Mario Castillo Freyre



Tratado de la Venta

Vol. XVIII Tomo III Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL

Pontificia Universidad Católica del Perú FONDO EDITORIAL 2000

Mario Castillo Freyre (Lima, 1964) es abogado en ejercicio titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú y socio del Estudio que lleva su nombre. También es Magíster y Doctor en Derecho por la misma casa de estudios.

Es autor de numerosas obras y artículos de su especialidad, entre ellos, *Los Contratos sobre Bienes Ajenos* (1990), *El Bien Materia del Contrato de Compraventa* (1992), *El Precio en el Contrato de Compraventa y el Contrato de Permuta* (1993), *Las Obligaciones y sus Modalidades. Visión Histórica* (1996), *Los Contratos Típicos. Visión Histórica* (1996), *Las Doctrinas Tradicionales Frente a la Contratación Computarizada, Tomos I, II, III y IV* (1996), *Todos los Poderes del Presidente. Ética y Derecho en el Ejercicio de la Presidencia* (1997) y *Tentaciones Académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984, Tomos I y II* (1998).

Asimismo, Mario Castillo es coautor, con el Doctor Felipe Osterling Parodi, del *Tratado de las Obligaciones*, obra cuyos nueve primeros tomos han sido publicados entre 1994 y 1999, además del libro *Estudios sobre las Obligaciones Dinerarias en el Perú* (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1995).

Castillo es catedrático de Derecho Civil (Obligaciones y Contratos) en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y la Universidad de Lima.

MARIO CASTILLO FREYRE
Profesor de Obligaciones y Contratos en la
Pontificia Universidad Católica del Perú,
en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y
en la Universidad de Lima

TRATADO DE LA VENTA

TOMO III

BIBLIOTECA
PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL
VOLUMEN XVIII

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 2000

Tratado de la Venta
Tomo III

Primera edición: noviembre de 2000

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria cuadra 18, San Miguel, Lima-Perú
Telf. 460-0872 - 460-2291 - 460-2870 anexos 220 y 356
E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Diseño de cubierta: Enrique Ottone
Grabado de cubierta: Honoré Daumier

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-366-2
ISBN: 9972-42-369-7
Depósito Legal: 1501052000-4149

Impreso en el Perú - Printed in Peru

TOMO III

CONTENIDO

— VENTA DE BIEN AJENO. CONSECUENCIAS 27
— Fuentes nacionales del artículo 1539 27
— Análisis 30
1. La venta de bien ajeno en estricto. Concepto 30
2. Obligación del vendedor de informar al comprador sobre el carácter ajeno del bien 37
3. Posiciones de la doctrina y la legislación 42
3.1. Contrato nulo 42
3.1.1. Fundamento de la nulidad 55
3.1.1.1. Es un contrato contra toda razón y contra todo principio 55
3.1.1.2. Es un contrato ridículo 55
3.1.1.3. Es un contrato de objeto jurídicamente imposible 56
3.1.1.4. Es un acto contrario a la moral 56
3.1.1.5. Se funda en una causa ilícita 58
3.1.1.6. Es atentatoria contra el orden social 58
3.1.1.7. Se basa en un error sobre la persona del vendedor 58
3.1.1.8. Se basa en un error sobre la pertenencia de la cosa vendida 60
3.1.1.9. El principio romano *nemo dat quod non habet* 60
3.1.1.10. Se basa en un error sobre la causa 61
3.1.1.11. Se basa en un error sobre la substancia de la cosa vendida 62
3.1.2. Personas facultadas para plantear la acción de nulidad 62

3.1.3. Posiciones de la doctrina y de la legislación 63
3.1.3.1. Solo el comprador puede demandar la nulidad 63
3.1.3.1.1. Oportunidad en la que puede accionar el comprador 64
3.1.3.1.1.1. Si el contrato se ha ejecutado y el vendedor ha entregado al comprador el objeto vendido 64
3.1.3.1.1.2. Si el objeto vendido no ha sido entregado 65
3.1.3.2. El comprador, el vendedor, así como cualquier otra persona pueden demandar la nulidad 65
3.1.4. Posibilidad de ratificación o consolidación de la venta de bien ajeno por un hecho posterior 67
3.1.4.1. Supuesto de ratificación por el verdadero propietario 67
3.1.4.2. Supuesto en el cual el vendedor vuelve a adquirir la propiedad del bien que había vendido previamente 68
3.1.4.3. Supuesto en el cual el comprador renuncia a demandar la nulidad 68
3.1.5. Excepciones a la nulidad establecidas por la doctrina y la jurisprudencia 69
3.1.5.1. Cuando se ha establecido en el contrato un plazo para que opere la transferencia de la propiedad 69

3.1.5.2. Cuando se trata de bienes inciertos 70
3.1.5.3. Cuando así lo determina la libre voluntad de las partes 71
3.1.5.4. Cuando el vendedor tiene la propiedad del bien sujeta a condición 72
3.1.5.5. Cuando se trata de una promesa de la obligación o del hecho de un tercero 72
3.1.5.6. Cuando el bien es futuro 74
3.1.5.7. Cuando el contrato está sujeto a condición suspensiva 74
3.1.5.8. Cuando el comprador no está expuesto a peligro alguno 75
3.1.5.9. Cuando se trata de una compraventa «en la modalidad de suministro» 75
3.1.5.10. Cuando el «pretendido vendedor» se obliga a adquirir el bien para transferirlo al «pretendido comprador» 76
3.1.5.11. Cuando el «pretendido vendedor» no se obliga a transferir la propiedad, sino solo la posesión del bien 76
3.1.6. Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica que adoptan el sistema de la nulidad absoluta de la venta de bien ajeno 80
3.2. Contrato anulable 93
3.2.1. Argumentos de la doctrina en favor de esta posición 94
3.2.1.1. En relación a los efectos del contrato 94
3.2.1.2. En relación al saneamiento por evicción 94

3.2.1.3. En relación a la prescripción adquisitiva 94
3.2.1.4. En relación a los frutos y productos 95
3.2.1.5. En relación al titular de la acción 95
3.2.1.6. En relación a los daños y perjuicios 95
3.2.1.7. En relación a la posibilidad de adquirir el bien por prescripción adquisitiva 95
3.2.1.8. En relación a la posibilidad de confirmación del acto 96
3.2.2. Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica que adoptan el sistema de la nulidad relativa o anulabilidad de la venta de bien ajeno 96
3.3. La anulabilidad según el Proyecto de Código Civil de Andrés Bello y los Códigos Civiles que lo tomaron como modelo 117
3.4. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como un contrato resoluble 122
3.5. Códigos Civiles que se abstienen de pronunciarse sobre el tema de la venta de bien ajeno 133
3.6. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como contrato rescindible. La singular posición del Código Civil peruano de 1984 138
3.6.1. El problema de la rescisión del contrato 145
3.6.1.1. Posición favorable a la rescisión del contrato 145
3.6.1.2. Posición contraria a la rescisión del contrato 151
3.6.2. Posibilidad de ratificación o consolidación de la venta por parte del propietario del bien 151

3.6.3. Posibilidad de convalidación del vicio que hace rescindible a la venta de bien ajeno 153
4. Jurisprudencia peruana del artículo 1539 153
— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1539 155
— Fundamento 155

— VENTA DE BIEN PARCIALMENTE AJENO 159
— Fuentes nacionales del artículo 1540 159
— Fuentes y concordancias extranjeras 160
— Análisis 162
1. Supuestos de venta de bien parcialmente ajeno 162
1.1. Venta de un conjunto de bienes de los cuales algunos son propios y otros son ajenos 162
1.2. Venta de un bien cuya propiedad no sea exclusiva del vendedor sino que la comparta en calidad de copropietario con otra(s) persona(s) 163
1.2.1. Contradicción existente entre los artículos 1540 y 978 del Código Civil 163
1.3. Venta de un bien cuya propiedad no sea exclusiva del vendedor, sino que la comparta con otra(s) persona(s), pero no en calidad de copropietarios, sino de propietarios de partes materialmente individualizadas del bien 165
1.4. Venta de un bien perteneciente a la sociedad conyugal por parte de uno solo de los cónyuges 166
2. Opción del comprador entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio 170
3. Magnitud de la parte ajena del bien para que proceda la rescisión del contrato 172
— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1540 173
— Fundamento 173

