar a la venta de bien ajeno como contrato válido y eficaz, sin importar al efecto el sistema de transferencia de propiedad que se haya adoptado. En esta línea de pensamiento, es significativo constatar que el Código Civil haya admitido la figura sin realizar ninguna distinción al respecto.

### III. LA VENTA DE BIEN AJENO EN EL CODIGO CIVIL.

Para comenzar, cabe decir que la venta de bien ajeno es un contrato de compraventa en donde la única particularidad que existe es que el vendedor no ostenta la propiedad del bien materia del contrato al momento de su celebración.

Cabe decir, también, que el bien del que se trate debe estar determinado o ser determinable, pues si se tratase de bienes genéricos, el contrato se re-

gularía por las normas sobre obligaciones genéricas.

Hechas estas precisiones, lo primero que habría que mencionar es que el Código Civil parecería regular la venta de bien ajeno, por primera vez, en el artículo 1537, que está ubicado en el Capítulo Segundo, Título Primero, de la Sección Segunda del Libro VII, el mismo que se refiere al bien materia de la venta.

Sin embargo, resulta claro que esta norma contempla un supuesto distinto, en nuestro concepto sui generis, al que se le podría denominar «compromiso de obtener que otro adquiera». En efecto, por la compraventa una de las partes -el vendedor- debe provocar en otra la adquisición derivativa del derecho de propiedad sobre un bien. Ello quiere decir que la propiedad debe «salir» de la esfera jurídica del vendedor y no de otra persona, sin que para ello importe que la transferencia opere por el solo contrato o por el pago de una obligación.

En este sentido, de su sola lectura, se puede notar que el artículo 1537 no regula contrato de compraventa alguno. Lo que la norma contempla es un contrato distinto, en virtud del cual un sujeto se compromete frente a otro a obtener que la propiedad de un bien ingrese a la esfera jurídica de este último. Y este compromiso se puede cumplir a través de dos formas distintas: que el «promitente» adquiera el bien y, luego, se lo transmita a la otra parte; o que el «promitente» consiga que el verdadero titular le transfiera el bien a esta otra parte, a través de un contrato a favor de tercero, por ejemplo<sup>21</sup>.

Contra esta última afirmación, empero, un autor<sup>22</sup> ha sostenido que quien funge de deudor sólo podría liberarse obteniendo que el verdadero propietario transfiera la propiedad del bien a quien funge de acreedor, pues el artículo 1537 constituiría un supuesto de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. En apoyo de su tesis, este autor cita la Exposición de Motivos del artículo 1537, en donde el doctor Manuel de la Puente y Lavalle afirma que el llamado «vendedor» («promitente») no se está obligando a transferir un bien de su propiedad, sino que únicamente promete que el verdadero dueño lo hará. Cita, asimismo, a Max Arias Schreiber, para quien lo esta-

<sup>21</sup> Así: Puente y Lavalle, Manuel de la: Op. Cit. Tomo III. Págs. 440 y 441; Mosqueira Medina, Edgardo: «La Venta de Bien Ajeno en el Código Civil Peruano» en: THÉMIS - Revista de Derecho. Segunda Epoca 1987. Número 8. Págs. 76 y 77.

<sup>22</sup> Castillo Freyre, Mario: Op. Cit. Págs. 300 y 311 a 315.

blecido en esta norma no sería otra cosa que un supuesto específico de promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Cita, finalmente, el artículo 1478 del Código Civil italiano -fuente de nuestro 1537- que, según este autor, establece una doble alternativa para que el vendedor -obligado a transferir la propiedad- pueda liberarse de su obligación: que él transfiera la propiedad al comprador, caso en el cual su obligación habrá quedado extinguida por pago; o que consiga, por una vía distinta, que el comprador adquiera la propiedad del bien en cuestión. La norma del Código Civil peruano no habría previsto, según el autor, aquella alternativa.

Contra esta tesis, a su vez, cabe hacer las siguientes observaciones: en primer lugar, el artículo 1537 de nuestro Código no contempla el supuesto en el cual una de las partes prometa a otra el hecho de un tercero, sino que contempla un supuesto distinto: el compromiso que alguien asume de hacer adquirir a otro la propiedad de un bien que ambos saben es ajeno. En este sentido, si Cayo se comprometiese frente a Ticio asegurándole a éste que adquirirá la propiedad de una tonelada de piedras de río, no se podría afirmar que aquél está prometiendo el hecho de un tercero, que el verdadero dueño transfiera la propiedad, pues las piedras de río no pertenecen a nadie. En este caso, a Cayo le bastaría con aprehender esas piedras, para luego convenir con Ticio su transferencia, la cual se realizaría finalmente con la tradición de las mismas. También podría Cayo contratar a Brutus para que éste se encargue de transferir la propiedad de las piedras a Ticio. Para ello, Brutus tendría que aprehender las piedras, celebrar un contrato con Ticio y luego realizar la respectiva tradición.

El mismo esquema habría de repetirse cuando Primus promete a Secundus que éste adquirirá la carreta de Tercius. Aquí no se podría sostener que Primus ha prometido un hecho a cargo de Tercius. En este caso, lo único que se habría prometido es la incorporación de la carreta de Tercius al patrimonio de Secundus y tal incorporación podría obtenerse de varias formas.

Ahora bien, ambos ejemplos encuadran perfectamente dentro del supuesto de la figura contemplada en el artículo 1537, mas no dentro del supuesto de la promesa de hecho ajeno. De ello hay que concluir, necesariamente, que el contrato al cual se refiere el artículo 1537 no tiene la misma configuración estructural que el contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

En segundo lugar, no es cierto que el artículo 1478

del Código Civil italiano establezca que el vendedor esté obligado a transferir la propiedad del bien. Lo que esta norma establece es que el vendedor está «obligado» a procurar -con prescindencia del medio- que el comprador adquiera el bien, cuando tal adquisición no ha sido consecuencia directa de la celebración del contrato. Y semejante «obligación»- su configuración como tal resulta discutible- puede ser cumplida de más de una manera, de tal suerte que sostener que por esta norma el vendedor sólo está obligado a transferir la propiedad del bien, implica no una interpretación de la ley, sino más bien una corrección de la misma, lo cual escapa a nuestra labor.

Más allá de ello, resulta evidente que sostener que se considerará cumplida una obligación aun cuando no se haya ejecutado la prestación debida, implica nada menos que afirmar que nos encontramos ante una obligación facultativa o con facultad de sustitución, categoría no regulada por el Código Civil italiano.

En tercer lugar, no se entiende por qué el artículo 1537 de nuestro Código no contemplaría las alternativas previstas en el artículo 1478 del Código italiano, no si de su sola lectura se advierte lo contrario.

En nuestro concepto, cuando el legislador estableció que el contrato contemplado en el artículo 1537 sea regulado por las normas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, lo hizo bajo un esquema conceptual erróneo, pues creyó que se trataba de un mismo supuesto, cuando en verdad ello no es así, según se ha visto. Este hecho, sin embargo, no puede significar un pacífico asentimiento a semejante postura. Y en este sentido, hay que aplicar aquél principio según el cual las normas jurídicas deben interpretarse en el sentido que produzcan algún efecto y no en el que no produzcan ninguno. En este caso, si sostiene que el artículo 1537 es un supuesto de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, la norma sería una inútil repetición de otras y carecería de efecto. Como una interpretación así no puede prosperar, sostenemos que el contrato contemplado en el artículo 1537 tiene características propias que lo distinguen, según se ha visto, de la promesa de hecho ajeno. Lo que sucede es que su regulación, por razones que se verán más adelante, debería ser similar a la que se establece para la promesa del hecho ajeno. Entonces la remisión a los artículos 1470 y siguientes resulta, después de todo, «feliz». Este hecho, sin embargo, no puede hacernos perder de vista que ambos contratos - «obtener que el otro adquiera» y «promesa del hecho ajeno»- son distintos, por lo que el cumpli-

miento de cada uno de ellos se verificará de distinta forma: en el primer caso no importará quién transfiera la propiedad, pudiendo hacerlo la parte que se comprometió o un tercero; mientras que en el segundo sólo interesará que el tercero se obligue o ejecute un hecho. Lo curioso es que a ambos casos les debería ser aplicable, como de hecho lo es, el mismo régimen de responsabilidad contractual: aquél que se contempla en los artículos 1470 y siguientes.

Descartada entonces la idea que asimila al «compromiso de obtener que otro adquiera» con la promesa de hecho ajeno, queda tan sólo insistir en que este contrato también se distingue del contrato de compraventa. Para ello, además de las razones anteriormente expuestas, proponemos una consideración adicional: si el artículo 1537 contemplara un supuesto de compraventa, no tendría ningún sentido la norma que le sigue. En efecto, el artículo 1538, al establecer que si la parte que se comprometió en los términos del artículo 1537 adquiere la propiedad del bien, quedará obligada en virtud de ese mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, indica que sólo con su aplicación una de las partes -el que se comprometió en los términos del artículo 1537- asume el «status» propio de todo vendedor, por lo que de no aplicarse esta norma, dicho «status» no nacería en cabeza de quien asumió el compromiso de obtener que la otra parte adquiera. Por consiguiente, si la calidad de vendedor se obtuviese con el artículo 1537, no tendría ningún efecto, y por consiguiente ningún sentido, el artículo 1538.

Debe advertirse que el artículo 1538 cumple, en nuestro concepto, una función tutelar de la parte a la que se le prometió la adquisición del bien. Ello se puede graficar con el siguiente ejemplo. Imagínese que Cayo se hubiese comprometido a obtener que Ticio adquiera el caballo «Urano», de propiedad de Sempronio. Imagínese, además, que Cayo lograra adquirir a «Urano». ¿Este hecho bastaría para que Ticio se haga propietario del caballo? No. Para que la transferencia de propiedad operase, Cayo tendría que celebrar con Ticio un contrato de compraventa, por ejemplo, y luego tendría que traditarle el animal. Para evitar estas dos operaciones, susceptibles de incumplimiento, el artículo 1538 sustituye a la compraventa, facilitando de esta manera que Ticio pueda satisfacer su interés, pues al ya existir una obligación de transferir la propiedad éste podría, por ejemplo, pedir la entrega forzada del animal. Si el bien fue-

se inmueble, mayor aún sería la tutela, pues en aplicación del artículo 949, el bien sería de propiedad de Ticio.

Hechas estas atinencias, no queda sino concluir que el artículo 1537 no contempla la llamada venta de bien ajeno.

Donde esta figura, sin embargo, encuentra su consagración normativa es en el artículo 1539, que establece que «la venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que el bien no le pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera dicho bien, antes de la citación con la demanda». En todos los demás casos, *contrario sensu*, la venta de bien ajeno no será rescindible.