— OTRAS CONSECUENCIAS DE LA VENTA DE BIEN AJENO 175
— Fuentes nacionales del artículo 1541 175
— Análisis 176

1. Obligaciones que surgen de los supuestos de rescisión de la venta de bien total o parcialmente ajeno 176
1.1. Obligación del vendedor de restituir al comprador el precio recibido 178
1.2. Obligación del comprador de restituir el bien (en caso de haberlo recibido) al vendedor o a su verdadero propietario 178
1.3. Obligación del vendedor de pagar al comprador una indemnización por los daños y perjuicios causados 179
1.4. Obligación del vendedor de reembolsar al comprador los gastos del contrato en que este último hubiese incurrido 180
1.5. Obligación del vendedor de pagar al comprador intereses legales 180
1.6. Obligación del vendedor de reembolsar al comprador el monto pagado por este por concepto de tributos relativos al contrato 180
1.7. Obligación del vendedor de pagar al comprador el valor de todas las mejoras que este hubiere introducido en el bien 181
1.8. Obligación del vendedor de responder, en su caso, por el saneamiento por evicción 181
1.8.1. Posibilidad de trato entre el comprador de lo ajeno y el propietario del bien 186
1.8.2. Derecho a exigir el saneamiento por evicción o la indemnización de daños y perjuicios 187
1.8.3. Posibilidad de planteamiento de la acción de saneamiento por evicción en la venta de bien ajeno 188
1.8.4. Evicción parcial y venta de bien parcialmente ajeno 188
1.8.5. Importancia de la magnitud de la pérdida para el ejercicio de la acción en los casos de evicción y de venta de bien parcialmente ajeno 188

1.8.6. Acciones de rescisión o resolución del contrato 189
1.8.7. Precio o valor 190
1.8.8. Venta de un bien en copropiedad del cual una parte es ajena o de varios bienes interdependientes de los cuales uno o varios son ajenos 190
1.8.9. Plazos de prescripción o caducidad 191
1.8.10. Finalidad para la que se adquirió el bien 192
1.8.11. Intereses 192
1.8.12. Mejoras 193
1.8.13. A quiénes corresponde el pago de las mejoras 194
1.8.14. Frutos y costas 194
1.8.15. Indemnización de daños y perjuicios 195
1.8.16. Derecho controvertido 195
1.8.17. Requisito para la procedencia de las acciones 196
1.8.18. Necesidad o no de la perturbación de algún derecho 196
1.9. Obligación del vendedor de responder, en su caso, por el saneamiento por hecho propio del transferente 196
2. El contrato de venta de bien ajeno, según el conocimiento o desconocimiento de las partes respecto del carácter ajeno del bien 197
2.1. Contrato de venta de bien ajeno en el que ambas partes conocen el carácter ajeno del bien 198
2.2. Contrato de venta de bien ajeno en el que el comprador desconoce y el vendedor conoce el carácter ajeno del bien 200
2.3. Contrato de venta de bien ajeno en el que el comprador conoce el carácter ajeno del bien, mientras el vendedor desconoce dicho carácter 202
2.4. Contrato de venta de bien ajeno en el que ambas partes desconocen el carácter ajeno del bien 203
3. Bienes susceptibles de estar comprendidos en las cuatro hipótesis anteriormente desarrolladas 204

3.1. Contrato de venta de bien ajeno en el que el comprador desconoce el carácter ajeno del bien, mientras el vendedor conoce dicho carácter 205
3.1.1. Bienes muebles no registrables 205
3.1.2. Bienes inmuebles 205
3.1.2.1. Inmuebles registrados 205
3.1.2.1.1. Inmueble registrado a nombre del vendedor, pero que en realidad pertenece a otra persona 205
3.1.2.1.2. Inmueble registrado a nombre de una persona distinta al vendedor, la misma que es propietaria del bien 206
3.1.2.2. Inmuebles no registrados 206
3.2. Contrato de venta de bien ajeno en el que ambas partes desconocen el carácter ajeno del bien 206
3.2.1. Bienes muebles 206
3.2.2. Bienes inmuebles 207
3.2.2.1. Inmuebles registrados 207
3.2.2.1.1. Inmueble registrado a nombre del vendedor, pero que en realidad pertenece a otra persona 207
3.2.2.1.2. Inmueble registrado a nombre de una persona distinta al vendedor, la misma que es propietaria del bien 207
3.2.2.2. Inmuebles no registrados 207
3.3. Contrato de venta de bien ajeno en el que el comprador conoce el carácter ajeno del bien, mientras el vendedor desconoce dicho carácter 208

3.3.1. Bienes muebles 208
3.3.2. Bienes inmuebles 208
3.3.2.1. Inmuebles registrados 208
3.3.2.1.1. Inmueble registrado a nombre del vendedor, pero que en realidad pertenece a otra persona 208
3.3.2.1.2. Inmueble registrado a nombre de una persona distinta al vendedor, la misma que es propietaria del bien 208
3.3.2.2. Inmuebles no registrados 209
3.4. Contrato de venta de bien ajeno en el que ambas partes conocen el carácter ajeno del bien 209
3.4.1. Bienes muebles 209
3.4.2. Bienes inmuebles 209
3.4.2.1. Inmuebles registrados 209
3.4.2.1.1. Inmueble registrado a nombre del vendedor, pero que en realidad pertenece a otra persona 209
3.4.2.1.2. Inmueble registrado a nombre de una persona distinta al vendedor, la misma que es propietaria del bien 209
— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1541 210
— Fundamento 210

— COMPRAVENTA DE BIENES MUEBLES EN TIENDAS O ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO 211
— Fuentes nacionales del artículo 1542 212

— Análisis 212
1. Ámbito de aplicación de la norma 213
2. Diferencias y semejanzas con el artículo 948 del Código Civil 213
3. Aplicación práctica 214
4. Concepto de establecimiento comercial 217
5. Concepto de tienda 218
6. Concepto de local abierto al público 218
7. Concepto de factura 219
8. Concepto de boleta 220
9. Concepto de póliza 220
10. Imposibilidad de reivindicación
11. Acciones civiles que tiene el comprador perjudicado contra el vendedor 221
12. Acciones penales existentes contra el vendedor 221
13. Jurisprudencia peruana del artículo 1542 222

— LA COMPRA DE BIEN PROPIO 222
1. Consideraciones generales 222
2. Naturaleza jurídica 228
2.1. Se trata de una compraventa nula por tener objeto jurídicamente imposible 229
2.2. Se trata de una compraventa nula por tener fin ilícito 233
2.3. Se trata de un contrato atípico válido a través del cual el poseedor del bien se obliga a transmitir dicha posesión al propietario del mismo 234
2.4. Se trata de una transacción 235
2.5. Se trata de una compra de bien propio, en estricto 236
2.6. Nuestra posición 237
2.6.1. Si el comprador, vendedor o ambas partes desconocen que el bien vendido es propio del comprador 238
2.6.2. Si ambas partes conocen al momento de la celebración del contrato el hecho de que el bien pertenece en propiedad al comprador 239

2.6.2.1. Si se compra un bien propio y el contrato es uno puro y simple 239
2.6.2.2. Si el comprador de bien propio tiene la propiedad del mismo bajo una condición resolutoria o un plazo, luego de ocurrido cualquiera de ellos, la perdería en favor del vendedor 240
2.6.2.3. Si un bien se encuentra en litigio entre dos partes, y una de ellas paga a la otra una cantidad de dinero con el propósito expreso de que se termine el pleito sobre el bien 240
2.6.2.4. Cuando se compra la parte ajena de un bien parcialmente propio y parcialmente ajeno 241
2.6.2.5. Cuando se compra la totalidad de un bien del cual una parte es propia del comprador y la otra le es ajena 241
2.6.2.6. Si sobre el bien recayesen determinados derechos reales que implicasen una desmembración del derecho de propiedad, como es el caso de la posesión, del uso, del disfrute o de ambos (usufructo), o se hubiese constituido sobre el mismo algún derecho real, como es el caso del derecho de superficie, o una servidumbre 242
2.7. Podría llegar a tratarse de una venta de bien ajeno, en caso quien venda ya se hubiera hecho propietario del bien 242

— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1542 244
— Fundamento 244

CAPÍTULO TERCERO
El precio

1. Requisitos 249
1.1. Que consista en dinero o signo que lo represente 249
1.2. Que sea verdadero 249
1.3. Que sea serio 251
1.4. Que sea cierto 260
1.4.1. Delimitación conceptual 260
1.4.1.1. Precio determinado 262
1.4.1.2. Precio determinable 265
— PRECIO DEJADO A LA DETERMINACIÓN EXCLUSIVA DE UNA DE LAS PARTES 268
— Fuentes nacionales del artículo 1543 268
— Análisis 269

— DETERMINACIÓN DEL PRECIO DEJADA A LA DECISIÓN DE TERCERA PERSONA 273
— Fuentes nacionales del artículo 1544 273
— Análisis 275
1. Historia 275
2. Naturaleza jurídica del tercero designado por las partes para la determinación del precio 277
2.1. Posiciones de la doctrina 277
2.1.1. El tercero es un árbitro 278
2.1.2. El tercero es un perito 278
2.1.3. El tercero es un árbitro o un perito 278
2.1.4. El tercero es un mandatario 278
2.1.5. El tercero es un árbitro, perito o mandatario 279
2.1.6. El tercero es un arbitrador 279
2.1.7. Nuestra posición 280
3. Carácter del mandato recibido por el tercero 287
4. Supuesto de pluralidad de terceros encargados de la determinación del precio 288

5. Manera en la cual los terceros deben tomar y expresar su decisión 290
5.1. La decisión debe ser adoptada por unanimidad 290
5.2. La decisión puede ser adoptada por mayoría absoluta 290
5.3. Nuestra posición 290
6. Momento en el cual debe efectuarse la designación del tercero o de los terceros que deberán determinar el precio 291
6.1. Posiciones de la doctrina y la legislación 291
6.1.1. La designación del tercero debe efectuarse en el propio contrato de compraventa 292
6.1.2. Resulta posible efectuar una designación del tercero con posterioridad a la celebración del contrato 292
6.1.3. Nuestra posición 293
7. Momento en el cual el tercero debe efectuar la determinación del precio 294
8. Posibilidad de impugnación de la decisión del tercero 295
8.1. *Arbitrium boni viri* o arbitrio de equidad 298
8.2. *Arbitrium merum* o mero arbitrio 299
9. Supuestos en los cuales el tercero designado para determinar el precio no lo hiciere 300
9.1. Tendencia que sanciona la falta de determinación del precio por el tercero con la pérdida de eficacia del acto (término dentro del cual incluimos los supuestos de «nulidad», «caducidad» e «ineficacia» del acto o contrato celebrado) 300
9.2. Tendencia que establece que ante la falta de determinación del precio por parte del tercero, dicha determinación la hará el juez 301
9.3. Tendencia que establece que ante la falta de determinación del precio por parte del tercero, podrá hacerlo por él cualquier otra persona en que convinieren los contratantes, y que en caso de no convenirse otra, no habrá venta 301
9.4. Nuestra posición 303

9.4.1. Si el tercero manifiesta su voluntad, señalando un precio 303
9.4.1.1. Arbitrio de equidad 303
9.4.1.1.1. Si es amparada la demanda del contratante que se siente perjudicado con la decisión del tercero, para que se anule dicho precio, el juez podrá, con el auxilio de peritos, proceder a la determinación de un nuevo precio 304
9.4.1.1.2. El juez no está facultado para modificar el precio señalado por el tercero 307
9.4.1.2. Mero arbitrio 308
9.4.2. El tercero no manifiesta su voluntad 310
9.4.2.1. Arbitrio de equidad 310
9.4.2.2. Mero arbitrio 310
10. Naturaleza jurídica del contrato en que la determinación del precio se deje a la decisión de un tercero 311
11. Supuesto en el cual las partes designan en el con trato a una persona que posteriormente designará al tercero que se encargará de la determinación del precio 316
12. Valor del bien a tomar en consideración por el tercero 317

— DETERMINACIÓN DEL PRECIO DEJADA A LA QUE TENGAN BIENES SIMILARES EN MERCADO, PLAZA O BOLSA EN UN DÍA DETERMINADO 319
— Fuente nacionales del artículo 1545 319
— Fuentes y concordancias extranjeras 321
— Análisis 325
1. Delimitación conceptual 325

1.1. Concepto de bolsa 326
1.2. Concepto de mercado 327
1.3. Concepto de plaza 327
2. Naturaleza jurídica de este contrato 327
3. Ámbito de aplicación de esta norma 328
3.1. Posición que excluye a los bienes no fungibles 328
3.2. Posición que admite a los bienes no fungibles dentro de este pacto 328
3.3. Supuesto de bienes inmuebles 328
3.4. Supuesto en que el bien vendido sea fungible 329
4. Media proporcional en la cotización librada al mercado, plaza o bolsa 329
4.1. Precisiones de índole temporal 331
4.2. Precisiones de índole valorativo 332
4.3. Precisiones en cuanto al precio de compra o al precio de venta 334
4.4. Precisiones de índole geográfico 335
5. Precio mayor o menor al de mercado 336
6. Cotización señalada por corredores 337
6.1. Supuesto en que no exista dicha cotización de mercado 337
6.1.1. Es necesario analizar cada caso concreto para decidir si hay o no contrato 338
6.1.2. No hay contrato 338
6.1.3 Nuestra posición 338
7. Supuesto en que no se hayan establecido ni la fecha ni el lugar a tomar en consideración para determinar el precio 339
8. Supuesto en que se haya determinado el lugar de la plaza, mercado o bolsa, pero nada se haya dicho acerca de la fecha 339

— OTROS SUPUESTOS DE PRECIO DETERMINABLE 341
— Fuentes nacionales del artículo 1546 341
— Análisis 342
1. Pertinencia de la norma 342
2. Diversos supuestos de precio determinable 343

2.1. Compraventa por el precio que otro ofrezca por el bien 343
2.2. Compraventa por el precio que tenga otro bien cierto 345
2.3. Compraventa por el precio de costo de producción del bien 345
2.3.1. Si el bien ha sido producido por el propio vendedor 346
2.3.2. Si el bien ha sido producido por terceras personas (ajenas al comprador y vendedor) 347
2.3.2.1. Que las partes sometan el contrato a la condición suspensiva de que efectivamente el bien haya costado algo 347
2.3.2.2. Que las partes hubiesen querido celebrar un contrato puro y simple 347
2.4. Compraventa por el precio de adquisición del bien por el vendedor 348
2.5. Compraventa por el precio equivalente a la cantidad de dinero que haya en un lugar determinado 349
2.6. Compraventa por el precio equivalente al valor del bien 350
2.7. Compraventa por el precio equivalente a aquel en el cual otra persona venda un bien 351
2.8. Compraventa con precio dejado a la suerte 351
2.9. Compraventa con precio dejado al monto en el cual el vendedor venda un día determinado 352
2.10. Compraventa dejada al justo precio 352
2.10.1. El contrato es nulo 353
2.10.2. El contrato es válido 353
2.11. Compraventa por el precio que resulte de posterior tasación del bien 355
2.12. Compraventa por el precio dejado a resultado de una subasta pública 356
2.13. Compraventa con precio dejado a los índices de reajuste automático que fija el Banco Central de Reserva del Perú 357

2.14. Compraventa con precio sujeto a reajuste derivado de cláusulas valoristas relativas a monedas extranjeras 358
2.15. Compraventa con precio sujeto a reajuste derivado de cláusulas valoristas relativas a metales preciosos o minerales en general 358
2.16. Compraventa con precio sujeto a reajuste derivado de cláusulas valoristas relativas a cualquier otra mercancía 358
2.17. Supuesto en que las partes no pueden fijar el precio. El precio legal 358
— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1546 361
— Fundamento 361