No obstante lo evidente de semejante conclusión, a ella se le opone una opinión<sup>23</sup> según la cual si al momento de celebrar el contrato ambas partes saben que el bien es ajeno, el contrato así celebrado no sería una compraventa -de bien ajeno-, sino más bien un «compromiso de obtener que otro adquiera». Así, sólo se podría hablar de venta de bien ajeno propiamente dicha, cuando el vendedor ocultase la ajenidad del bien. Esta opinión, en nuestro concepto, no debe ser compartida, pues el hecho que las partes conozcan la ajenidad del bien no determina, per se, que el contrato que se está celebrando sea el regulado por el artículo 1537. Lo que determina la tipología contractual no es el hecho, por demás subjetivo, de que las partes conozcan o no ciertas circunstancias fácticas que rodean el caso. Lo determinante es la estructura del conjunto de atribuciones patrimoniales que cada una de las partes asuma, pues de acuerdo con este dato objetivo, la ley le asigna al contrato un tipo determinado y una regulación propia.

En este sentido, las partes pueden declarar conocer la ajenidad del bien y, no obstante ello, querer celebrar un contrato por el cual una se obligue a transferirle a la otra la propiedad de ese bien. En este caso, sostener que no se ha celebrado una compraventa -obviamente sin eficacia real-, sino otro contrato, distinto al que se quiso y declaró, importaría imponerle a las partes una relación jurídica no querida por ellas. Por lo tanto, para saber ante qué contrato nos encontramos, habrá que estar a lo que las partes declaren celebrar, haciendo la salvedad de que el hecho que las partes conozcan la ajenidad del bien no determina, per se, que

<sup>23</sup> Así: Puente y Lavalle, Manuel de la OP. Cit. Tomo III. Pág. 443

el contrato celebrado sea el regulado por el artículo 1537 del Código Civil.

Ahora bien, ubicada ya la norma que regula a la venta de bien ajeno, resulta fundamental saber qué clase de relación jurídica produce el contrato, más allá de que éste sea o no susceptible de rescisión.

A este respecto, la doctrina nacional que se ha ocupado del tema sostiene que este contrato, como toda compraventa según según se dice, generaría una obligación, la de transferir la propiedad (de un bien ajeno). Para ello, el vendedor tendría que adquirir previamente el bien de su verdadero propietario, de tal suerte que si no lograra hacerlo, el comprador podría demandar la resolución del contrato por incumplimiento<sup>24</sup>.

Esta posición, en nuestro concepto, no puede ser compartida, por cuanto parece partir de un concepto particularmente inexacto de la obligación. Las líneas que siguen intentarán delinear los caracteres de la obligación para así determinar si esta categoría resulta aplicable al contrato que estamos analizando.

#### IV. LA OBLIGACION COMO RELACION JURIDICA.

Superada ya la anacrónica tesis que entendía a la relación jurídica como un vínculo entre personas o entre personas y cosas, se ha sostenido que ella constituye «... una unidad de vinculación entre sujetos de derecho, determinada normativamente, mediante la cual se establecen comportamientos orgánicamente estructurados, con la finalidad de dotar a ciertos intereses de tutela efectiva...»<sup>25</sup>. Tal unidad de vinculación, se dice, constituye el eje de gravitación del Derecho, pues al tener el Derecho una función eminentemente relacional, no sería admisible la existencia de una situación jurídica aislada de toda idea de relación<sup>26</sup>.

A tal concepción se le podría objetar, sin embargo, la por lo menos aparente confusión entre la función relacional del Derecho y la noción misma de relación jurídica.

En nuestro concepto, resulta cuestionable la tesis que afirma que la relación jurídica es el criterio fundamental de calificación jurídica, pues es fácil comprobar la existencia de situaciones jurídicas monosubjetivas en las cuales los sujetos adquieren derechos y deberes sin que para ello tengan que estar vinculados entre sí. Es más, no sólo para la adquisición, sino también para el cumplimiento de tales deberes o para el ejercicio de tales derechos, los sujetos no requieren vinculación jurídica alguna. Así, piénsese en el status jurídico que se adquiere cuando se alcanza la mayoría de edad. En este caso, la norma coloca al sujeto en una situación que le significa la adquisición de una plena capacidad para desenvolverse, jurídicamente, en sociedad. Esta situación, por otro lado, no está vinculada con ninguna otra; permanece, por el contrario, al margen de cualquier relación jurídica, a menos que se pretenda sostener la exagerada tesis de que, en este caso, el sujeto se encuentra vinculado con el Estado.

La admisión de situaciones jurídicas monosubjetivas no implica, por cierto, que en tales casos el Derecho no cumpla su función relacional. Tampoco implica que se tenga una visión individualista del Derecho. Bien visto el asunto, una concepción así implica distinguir entre la finalidad del Derecho y los medios que éste utiliza para alcanzarla. Nótese que en el ejemplo propuesto se evidencia cómo el Derecho otorga los individuos una herramienta necesaria para que ellos, si así lo desearan, establezcan las relaciones jurídicas que crean convenientes a sus intereses. Aquí es clara la finalidad que se busca: que los individuos se relacionen jurídicamente. Sin embargo, el mecanismo para lograr dicha finalidad no pasa por el expediente de imponer directamente la relación.

Nadie puede negar que los individuos estamos en continua relación, contraposición o ligamen con otros, mas este hecho no quiere decir que tales relaciones, contraposiciones o ligámenes hayan de manifestarse por medio del esquema técnico de la relación jurídica<sup>27</sup>.