— SUPUESTO EN EL CUAL LAS PARTES HAYAN OMITIDO DETERMINAR EL PRECIO Y FIJAR LAS REGLAS PARA SU POSTERIOR DETERMINACIÓN, EN BIENES DE COMERCIALIZACIÓN CORRIENTE Y MASIVA 363
— Fuentes nacionales del artículo 1547 363
— Análisis 365
1. Delimitación conceptual 365
2. Precio a tomar en consideración 365
2.1. Se tomará el precio corriente de plaza del día de la entrega del bien 365
2.2. Se tomará el precio en el cual el vendedor expende habitualmente ese bien 366
— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1547 369
— Fundamento 369

— EL PRECIO EN LAS VENTAS EN QUE AQUEL SE FIJA POR PESO 371
— Fuentes nacionales del artículo 1548 371
— Análisis 372
1. Concepto de peso bruto 372
2. Concepto de peso neto 372
3. Consideraciones generales 372

— Propuesta de eventual adición legislativa 374
— Fundamento 374

CAPÍTULO CUARTO
Obligaciones del vendedor

— OBLIGACIÓN DE TRANSFERIR LA PROPIEDAD DEL BIEN 375
— Antecedentes nacionales del artículo 1549 375
— Análisis 376
1. El problema de si el vendedor está o no obligado a transferir al comprador la propiedad del bien 376
2. El problema del registro de la propiedad inmueble en el Perú 383
3. La transmisión de la propiedad inmueble en el Derecho Civil Francés 390
3.1. Generalidades históricas 390
3.2. El derecho de propiedad 393
3.3. La transferencia de propiedad en el Derecho Civil Francés 407
3.3.1. Antecedentes 407
3.3.2. El contrato de compraventa y el problema de la transferencia de propiedad en el Derecho Romano y en el antiguo Derecho Francés Prenapoleónico 412
3.3.3. El contrato de compraventa y el problema de la transferencia de la propiedad en el antiguo Derecho Francés (antes de la entrada en vigencia del Código Civil) 419
3.3.4. Alcances de la definición del contrato de compraventa en el Código Civil Francés 424
3.3.5. Características del contrato de compraventa en el Código Civil Francés 430
3.3.6. Bondades que la Escuela Exegética atribuye al sistema de transferencia de la propiedad adoptado por el Código Civil Francés 431

3.3.6.1. Obligación de transferir propiedad 432
3.3.6.2. En la compraventa la obligación de enajenar transmite de inmediato la propiedad 438
3.3.7. La transmisión inmediata del derecho de propiedad no constituye parte de la esencia del contrato de compraventa en el Derecho Francés 443
3.3.8. ¿La transmisión inmediata de propiedad, en los casos en que resulta posible, rige también respecto de terceras personas ajenas a las partes contratantes de la compraventa? 446
4. La transferencia de propiedad en el Perú 451
4.1. La transferencia de propiedad inmueble 451
4.1.1. El Código Civil de 1852 451
4.1.2. El Código Civil de 1936 453
4.1.3. El Código Civil de 1984 459
4.2. La transferencia de propiedad de los bienes muebles 477
5. Análisis de las diversas clases de bienes que son susceptibles de formar parte de un contrato de compraventa, en relación a la transferencia de la propiedad 486
5.1. Compraventa de bienes que ya han dejado de existir 486
5.1.1. Bienes que han dejado de existir totalmente 486
5.1.2. Bienes que han dejado de existir parcialmente 487
5.2. Compraventa de bienes futuros 487
5.2.1. Bienes *in rerum natura* 487
5.2.1.1. Bienes inmuebles 487
5.2.1.2. Bienes muebles 487
5.2.2. Bienes *non in rerum natura* 488
5.2.2.1. Bienes inmuebles 488
5.2.2.2. Bienes muebles 488

5.3. Compraventa de bienes existentes pero en peligro de dejar de existir 488
5.4. Compraventa de bienes presentes 488
5.4.1. Bienes inmuebles 488
5.4.2. Bienes muebles 489
5.4.2.1. Bienes muebles no registrables 489
5.4.2.2. Bienes muebles registrables 489
6. Obligación del vendedor de perfeccionar la transferencia de propiedad 489
7. Obligación del vendedor de procurar la propiedad al comprador 494
8. La transferencia de propiedad de los automóviles en el Perú 495
9. La transferencia de propiedad de acciones de Sociedades 503
9.1. La acción 503
9.2. Transferencia de acciones 505
9.3. Limitaciones y prohibiciones a la transferencia de acciones 505
9.4. Transmisión de acciones afectas a obligaciones adicionales 506
9.5. Adquisición por la sociedad de sus propias acciones 507
9.5.1. Adquisición con cargo al capital 507
9.5.2. Adquisición a título gratuito y a título oneroso 508
9.6. La transferencia de acciones en las Sociedades Anónimas Cerradas 508
10. La transferencia de servicios telefónicos 511
11. Responsabilidad del vendedor por no transmitir la propiedad o por no transmitirla en forma total y libre 513
12. Jurisprudencia peruana del artículo 1549 514
— Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1549 516
— Fundamento 516

VENTA DE BIEN AJENO. CONSECUENCIAS

Artículo 1539.- «La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera el bien, antes de la citación con la demanda».

Fuentes nacionales del artículo 1539

Este artículo registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, cuando en el artículo 12 se señalaba que: «Toda cosa puede ser vendida si el que la vende tiene facultad de venderla. En algunos casos exigen solemnidades particulares». En abono de esta norma Vidaurre señalaba lo siguiente: «Repitamos las primeras palabras de la ley 'cosa agena vendiendo un ome á otro'. Cosa que se sabe q ue es de otro. El dueño puede vindicarla donde la halle. No tiene que esperar un pleito. Dará la información sumarísima de ser suya, del modo que corresponde a su naturaleza mueble e inmueble, y el comprador repetirá contra el vendedor. Si quisiere alguno mover pleito sobre la cosa comprada alegando derecho a ella, ya el asunto era enteramente diverso. La ley de partida venía muy bien. Este es el saneamiento. Mas no se dice esto, se da por hecho que la cosa es ajena. Así pues, que los compradores de la cosa robada aunque comprasen con todas las calidades antes prevenidas, y de personas capaces

de vender, tienen que restituir lo comprado si consta de la prueba 'incontinenti' ser ajena. Esto es conforme con el artículo 1599 del Código de Napoléon».

Por su parte el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 abordaba el tema en el numeral 1017, de texto siguiente: «Es nula la venta de la cosa ajena, y puede dar lugar a los daños e intereses, aun cuando el comprador ignore que era ajena»; en tanto el Código Civil de 1852 era muy lacónico al expresar en su artículo 1326 que «No hay venta de lo ajeno ni compra de lo propio».

El Proyecto de Código Civil de 1890, hizo referencia al tema en el artículo 1708: «Si se vende cosa ajena, el comprador no adquiere dominio sobre ella, sino la posesión ó la nueva tenencia de que gozaba el vendedor, y puede exigir que se declare la nulidad de la venta, probando que la cosa no es del vendedor.— El término para interponer esta demanda, es de treinta días, contados desde que el comprador sepa que la cosa es ajena.— El dueño conserva su acción reivindicatoria de la cosa, mientras no la ha perdido por prescripción.— Si el comprador ignoraba que la cosa era ajena tiene derecho para exigir del vendedor indemnización de daños y perjuicios; pero si lo sabía, no puede pedir más que la devolución del precio, y es responsable de la cosa, daños y perjuicios, en favor del dueño, mancomunadamente con el vendedor».

En los trabajos iniciales de elaboración del Código Civil que reemplazaría al de 1852, el autor de los Anteproyectos del Libro Quinto, Doctor Manuel Augusto Olaechea, sancionaba con nulidad la venta de bien ajeno. Es así como vemos que el Primer y el Segundo Anteproyecto del mencionado Libro Quinto le otorgan el mismo carácter que el Código Civil entonces vigente.