Por otro lado, en cuanto a la estructura misma de la relación jurídica, la opinión que se cita parece, aquí también, objetable, pues entiende que dicha

<sup>24</sup> En este sentido: Mosqueira Medina, Edgardo: Op. Cit. Págs. 79 a 81; Castillo Freyre, Mario: Op. Cit. Pág. 291; entre otros.

<sup>25</sup> Bullard Gonzales, Alfredo: «La Relación Jurídico-Patrimonial. Reales vs. Obligaciones». ARA Editores. Lima 1990. Pág. 124.

<sup>26</sup> Bullard Gonzales, Alfredo: Op. Cit. Págs. 126 a 128.

<sup>27</sup> Breccia, Umberto; Bigliuzzi Geri, Lina; Natoli, Ugo; Busnelli, Francesco: OP. Cit. Tomo I. Vol. I. Pág. 331.

estructura se agota en comportamientos o conductas<sup>28</sup>. A este respecto, se debe mencionar que en el actual estado de evolución doctrinal, una concepción así parece insuficiente para comprender, dentro de ella, la amplia gama de relaciones jurídicas que se pueden identificar en la realidad.

Quizás convenga recordar que desde hace ya algún tiempo autores como Santoro Passarelli distinguían las pretensiones de los derechos potestativos y éstas de las cargas, a fin de hacer notar las diferentes formas de cooperación que se pueden dar y, por ende, los diferentes tipos de relación jurídica que se pueden establecer<sup>29</sup>.

En esta línea de pensamiento, se sostiene que la relación jurídica no sería otra cosa que el vínculo existente entre dos situaciones de ventaja o entre una situación de ventaja con una de desventaja. En cada una de ellas se ubicarían los sujetos de derecho, quienes verían tutelados sus intereses de distintas maneras, dependiendo ello de la naturaleza que tenga cada situación.

Así, se afirma que las situaciones de ventaja y de desventaja podrían ser, a su vez, activas e inactivas, dependiendo ello de si es o no posible obrar (realizar una conducta). La situación de ventaja activa contemplaría a los llamados derechos subjetivos (derechos de la personalidad, derechos reales, derechos de pretensión y derechos potestativos) y la situación de ventaja inactiva al legítimo interés y a la expectativa. Por su parte, la situación de desventaja activa contendría, básicamente, a la obligación; mientras la situación de desventaja inactiva, al estado de sujeción<sup>30</sup>.

Ahora bien, aun cuando no se comparta este o cualquier otro intento de sistematización de la estructura de la relación jurídica, resulta innegable que ella no se agota en comportamientos, pues existen formas de cooperación en donde no se requiere actuación alguna por parte del llamado a cooperar. Baste citar al efecto al contrato de op-

ción, en donde se observa que el concedente no se obliga a nada, pues su cooperación no se traduce en el deber de realizar una conducta. En este caso, al otorgársele al optante el derecho de celebrar un contrato definitivo, se está dejando en sus manos la satisfacción de su propio interés, de manera tal que el concedente nada puede hacer para impedir o provocar tal satisfacción. La cooperación que él presta se traduce en la afectación de su propia esfera jurídica a la decisión que pueda tomar el optante, siendo tal afectación efecto directo del contrato. La relación jurídica aquí formada estaría compuesta por una situación de ventaja activa, conformada por un derecho subjetivo y más precisamente por un derecho potestativo; y por una situación de desventaja inactiva, conformada por un estado de sujeción.

Frente a una relación jurídica con semejante estructura, existe otro tipo de relaciones en las cuales la cooperación se traduce en comportamientos; y dentro de este conjunto, la obligación debe ser, probablemente, la relación jurídica más importante. Y por obligación se entiende no otra cosa que aquella relación por la cual sobre un sujeto, llamado deudor, recae el deber de realizar una conducta -prestación- en interés de otro, denominado acreedor, quien puede pretenderla<sup>31</sup>. Elemento configurante de la obligación resulta ser la prestación, pues en ella se encuentran las notas distintivas de este tipo de relación: la cooperación actual; la especificidad del deber; y la patrimonialidad. Se debe mencionar, empero, que a lado de la prestación se advierte la existencia de una serie de deberes accesorios, cargas y facultades que tienen por función hacer operativos tanto el derecho del acreedor, como el deber del deudor.

Por prestación -como contenido u objeto de la obligación- se entiende a la conducta, comportamiento o actividad que debe desplegar el deudor como mecanismo de satisfacción del interés del acreedor<sup>32</sup>. Hay que señalar, sin embargo, que no siempre se la conceptualizó así. En el Derecho ro-

<sup>28</sup> Bullard Gonzales, Alfredo: Op. Cit. Págs. 157 y siguientes. En el mismo sentido: Wayar, Ernesto: «Derecho Civil. Obligaciones». Ediciones Depalma. Buenos Aires 1990. Tomo I. Pág. 1 y siguientes.

<sup>29</sup> Santoro Passarelli, Francesco: «Doctrinas Generales del Derecho Civil». Trad. Luna Serrano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1964. Págs. 67 y siguientes. En el mismo sentido: Giorgiani Michelle: «La Obligación». Trad. Evelio Verdera y Tuells. Bosch Casa Editora. Barcelona. Pág. 78 y siguientes.

<sup>30</sup> Breccia, Umberto; Bigliuzzi, Lina; Natoli, Ugo; Busnelli, Francesco: Op. Cit. Tomo I. Vol. I. Págs. 330 y siguientes.