Sin embargo, con posterioridad a la publicación del Segundo Anteproyecto es que surge la idea de legislar sobre el tema de manera distinta. En tal sentido, en el ejemplar de uso personal del Doctor Olaechea, este agregó de su puño y

letra, inmediatamente después del artículo 394, relativo a la prohibición de la compraventa de herencia futura, el texto que se menciona a continuación, que seguramente tuvo el propósito de integrar un nuevo artículo sin numeración: «La venta de cosa ajena es anulable a solicitud del comprador, salvo que éste hubiese sabido que la cosa no pertenecía al vendedor. Si el comprador ignoró al tiempo del contrato que la cosa era ajena, puede demandar al vendedor, además de la restitución del precio el pago de los daños y perjuicios a que hubiese lugar».

Este agregado tuvo por objeto la creación de un artículo adicional, pues en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora del 7 de marzo de 1936, ya se incluía una norma relativa a la venta de bien ajeno, el artículo 1383, precepto que repetía casi textualmente la adición del autor del Anteproyecto del Libro Quinto de dicho Código, norma que señalaba, textualmente, lo siguiente: «La venta de la cosa ajena es anulable a solicitud del comprador, salvo que éste hubiese sabido que la cosa no pertenecía al vendedor. Si el comprador ignoró que la cosa era ajena, puede demandar al vendedor la restitución del precio y el pago de los daños y perjuicios».

El tema también fue abordado por el Código Civil de 1936, artículo 1394: «La venta de la cosa ajena es anulable a solicitud del comprador, salvo que éste hubiese sabido que la cosa no pertenecía al vendedor. Puede además demandar al vendedor la restitución del precio y el pago de los daños y perjuicios»; y ya dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, en su artículo 13: «Si al tiempo de celebrarse la compraventa el comprador ignoraba que el bien o el derecho era ajeno, él puede pedir la resolución del contrato cuando conozca este hecho.— Sin embargo, el comprador perderá este derecho de pedir la resolución del contrato si el vendedor hubiera adquirido antes de la demanda de resolución la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho

o haya hecho que el comprador adquiera tal propiedad o título»; por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en su artículo 1569: «Si al tiempo de celebrarse la compraventa el comprador ignoraba que el bien o el derecho era ajeno, él puede pedir la resolución del contrato cuando conozca este hecho.— Sin embargo, el comprador perderá este derecho de pedir la resolución del contrato si el vendedor hubiera adquirido antes de la demanda de resolución la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho o haya hecho que el comprador adquiera tal propiedad o título»; y por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el numeral 1502: «La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera el bien, antes de la citación con la demanda».

Análisis

1. La venta de bien ajeno en estricto. Concepto

En primer lugar, debemos señalar que cuando hablamos de un contrato de venta de bien ajeno, estamos haciéndolo, precisamente, de un contrato de compraventa y no de una figura similar, parecida o afín. Es un contrato de compraventa común y corriente, siendo su único elemento distintivo —y el que le da el carácter de interés doctrinario—, el hecho de que el bien objeto de la prestación del vendedor no le pertenece en propiedad al momento de la celebración del contrato. Por ello es que sostenemos la necesidad de robustecer esta idea: estamos hablando de un contrato de compraventa, con todas las obligaciones y efectos que genera esta figura típica, regulada, en el caso peruano, por los artículos 1529 a 1601 de su Código Civil.[1]

[1] Sobre este particular el doctor Manuel de la Puente y Lavalle, en su más reciente trabajo sobre el tema (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa,* páginas 69, 82 y 83), ha llegado a las siguientes conclusiones:

«El tema de la compraventa de bien ajeno ha sido tratado en el Código Civil peruano de 1984 siguiendo un método original, que difiere del adoptado por otros ordenamientos legales. Creo que ello obedece a una idea central que ilumina todo el sistema: *Sólo hay compraventa de bien ajeno cuando el vendedor se obliga, como tal, a transferir al comprador la propiedad del bien.*

Ello requiere, quizá, una explicación previa. En principio, es posible que una persona adquiera por compraventa la propiedad de un bien perteneciente a un tercero por dos vías: 1) obteniendo el vendedor que el verdadero dueño transfiera directamente el bien al comprador; y 2) adquiriendo el vendedor el bien y transfiriéndolo él al comprador.

El codificador peruano ha optado conscientemente por la segunda solución, de tal manera que no se considera compraventa de bien ajeno el acto jurídico mediante el cual el verdadero dueño transfiere, a instancias del vendedor, la propiedad del bien directamente al comprador.

Otra idea que gobierna el régimen peruano, a diferencia de varios otros, es que *el comprador no debe conocer que el bien es ajeno*».

«Después de la exposición que precede sobre el sistema peruano de compraventa de bien ajeno podría objetarse que este sistema es complicado pues, a diferencia de otros sistemas, sólo admite la existencia de tal contrato cuando el comprador ignora que el bien es ajeno al momento de celebrarse la compraventa. Sin embargo, debe tomarse en consideración que la existencia en el Código Civil de un Título que regula la celebración del contrato de promesa de la obligación o del hecho de un tercero permite colocar cada acto jurídico en su verdadero lugar. Es así como cuando el comprador sabe que el bien es ajeno, conoce también que el vendedor no le podrá transferir la propiedad del bien si previamente no lo adquiere del verdadero dueño, por lo cual no puede vendérselo a firme, asumiendo una obligación incondicional. Solamente podrá el seudovendedor cumplir su obligación gestionando que el verdadero dueño le adjudique la propiedad del bien, lo que significa, en realidad, ingresar a un área muy similar a la de la promesa de la obligación de un tercero».

En segundo término, queremos precisar que el tema de la contratación en general sobre bienes ajenos, y en especial el del contrato de compraventa de bienes de tal carácter, no tiene relevancia en todos los casos, ya que solo la tendrá cuando estemos ante bienes ciertos. Los supuestos de bienes indeterminados o de bienes fungibles no tendrán relevancia para nuestro análisis, aunque al momento de la cele-

bración del contrato no pertenezcan en propiedad al vendedor de los mismos.

Nos explicamos.

En principio, el género a nadie le pertenece y la especie tampoco, a menos de que estemos hablando de géneros tan limitados que puedan pertenecer a una persona en exclusiva.

Pero vamos a ocuparnos de un género cualquiera. Por señalar un ejemplo, el género de los automóviles. Sin lugar a dudas, a nadie pertenecerán todos los automóviles del mundo, pero podrá darse el caso de que a una persona no le pertenezca algún automóvil que se ha comprometido a entregar.

Aquí caben dos posibilidades: que esa persona se haya obligado a entregar un automóvil perfectamente delimitado, es decir, un bien cierto, o que esa persona se haya comprometido a entregar un automóvil de una determinada marca, sin especificarlo ni determinarlo, supuesto en el cual estaremos frente al caso de una obligación de dar un bien incierto o indeterminado.

No hay lugar a dudas que el primer contrato (aquel de bien cierto) deberá regirse perfecta y completamente por las normas del contrato de compraventa de bienes ajenos, ya que al tratarse de un bien cierto o determinado al momento de la celebración del contrato, será verdaderamente relevante el hecho de que ese bien pertenezca o no al patrimonio de quien se obliga a transferirlo. Sin lugar a dudas, aquí se plantea plenamente el tema de la contratación sobre bienes ajenos y sus consecuencias teóricas y doctrinarias.

El bien no es de quien lo vende, y como se trata de bien cierto que está en propiedad de un tercero, vamos a ver cuáles son las soluciones que plantea la ley para este problema, el cual consiste en determinar para el Derecho, las consecuencias de un acto de estas características, de un contrato de compraventa algo extraño, pero de compraventa al fin.

Todo esto se reduce a la duda de qué pasará si es que el verdadero propietario del bien no transfiere la propiedad

de dicho vehículo al vendedor del mismo, a fin de que éste pueda transferirla al comprador, ya que de no lograr el vendedor obtener la propiedad del carro, simplemente no podrá ejecutar sus obligaciones. Sin lugar a dudas este supuesto es digno de tratamiento y regulación. Es un supuesto complicado.

Pero el segundo caso, vale decir aquel en el cual una persona vende a otra un vehículo indeterminado, pero determinable (solo determinado en su especie y en su cantidad), no va a plantearnos mayores problemas, ya que se trata, precisamente, de un bien indeterminado.