<sup>31</sup> Así: Zatti, Paolo y Vittorio Colussi: «Lineamenti di Diritto Privato». CEDAM. 1979. Pág. 255; Larenz, Karl: Op. Cit. Tomo I. Pág. 18 y siguientes; Ennecerus, Ludwig; Kipp, Theodor; Wolff, Martin: Op. Cit. Tomo II. Vol. I. Pág. 1; Hernández Gil, Antonio: «Derecho de Obligaciones» Editorial CEURA. Madrid 1983. Págs. 63 y 64; Puig Peña, Federico: Op. Cit. Tomo IV. Vol. I. Pág. 35; entre otros.

<sup>32</sup> Díez-Picazo, Luis: «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial». Tecnos. Madrid, 1979. Vol. I. Pág. 435; Puig Peña, Federico: Op. Cit. Tomo IV. Vol. I. Pág. 39; Trabucchi, Alberto: «Instituciones de Derecho Civil». Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1967. Tomo II. Pág. 6; Ennecerus, Ludwig; Kipp, Theodor; Wolff, Martin: Op. cit. Tomo II, vol. I. Pág. 18; entre otros.

mano, por ejemplo, al distinguirse las obligaciones de «dare», «facere» y «praestare», se configuraba un tipo de prestación que no resultaría comprendida en la definición consignada. En efecto, se sostiene que las obligaciones de «praestare», a diferencia de las de «dare» que no eran otras que las obligaciones con prestación de dar y de las de «facere» que agrupaban a las obligaciones de hacer y no hacer, al cumplir una función de garantía no comportaban ninguna actividad a cargo del deudor<sup>33</sup>. Así, se dice que si el vendedor prometía que el esclavo era sano, no era ladrón, ni vagabundo, ni fugitivo, ni sepulturero, aquél difícilmente podría quedar obligado a un dare o a un facere, dado que no le era posible lograr que el esclavo tuviese las características señaladas. En este caso, el vendedor habría asumido una obligación de garantía, lo que lo obligaría a indemnizar al comprador en caso que el esclavo resultara siendo un ladrón o un vagabundo.

En este mismo sentido se ha pronunciado Alcaro<sup>34</sup>, para quien las obligaciones de «praestare» eran aquellas en las cuales el deudor simplemente «soportaba» un riesgo ajeno, hecho que satisfacía directamente el interés -de seguridad- del acreedor, independientemente del pago de una indemnización y del desarrollo de toda conducta por parte de aquél.

Modernamente, algunos autores aún entienden que la prestación no se agota en comportamientos. Betti, por ejemplo, indica que la prestación puede consistir en el desarrollo de una conducta, en la consecución de un resultado o en la asunción de una garantía por riesgo. En el último caso, pone como ejemplo el contrato de seguro y al respecto señala que el interés del asegurado no es recibir la indemnización -pues su pago depende de un hecho incierto-, sino ganar tranquilidad, seguridad y libertad de preocupaciones. Aquí el asegurador tiene a su cargo una prestación que, según él, no es una conducta que se pueda valorar por una medida de diligencia, ni por un resultado útil. La cooperación -entendida como conducta- que brindaría el asegurador sería, pues, virtual<sup>35</sup>.

Sin embargo, el hecho de que algunos puedan denominar «prestación» a formas de cooperación en donde no se percibe un comportamiento debido no es tan importante como lo es el hecho de que se les pretenda aplicar, a estas formas de cooperación, normas que han sido elaboradas tomando en cuenta una estructura distinta a la que éstas poseen.

Si la satisfacción del interés de un sujeto dependiese de una persona distinta, la ley debería contemplar mecanismos por los cuales el titular de ese interés pueda, de alguna manera, satisfacerlo si es que el llamado a hacerlo se negara a ello. En este sentido, resulta lógico que el acreedor pueda, por ejemplo, pedir la ejecución forzada de la prestación, cuando el deudor se niegue a cumplir la obligación. En cambio, si la satisfacción de un interés dependiese únicamente de su titular, la ley no tendría por que contemplar mecanismos alternos -o sustitutos- para su satisfacción. En este caso, resultaría por demás absurdo que el titular del interés pretenda, por ejemplo, utilizar los derechos que la ley le confiere al acreedor.

La diferente estructura de las relaciones jurídicas debiera incidir en la manera como se las regula; y en este sentido, quizás la principal labor del jurista sea la determinación de la naturaleza jurídica de las instituciones que se le presentan, para así saber qué normas se les puede aplicar a unas y qué normas a otras. De no realizarse semejante labor podría ocurrir que se pretenda que el juez autorizase al marido, ante la negativa de su cónyuge de cumplir con sus deberes de lecho y habitación, a procurarse por otra persona el cumplimiento de tales deberes, amparándose para ello en el inciso segundo del artículo 1219 del Código Civil.

Se ha dicho ya que por prestación no se entiende otra cosa que el deber -patrimonial y específico- de realizar una conducta determinada o determinable en interés de un sujeto distinto del obligado. Tal concepción puede no ser compartida, no interesa; pero lo que sin duda debe resultar de absoluta relevancia es la imposibilidad de aplicar

<sup>33</sup> Grosso, Guiseppe: «La Obligación. Contenido y Requisitos de la Prestación». Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1981. Pág. 60 y siguientes.

<sup>34</sup> Alcaro, Francesco: «Promesa del Fatto del Terzo» en «Enciclopedia del Diritto». Guiffré Editore. Tomo XXXVII. Págs. 72 y 73.

<sup>35</sup> Betti, Emilio: «Teoría General de las Obligaciones». Trad. Jose Luis delos Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1969. Tomo I. Págs. 40 y siguientes. Al respecto debe decirse que algunos autores entienden que la prestación de «praestare» sería una suerte de «prestación subsidiaria» que se podría advertir en todo contrato. Esta prestación actuaría cuando el deudor no hubiese cumplido con la prestación principal, hecho que la configuraría como una suerte de garantía. Véase al respecto: «L' oggetto dell' obbligazione» de Carlo Augusto Cannata en «Trattato di Diritto Privato» diretto da Pietro Rescigno. UTET. Torino 1986. Tomo XIX. Vol. I. Págs 39 a 41; «Le Obligazioni» de Umberto Breccia. Giuffré. Milano 1991. Págs. 155 a 157.

normas que la ley establece para lo que ella entiende por prestación, a formas de cooperación en las que están ausentes uno o más requisitos que la ley establece para la misma.

En este sentido, se debe mencionar que la noción de prestación que acojemos no atiende sino a lo que la ley entiende por ella<sup>36</sup>. Por lo tanto, si en algún otro lugar se utiliza la expresión «prestación» o la expresión «obligación» en un sentido distinto del que estamos comentando, habrá que concluir que esas «prestaciones» y «obligaciones» no lo son en sentido técnico y que, por ello, no les serán de aplicación las normas en las que subyace un concepto como el que estamos proponiendo.

Ahora bien, la prestación, tal como la hemos entendido, debe cumplir unos requisitos que tanto la ley como la doctrina se han encargado de establecer. Así, se dice que la prestación debe ser determinada o determinable (artículo 219, inciso 3), patrimonial (artículo 1351), posible (artículo 1403), lícita (artículo 1403) y susceptible de incumplimiento. Este último requisito constituye el sustrato mismo del concepto de deber y en él, fundamentalmente, debe hallarse la diferencia entre un deber y un estado de sujeción. De todos estos requisitos mencionados, nos interesa aquí el de la posibilidad.

Según ha dicho Betti<sup>37</sup>, cuando el Derecho estatuye un precepto, tiene en cuenta el poder de hecho como presupuesto del deber, de manera tal que no admite que un deber pueda ser constituido, impuesto o aún mantenido en vigor si no es para que subsista el poder de cumplirlo. Con ello no se ha querido significar otra cosa que la necesidad de que el obligado a realizar una conducta determinada esté en aptitud de cumplirla con su propio esfuerzo, sin que para el efecto tenga que depender de un condicionante externo. La razón de esto se puede encontrar, en nuestro concepto, en la propia configuración estructural del deber.

En efecto, si se advierte que todo deber no es más que una imposición que puede ser desobedecida, caso en el cual actuaría la sanción correspondiente, tendrá que aceptarse que éste, es decir el deber, no puede consistir en una conducta que no

dependa del obligado, pues de lo contrario sobre él pendería una sanción de la cual sólo el azar podría librarlo. Como ello no es ni lógico, ni justo, la historia se ha encargado de acuñar un principio hoy recogido en todas las legislaciones. Según este principio, nadie puede estar obligado a lo imposible.

Nuestro Código Civil en sus artículos 219, Inciso 3; 1138; 1154; 1155; 1156; 14031; 1166;1431; 1433; 1434; entre otros, se refiere a la posibilidad de la prestación, haciendo depender la validez del negocio y la subsistencia de la relación al hecho de que el deudor esté en aptitud de cumplir, por sí mismo, la obligación. En consecuencia, no queda sino concluir que no se puede considerar que exista una verdadera obligación cuando la conducta a cargo del obligado no pueda ser ejecutada por él mismo, valiéndose para ello de su solo esfuerzo.

## V. ANALISIS DE LA FIGURA A LA LUZ DE LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS.

Se ha dicho ya que la prestación, elemento central de la obligación, debe ser posible. Toca ahora determinar si el que vende un bien ajeno está en la aptitud de transferir la propiedad de dicho bien al comprador, de estarlo no habría ningún inconveniente para considerarlo obligado a ello. En caso contrario ya se sabe la consecuencia.

Como se supondrá, para que el vendedor pueda transferir la propiedad del bien ajeno debe, previamente, adquirir el bien materia de la venta. Ahora bien, ¿qué es lo que tendría que hacer este vendedor para lograr que el bien ingrese a su patrimonio? La respuesta es simple: tendría que contratar con el propietario del bien para que éste se lo transmita y así pueda él, a su vez, transferírselo al comprador.

Este hecho -la contratación- no depende, sin embargo, de la actividad que realice el vendedor, pues quien finalmente decidirá si se contrata o no es el propietario del bien. El vendedor podría ofrecer un muy alto precio por el bien y aún así no lograr que el propietario se lo transfiera. Resulta cla-

<sup>36</sup> Tal como lo menciona Forno, si bien es cierto que nuestro actual Código no contiene una norma como la del artículo 1220 del Código Civil de 1852, la cual establecía que el objeto de una obligación es dar, hacer o no hacer alguna conducta, es evidente que ha admitido en líneas generales el mismo concepto. Al respecto ver: Forno Flórez, Hugo: «Precisiones Conceptuales en torno a la Promesa de Hecho Ajeno» en «Advocatus». Revista de Derecho de los alumnos y egresados de la Universidad de Lima. Año III. Cuarta Entrega. 1992.