Es evidente que cuando uno celebra cualquier contrato por el cual se compromete a dar en propiedad o en otra condición o calidad, bienes indeterminados, en las más de veces, dichos bienes no pertenecerán en propiedad a quien se obliga a transferirlos, dado que existe una razón fundamental para presumir ello: si no se ha efectuado una determinación o precisión de los mismos al momento de la celebración del contrato, esto será, en la mayoría de casos, porque las partes desconocen de qué bien de dicha especie se tratará, y este desconocimiento, a nuestro entender, solo podría justificarse en que dicho bien no es conocido por los contratantes, en que dicho bien no pertenece al patrimonio de ninguno de ellos (aunque pueda darse el caso que los bienes pertenezcan al patrimonio del vendedor, pero éste no haya decidido cuál vender al momento de la celebración del contrato).

Es por tal razón que sostenemos que en el caso de los bienes inciertos, a pesar de que éstos revistan el carácter de ajenos (y también podría tratarse de bienes futuros) deberá dárseles el tratamiento de bienes presentes, es decir, que si se tratase, como en el ejemplo anotado, de un contrato de compraventa, no debería aplicársele ninguna de las normas de excepción respecto de los bienes ajenos o futuros, sino que deberá regirse —exclusivamente— por las normas generales del contrato de compraventa, tal y como si se tratase

de un bien propio, siéndole de plena aplicación (lo que resulta evidente) las normas relativas a las obligaciones de dar bienes inciertos.

Similar opinión tenemos de los bienes fungibles que al momento de la celebración del contrato no pertenezcan en propiedad al vendedor, ya que se trata de bienes que por lo general no pertenecerán a aquel al momento de la celebración del contrato. Para el caso de dichos bienes fungibles, vale decir, aquellos en los que cada uno equivale al otro y son plenamente intercambiables, deberá ser de aplicación el tratamiento general (y no alguno específico) de las normas relativas al contrato de compraventa, además, naturalmente, de las normas relativas a dicho tipo de bienes, contenidas en los artículos 1142 a 1147, referidos a las obligaciones de dar.

El anterior planteamiento se basa en las mismas razones que hemos esgrimido para el caso de los bienes determinados.

Todo lo antes expuesto reduce inmensamente el campo de la contratación sobre bienes ajenos, y —en especial— la del contrato de venta de bien ajeno, además de la aplicación específica de las normas previstas en el Código Civil para estos supuestos. En conclusión, solo serán aplicables dichas normas para los supuestos de contratos sobre bienes ajenos que sean determinados (ciertos), al momento de la celebración del contrato.

Se debe tener presente que esta fue una de las excepciones más importantes que dieron la doctrina y jurisprudencia francesas en el siglo XIX para sustraer de la nulidad del artículo 1599 del Código Napoleón a los contratos sobre bienes ajenos que se celebraran sobre bienes indeterminados o fungibles.

Pero ahora, nosotros no necesitamos ratificar dicha excepción como causal de salvación de un acto jurídico, sino lo hacemos como fundamento doctrinario básico para determinar cuál debe ser su tratamiento.

El Doctor Manuel de la Puente y Lavalle,[2] coincide con nuestras apreciaciones acerca de los diversos contratos susceptibles de tener como objeto de sus prestaciones bienes

---

[2] El Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, *Manuel. El Contrato en General*, primera parte, tomo III, páginas 436 a 439), refiriéndose a nuestro trabajo «Los Contratos Sobre Bienes Ajenos», anota las siguientes expresiones:

«Considera CASTILLO que, además del contrato de compraventa, pueden darse otros contratos sobre bienes ajenos, citando los siguientes:

a) El contrato de permuta.

Dada su similitud con el contrato de compraventa, y estando a lo dispuesto por el artículo 1603 del Código Civil, serán aplicables a la permuta los comentarios que se hagan al contrato de compraventa.

b) El contrato de suministro.

De conformidad con el artículo 1604 del Código Civil, por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones continuadas o periódicas de bienes.

Tal como se expresa en la Exposición de Motivos de este artículo, las prestaciones a que el contrato se refiere son de entrega de bienes en propiedad, en uso o en goce.

El suministro de bienes ajenos supone, por consiguiente, que el suministrante adquiera con posterioridad a la celebración del contrato el título sobre los bienes que le permita obligarse a nombre propio, y como titular del derecho, a transferir la propiedad o a ceder el uso y el goce.

c) El contrato de donación.

Tomando en consideración que en virtud de este contrato el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien, le son aplicables *mutatis mutandis* las disposiciones sobre el contrato de compraventa.

d) El contrato de mutuo.

En virtud de este contrato el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o bienes consumibles, estableciendo el artículo 1654 del Código Civil que con la entrega del bien mutuado se desplaza la propiedad al mutuatario.

Consecuentemente, se trata de un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad del bien mutuado al mutuatario, razón por la cual también le son aplicables *mutatis mutandis* las reglas sobre la compraventa.

e) El contrato de arrendamiento.

Según el artículo 1666 del Código Civil, por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida.

Tratándose de una cesión de uso en la cual el arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado, en el plazo, lugar y estado

ajenos, y señala, en criterio que compartimos, que los principales problemas planteados por la doctrina al respecto, se circunscriben al contrato de compraventa.

Entendemos por venta de bien ajeno, en estricto, a aquel contrato de compraventa celebrado entre un vendedor que no es propietario del bien que vende, y un comprador

---

convenidos (artículo 1678), es posible que el arrendador se obligue a ceder el uso de un bien ajeno, pero para ello será necesario que previamente a la ejecución de la relación jurídica obligatoria, el arrendatario adquiera la disponibilidad de la cesión a fin de que pueda ejecutar —debidamente legitimado— la prestación de dar (entregar).

Recuérdese que la obligación de ceder el uso la asume el arrendador a título propio, esto es como si tuviera la potestad de hacerlo.

f) El contrato de comodato.

En virtud de este contrato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo y luego lo devuelva.

Obsérvese que el comodante no sólo se obliga a entregar el bien al comodatario sino también cederle su uso, de tal manera que tratándose de bienes ajenos el comodante debe actuar frente al comodatario como titular no sólo del derecho de entregar legítimamente el bien sino también del derecho de ceder su uso.

Estos títulos debe adquirirlos el comodante con anterioridad al momento en que debe efectuarse la entrega del bien.

g) El contrato de depósito.

De conformidad con el artículo 1814 del Código Civil, por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante.

Me parece que en este contrato, que es naturalmente gratuito, el único usualmente obligado es el depositario, quien no asume la obligación de entregar un bien ajeno como si fuera propio, sino de prestar un servicio, que es el de custodiar el bien ajeno y devolverlo, por lo cual queda fuera del ámbito de los contratos sobre bienes ajenos, que recae sobre bienes y no sobre servicios.

h) El contrato de renta vitalicia.

El artículo 1923 del Código Civil dispone que por la renta vitalicia se conviene la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible, para que sean pagados en los períodos estipulados.

Dado que el obligado a entregar los bienes que constituyen la renta debe tener la disponibilidad de los mismos, cabe que esta obligación la adquiera respecto de bienes que son ajenos al momento de celebrar el contrato, por lo cual éste puede quedar comprendido en la problemática de los contratos sobre bienes ajenos».

común y corriente; surgiendo de este contrato, como en cualquier compraventa, la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien al comprador y la obligación del comprador de pagar su precio en dinero o signo que lo represente.

En tal sentido, la venta de bien ajeno ideal sería aquella en donde comprador y vendedor supiesen que el bien es de propiedad de un tercero; pero somos conscientes de que en la mayoría de casos ello no será así.