<sup>37</sup> Op. Cit. Tomo I. Pág 48.

ro, entonces, que la conducta que pueda desplegar el vendedor no es determinante para que éste llegue a adquirir el bien materia de la venta. Si ello es así, es decir, si del vendedor no depende la adquisición del bien, resulta obvio que de él tampoco depende que la transferencia de propiedad opere en favor del comprador.

En este sentido, resultan bastante significativas las palabras de Ruggiero Luzzatto cuando, comentando la obligación del que vende un bien ajeno de hacer adquirir la propiedad del mismo al comprador (segundo párrafo del artículo 1476 del Código Civil italiano), sostiene que «...nos encontramos frente a un tipo anómalo de obligación, puesto que para el cumplimiento de la promesa precisa la actividad combinada del deudor y de un tercero que no se ha obligado; es necesario que a la actividad del vendedor, el cual, por su lado, ha de hacer lo posible para obtener la cosa del tercero propietario, se asocie la actividad de éste, que se adhiera a la propuesta y preste el consentimiento necesario»<sup>38</sup>.

Si el vendedor no está, por sí mismo, en la posibilidad de transferir al comprador la propiedad del bien ajeno, aquél no puede estar sujeto a la obligación de hacerlo, desde que no es ni conceptual, ni jurídicamente admisible que se imponga un deber a quien no tiene el poder de cumplirlo. Nótese, al efecto, que el Código no dice expresamente que sobre tal vendedor recaiga semejante obligación. Es verdad que no tendría por qué decirlo, dado que al tratarse de un tipo especial de compraventa, se supone que éste contiene los elementos que configuran a la misma. Sin embargo, debe resultar claro que aun cuando el Código hubiese establecido expresamente que el que vende un bien ajeno está obligado a transferírselo al comprador, tal obligación estaría siendo utilizada en un sentido diverso de aquél que se utiliza en el Libro VI, pues dicha obligación tendría por objeto una conducta que no podría llegar a ser prestación, pues ella no cumpliría con el requisito de la posibilidad.

Al igual que lo que ocurre con la «obligación» a la que se refiere el artículo 949, la «obligación» de transferir la propiedad de un bien ajeno no podría

ser entendida con el mismo alcance y significado con el que se entiende a la obligación regulada por las normas del Libro VI del Código Civil. Ello determina, obviamente, que a esta «obligación» no se le pueda aplicar las normas contenidas en ese Libro.

En este sentido, la referencia a una «obligación» de transferir la propiedad de un bien ajeno resulta siendo intrascendente, dado que no existen normas que regulen semejante «obligación», pues como ya se dijo, es imposible aplicarle normas en las que subyacen requisitos que ella no llega a cumplir. Si ello es así, resulta claro que se ha configurado un vacío legal, debido a que no se advierten las normas aplicables a este contrato.

Frente a tal vacío, en nuestro concepto debería aplicarse, por analogía, el artículo 1537, que establece que el contrato ahí descrito se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472. ¿Y qué significa que estos contratos se regulen por estos artículos? En nuestro concepto, no otra cosa que el establecimiento de una relación de asunción de garantía por riesgo, en virtud de la cual tanto el «promitente», como el vendedor de bien ajeno, se verían obligados a indemnizar de no producirse el hecho esperado por sus respectivas contrapartes: la obtención de la adquisición de la propiedad de un bien ajeno y la transferencia de la propiedad de un bien ajeno, respectivamente<sup>39</sup>.

Tal conclusión, por otro lado, resulta del análisis de la norma contenida en el artículo 1470 del Código Civil.

Sobre la naturaleza jurídica de la promesa de hecho ajeno -figura contemplada en el artículo 1470 de nuestro Código- se ha discutido arduamente en la doctrina, siendo, en nuestro concepto, la teoría más acertada aquella que sostiene que el promitente no asume en este caso ninguna obligación, dado el hecho de que el tercero no depende de la actividad que pueda desplegar al efecto dicho promitente. En este sentido, se dice que lo que asume el promitente es el riesgo de que el tercero no asuma la obligación o no ejecute el hecho prometidos, caso en el cual tendría que indemnizar al promisorio<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Ruggiero Luzzatto: «La Compraventa». Traducido por Francisco Bonet Ramón. REUS. Madrid 1953. Pág. 178.

<sup>39</sup> Así opina, por ejemplo, Ruggiero Luzzatto, para quien las reglas comunes de responsabilidad e imposibilidad quedarían desproporcionadas para un supuesto donde el cumplimiento de la «prestación» no depende enteramente de la actividad del deudor. A su entender, en la venta de bien ajeno el vendedor asumiría, incluso, los riesgos del caso fortuito, por lo que finalmente esta figura terminaría pareciéndose al contrato de seguro. (Op. Cit. Págs 179 y 180)

<sup>40</sup> Véase al respecto Forno, Hugo. op. cit.



Los argumentos a favor y en contra de esta tesis no pueden ser examinados aquí. Sin embargo, convendría analizar sucintamente lo que establece el artículo 1470.