2. Obligación del vendedor de informar al comprador sobre el carácter ajeno del bien

El Doctor De la Puente considera[3] respecto del artículo 1539, lo siguiente:

> Este artículo ha merecido un agudo comentario de MOSQUEIRA que ha despertado mi más vivo interés. Por ello, me permito hacer algunas reflexiones sobre el mismo, aunque no con la hondura que quisiera, dado el carácter general de este trabajo.
>
> Como se ha visto, mediante el contrato de compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.
>
> El bien puede ser propio o ajeno del vendedor, ello no afecta la esencia del contrato. Lo que sí es substancial es que en la compraventa es el vendedor, y sólo él, quien queda obligado a transferir la propiedad del bien, de tal manera que esa obligación sólo puede ser cumplida por el vendedor, no por un tercero —salvo el caso de la legitimación—.
>
> *El vendedor puede revelar u ocultar al comprador que el bien es ajeno* (La cursiva es nuestra).
>
> Si lo revela, ambas partes conocen que el bien es ajeno, dando lugar a la figura contemplada en el artículo 1537 del

---

[3] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*, primera parte, tomo III, páginas 442 a 444.

Código Civil, pues ya se ha visto que este artículo comprende la hipótesis de que el promitente adquiera el bien para transferirlo al promisario, lo que ocurrirá automáticamente por efecto del artículo 1538. *Este es el régimen del Código Civil peruano y hay que respetarlo* (La cursiva es nuestra).

Si lo oculta, se produce la verdadera venta de bien ajeno, pues sólo el vendedor tiene la certeza que el bien no le pertenece, estando el comprador en la incertidumbre de que el bien sea propio o ajeno del vendedor.

Se ha visto que es connatural a la venta de bien ajeno la existencia de un plazo suspensivo inicial, computado a partir de la celebración del contrato, que permita al vendedor adquirir la propiedad del bien para transferirla, a su vez, al comprador.

Si durante el decurso de este plazo el comprador llega a conocer que el bien no pertenece al vendedor, tendrá la certeza, de la que carecía antes, que el vendedor debe adquirir la propiedad del bien de su verdadero dueño para que, vencido el plazo, pueda cumplir su obligación de transferirle dicha propiedad.

La situación del comprador no es igual en uno u otro caso. Si él tiene la incertidumbre respecto a si el bien es propio o ajeno del vendedor, indudablemente preferirá que realmente ocurra lo primero, pues así no existirá inconveniente alguno para que, al vencimiento del plazo, el vendedor le transfiera la propiedad del bien. En cambio, si ocurre lo segundo, corre el riesgo que el vendedor no llegue a adquirir la propiedad del bien y no pueda, por consiguiente, transferírsela.

Cuando el comprador llega a tener la certeza de que el bien no pertenece al vendedor, se ha materializado el riesgo, pues queda en evidencia que el vendedor se encuentra en el albur de adquirir o no la propiedad (La cursiva es nuestra).

Para paliar el impacto de este riesgo es que el artículo 1539 del Código Civil permite al comprador, como alternativa, pedir la rescisión del contrato, con lo cual el comprador quedará liberado de la obligación de pagar el precio.

Refiriéndose al ordenamiento civil italiano dice Luzzato lo siguiente: Bien distinta de las hipótesis hasta ahora consideradas es aquella del vendedor que ha vendido como cosa propia la ajena, mientras que el comprador ignoraba que la cosa era de otro. A esta hipótesis, en la que siempre se da la ignorancia del comprador, se puede equiparar aquella del vendedor que no ha declarado que la cosa es ajena: dada, en efecto, la naturaleza de la venta de cosa individualmente determinada, destinada a transmitir la propiedad al comprador por efecto del solo consentimiento, el vendedor, por el hecho mismo de vender cosa individualmente determinada, ha hecho nacer en el comprador la confianza en una adquisición inmediata de la propiedad del vendedor. En estas hipótesis, pues, el comprador no está obligado a estar en espera del cumplimiento por parte del vendedor, esto es, a esperar que el vendedor le procure la cosa en un plazo prudencial, sino que puede actuar inmediatamente para reclamar la disolución de la relación contractual mediante una acción que el nuevo Código llama de resolución.

Si bien esta opinión de Luzzato no es de exacta aplicación al régimen peruano, pues en éste no existe la adquisición inmediata de la propiedad, pone de manifiesto que la pérdida de la confianza en una transferencia oportuna de la propiedad por parte del vendedor, concede al comprador el derecho de no esperar el cumplimiento por parte del vendedor, sino que puede actuar inmediatamente para pedir la resolución del contrato.

Debe tenerse presente que en el Derecho italiano la resolución del contrato tiene, en general, efecto retroactivo, de tal manera que la resolución de que habla el artículo 1479 del Código Civil italiano tiene el mismo efecto que la rescisión de que trata el artículo 1359 del Código Civil peruano.

Debe tomarse en cuenta que no ocurre aquí un incumplimiento contractual, desde que el vendedor no se encuentra obligado, durante la vigencia del plazo suspensivo, a cumplir su obligación de transferir la propiedad, por lo cual es improcedente la acción de resolución por incumplimiento.

Hasta aquí la cita del Doctor De la Puente.

En lo que respecta a su opinión en el sentido que cuando hablamos de venta de bien ajeno, debe estar presente

necesariamente el elemento del plazo, consideramos a este criterio como sumamente acertado.

Respecto del punto en el cual el Doctor De la Puente señala que el hecho de que el bien sea propio o ajeno del vendedor no afecta a la esencia del contrato, la consideramos también una afirmación acertada. Resulta, sin embargo, contradictoria su posición en el sentido que es sustancial en la compraventa que sea el vendedor, y solo él, quien queda obligado a transferir la propiedad del bien, de tal manera que esa obligación solo puede ser cumplida por el vendedor, no por un tercero —salvo el caso de la legitimación—, ya que anteriormente había sustentado el criterio de que cuando el bien sea ajeno y ambas partes sepan tal carácter, deberá regirse necesariamente este supuesto por lo establecido en el artículo 1537, norma que permitiría al contratante (vendedor) cumplir con sus obligaciones, sea a título personal o a través de un tercero, punto sobre el cual hemos manifestado nuestro desacuerdo, ya que como lo hemos expresado, por un lado afirma que es solo el vendedor el obligado a transferir la propiedad del bien ajeno, mientras que por el otro, sostiene que puede hacerlo tanto el vendedor como el tercero, propietario del bien al momento de la celebración del contrato.

Estimamos que el tercero-propietario podría pagar, pero solo si lo hace a nombre del vendedor del bien ajeno, se estaría ejecutando la obligación de este último, emanada del referido contrato.

Respecto a la posición esgrimida por el Doctor De la Puente acerca de la venta de bien ajeno con desconocimiento del comprador del carácter ajeno del bien, debemos señalar que no la compartimos, por las razones que se consignan a continuación.

De la Puente considera que por el hecho de que los bienes ajenos pueden constituir el objeto de una prestación contractual y, precisamente, el objeto de la prestación del vendedor en el contrato de compraventa, el comprador asumiría una especie de riesgo al comprar dicho bien, riesgo que consistiría en que el bien comprado pudiera ser propio o ajeno.

Esto no es así.

Cuando una persona compra a otra un bien no presupone la existencia de ningún riesgo, vale decir, el riesgo de que dicho bien sea propio o ajeno del vendedor. Dicho comprador compra en la seguridad de que el bien es propio de quien se lo vende, salvo que ambas partes hubiesen pactado, con pleno conocimiento de que el bien no pertenecía al vendedor, un contrato de compraventa de bien ajeno.

A pesar de no existir ninguna norma legal que ampare nuestra anterior afirmación, tenemos a los artículos relativos a las obligaciones de saneamiento, y en especial, las normas del saneamiento por evicción, las que están destinadas a buscar una reparación en favor del contratante que viese perjudicado su derecho por existir con anterioridad a la celebración del contrato, un mejor derecho por parte de un tercero, ajeno a la relación contractual, y una sentencia judicial o administrativa firme que así lo respalde.