Según la referida norma, es válido el acuerdo por el cual un individuo promete a otro el acaecimiento de un hecho (que el tercero se obligue o que realice una actividad) que no depende de su actuar, quedando el promitente obligado a indemnizar si es que el hecho prometido no llega a producirse. Si se mira las normas que definen a la compraventa, arrendamiento, permuta, etc., no se advertirá un enunciado similar, pues la estructura de estos contratos no contiene esta obligación de indemnizar. Ante ello, cabe preguntarse si este hecho es fortuito u obedece a alguna razón en particular. Piénsese qué pasaría si la norma bajo comentario obviara toda referencia a dicha obligación; ¿sería exigible un acuerdo de semejante naturaleza? Evidentemente que no, pues al no estar el promitente en aptitud de provocar que el tercero se obligue o que el tercero ejecute un hecho, no se habría configurado obligación alguna a su cargo, por lo que el promisorio nada podría exigirle. Para evitar que un acuerdo así no pueda ser vinculante, la norma estructura una relación jurídica distinta de la obligación, en donde se requiere no la aptitud en una de las partes para provocar un resultado determinado, sino la sola afectación patrimonial de la misma para garantizar la indemnidad, también patrimonial, de su contraparte.

El artículo 1470, al contemplar la obligación de indemnizar dentro del esquema contractual allí previsto, establece una relación jurídica de garantía, permitiendo la validez y eficacia de un pacto que, de otro modo, no sería vinculante.

Ahora bien, traslademos el artículo 1470 a los contratos regulados en los artículos 1537 y 1539 del Código Civil. Según se dijo, los hechos prometidos en el «compromiso de obtener que el otro adquiera» y en la venta de bien ajeno resultan imposibles de ser alcanzados con la sola actividad que puedan desplegar al efecto «promitente» y vendedor. Estos hechos, sin embargo, tienen una configuración distinta del hecho prometido en el contrato regulado por el artículo 1470, de donde se sigue que esta norma no regula, en este aspecto —es decir, en el hecho «prometido»—, a los otros dos contratos. Donde la norma entra a tallar, en nuestro concepto, es en lo atinente a la obligación de indemnizar.

Se ha dicho ya que un pacto por el cual un individuo se compromete a conseguir un resultado que

no depende de él mismo, no puede ser válido a no ser que la ley o las partes establezcan que tal promesa se hace con cargo a una indemnización, caso en el cual se habría asumido una garantía. En los contratos que estamos analizando, ni el promitente ni el vendedor han asumido la obligación de indemnizar si es que no se logra el resultado esperado por sus contrapartes. A su vez, ni el artículo 1537, ni el artículo 1539 establecen tal obligación. Esta omisión, no obstante, resulta siendo subsanada por el artículo 1470 que, en este aspecto, sí regularía al «compromiso de obtener que otro adquiera» y a la venta de bien ajeno. En consecuencia, si el «promitente» o el vendedor no obtuviesen aquello a lo que se hubiesen comprometido, deberían indemnizar a sus respectivas contrapartes.

En este sentido y no en otro debe ser entendida, en nuestro concepto, la norma que establece que el «compromiso de obtener que otro adquiera» y, por analogía, la venta de bien ajeno, se regularán por las normas que contemplan la llamada promesa de hecho ajeno.

Como dato para tomarse en cuenta, nótese cómo estos tres contratos comparten una característica común: el hecho prometido no depende de la actividad que las partes puedan realizar para cumplir con semejante promesa. En atención a ello, a éstos se les debe aplicar un mismo régimen: el de la asunción de una garantía por riesgo, que implica una mayor responsabilidad. Sin embargo, nótese también el diferente hecho que se promete, detalle que resulta decisivo para que cada uno de estos contratos tenga individualidad propia.

Como conclusión de todo esto, se debe decir que si el vendedor no le transfiriese al comprador la propiedad del bien ajeno, éste no podría solicitar la resolución por incumplimiento, dado que el vendedor no asumió obligación alguna. En este caso, el comprador debería demandar el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 1470, lo cual, obviamente, le significa una mayor tutela, pues esa indemnización se deberá sin que al efecto interesen las normas del Libro VI de nuestro Código, que regulan los factores atributivos de la responsabilidad contractual y su relación con los daños resarcibles en este ámbito.

## VI. LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD.

Se ha dicho que la venta de bien ajeno no produce obligación alguna de transferir la propiedad de dicho bien. La relación jurídica que surgiría de este contrato sería una asunción de garantía por ries-

go. Ello, sin embargo, no resuelve el problema del momento en que la propiedad del bien se transferiría.

A este respecto, cabe decir que, en verdad, no existe problema alguno, pues las normas que regulan el tema son claras. Para el caso de bienes muebles, la tradición será la que produzca la transferencia, por lo que el vendedor de un bien ajeno, si es que logra adquirirlo de su propietario, tendrá que traditarlo al comprador para así cumplir con el contrato. Para el caso de bienes inmuebles, el contrato de compraventa cobrará eficacia traslativa cuando el vendedor, por cualquier medio, logre adquirir el bien.

Debe quedar claro que la única peculiaridad de la venta de bien ajeno es la ausencia de legitimación por parte del vendedor, por lo que una vez que éste adquiera la propiedad del bien materia del contrato, el efecto traslativo podrá operar de acuerdo con lo que las normas pertinentes establezcan. En el caso de bienes muebles, se ha dicho, la ley establece que se debe traditar el bien. En el caso de bienes inmuebles no hay que hacer nada para que el efecto real opere, pues como dicho efecto había quedado suspendido por la falta de legitimación en el vendedor, subsanado el defecto la transferencia de propiedad se produce.

Miraflores, mayo de 1994

## **Ricardo Fernandini Barreda**

Notario - Abogado

Las Begonias 441 Of. 401  
San Isidro

Telfs. : 423718 • 424924  
Fax : 411377