Siendo el contrato de compraventa uno de los actos comprendidos dentro del probable saneamiento por evicción, las normas de este último resultan una garantía en favor del comprador que compra lo ajeno sin saberlo, a la vez que una sanción (fundada en la respectiva indemnización) contra quien vendió lo ajeno, de modo tal que cuando se señala que «el vendedor puede revelar u ocultar al comprador que el bien es ajeno», este ocultamiento no es gratuito, pacífico y sin efectos, ya que dicho vendedor será pasible de sufrir cuatro tipos de consecuencias:

(a) La indemnización establecida por los artículos relativos a la venta de bien ajeno (en especial el 1541); o
(b) La indemnización establecida por las normas relativas al saneamiento por evicción (artículo 1491 a 1502); y
(c) La pena privativa de la libertad con la que el Código Pe-

nal sanciona al delito de estelionato (artículo 197, inciso 4); y

(d) La respectiva reparación civil generada por efectos de la sentencia penal condenatoria.

Sencillamente, estas cuatro son las consecuencias a las que se somete quien venda lo ajeno ocultando esta condición.

En lo referente a la acción de rescisión prevista en el Código Civil (artículos 1539 y 1540) para el comprador de lo ajeno que descubre tal condición del bien con posterioridad a la celebración del contrato, no podemos dejar de señalar en esta parte de nuestro trabajo el fundamento de la misma dado por el Doctor De la Puente[4] y referido a dicho supuesto riesgo del que nos acabamos de ocupar: «La razón de que la acción concedida al comprador sea la de rescisión radica en que la certidumbre sobre el riesgo existía desde el momento de la celebración del contrato y la certeza de que el bien es ajeno no hace sino materializar un riesgo que se encontraba en potencia en dicho momento. El bien ya era propio cuando se celebró el contrato».

3. Posiciones de la doctrina y la legislación

3.1. Contrato nulo

Respecto del contrato de venta de bien ajeno hemos realizado un estudio de los antecedentes del mismo en el antiguo Derecho Romano, el Derecho Español de los Siglos VII a XIX, y el Derecho Francés, específicamente, a través del Código Civil (1804), fuentes que influyeron en el proceso codificador peruano.

Para abordar el tema en el antiguo Derecho Romano, hemos recurrido a determinadas fuentes bastante significativas y representativas del mismo. Concretamente, lo hemos hecho respecto de las Instituciones y el Digesto del Emperador Justiniano, y las Instituciones de Gayo.[5]

[4] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*, primera parte, tomo III, página 444.

[5] Antes de abordar el tema mencionado en el título precedente, debemos hacer una aclaración; si bien trataremos acerca del contrato de venta de bien ajeno en el Derecho Romano, lo haremos circunscribiendo el estudio del tema a determinadas fuentes legislativas. Concretamente, nos referiremos a las Instituciones y al Digesto, recopilaciones legislativas elaboradas por órdenes del Emperador Justiniano, y a las Instituciones de Gayo.

René Foignet (FOIGNET, René. *Op. cit.*, tomo I, página 408) establece las dos características fundamentales del contrato de compraventa en el Derecho Romano:

1. «En Derecho Romano el vendedor no se obligaba a transferir la propiedad al comprador, sino a transferirle todos los derechos que podía tener sobre la cosa vendida [...]
2. En Derecho Romano, cuando el vendedor era propietario de la cosa vendida, la venta no operaba, por ella misma, transferencia de propiedad al comprador. La propiedad no era adquirida por el comprador sino por el empleo de uno de los modos de transferencia de propiedad: *Mancipatio, Cessio in Iure* o tradición. Vender y enajenar eran por tanto, dos términos diferentes».

En principio, los bienes que pueden ser vendidos en el Derecho Romano son aquellos que se encuentran dentro del comercio de los hombres, mas no así los bienes que están fuera de él. Es dentro de este marco que analizaremos los supuestos de compraventa de bienes ajenos, tema que como veremos más adelante, ha servido de valiosa fuente de estudio doctrinario posterior.

En D. 18.1.27, Paulo, comentando a Sabino, señala que el que compra de cualquiera una cosa que cree que es de aquel mismo, compra de buena fe. Esta es la regla general.

En D.18.1.28, Ulpiano, en sus comentarios a Sabino, señala que no hay duda alguna de que cualquiera puede vender una cosa ajena, porque hay compra y venta; pero puede quitarse la cosa al comprador.

Como vemos, en este párrafo, se recoge el principio de la validez del contrato de compraventa de cosa ajena; haciéndose la salvedad de que puede quitarse la cosa al comprador.

En el Derecho Romano regía el principio por el cual ninguno puede transferir más derechos de los que tiene.

Respecto de la compraventa de bienes ajenos, nadie podía transferir la propiedad de un bien ajeno, mas sí obligarse a ello.

Ulpiano, en sus Comentarios a Sabino, Libro 29 (D.41.1.20) señala que la entrega no debe, ni puede transferir al que recibe nada más que lo que hay en poder del que entrega; señala como ejemplo que si uno tuvo el do-

minio de un fundo, lo transfiere al entregarlo; y si no lo tuvo, no transfiere nada al que lo recibe.

En el Derecho Romano se admitía la validez de la venta de bienes ajenos, ya que se consideraba que el vendedor contrataba, no obligándose a transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida, sino para entregarle su pacífica posesión (AUBRY, C. y RAU, C. *Op. cit.*, tomo IV, página 354). Esto es ratificado por Foignet (FOIGNET, René. *Op. cit.*, tomo I, página 419), cuando señala que en Roma la venta no era considerada como una «enajenación», agregando que el vendedor podía contratar válidamente de este modo en cuanto a una cosa de la cual él no era actualmente propietario, ya que para ejecutarla, él no tendría sino que procurarse el objeto y transferirlo en seguida al comprador.

Como señala Guillouard (GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 198), en el Derecho Romano «el vendedor no estaba obligado por ningún motivo a transferir la propiedad del objeto vendido: él debía solamente entregar al adquirente la pacífica posesión *Vacuam Possesionem, Tradere*».

Baudry-Lacantinerie (BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo III, páginas 318 y 319), al citar un ejemplo de venta de una cosa ajena, anota que «ningún obstáculo se opondría a que la convención sea válida, pues la ejecución de una obligación semejante es posible a la continuación de los arreglos tomados con el propietario (por el vendedor, naturalmente)».

La validez de la venta de cosa ajena estaba recogida en el principio romano *REM ALIENAM DISTRERE QUEM POSSE NULA DUBITATIO EST*, lo que es ratificado por Pothier cuando afirma que se podía vender válidamente la cosa propia, e incluso la ajena, sin el consentimiento de aquel que es el propietario de la misma (GUILLOUARD, L. *Op. cit.* tomo I, página 198).

Todo esto, naturalmente, estaba regido bajo el principio de que nadie puede dar más derechos de los que tiene, por lo que, el vendedor, para poder proporcionar al adquirente la pacífica posesión del bien ajeno, debía previamente, convertirse en propietario del mismo, para, por medio del empleo de uno de los medios de la transferencia de propiedad del Derecho Romano, poder transferir la misma al comprador, como ya vimos cuando citamos a Foignet. De no contar con el asentimiento del verdadero propietario, todo se resolvería en el pago de daños y perjuicios. Esto es ratificado por Laurent (LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, página 105).

Guillouard (GUILLOUARD, L. *Op. cit.* tomo I, página 199) agrega una razón fundamental para explicar por qué en el Derecho Romano era válida la venta de la cosa ajena:

«Nosotros podemos vender todo aquello que está dentro del comercio, sea que nosotros lo poseamos ya, sea que, el objeto no estando todavía dentro de nuestro patrimonio, nosotros podríamos adquirirlo en el futuro: ésta es la decisión formal de una ley romana, la ley 34.1, De contrahenda emptione: '*OMNIUM RERUM, QUAS QUIS HABERE, VEL POSSIDERE, VEL PERSEQUI POTEST, VENDITIO RECTE FIT*'.

¿Cuál es desde este punto de vista, el verdadero carácter jurídico de la cosa ajena? Este es un objeto que está en el comercio, que el vendedor no

tiene aún en su patrimonio, pero que él puede comprar, *REM QUAM QUIS HABERE POTEST*: este objeto puede por tanto, ser vendido como cualquier otro».

La línea de pensamiento antes citada es compartida por Troplong (TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 305); Mourlon (MOURLON, Frédéric. *Op. cit.*, tomo III, página 236); Duranton (DURANTON. *Op. cit.*, tomo I, página 69); Demante y Colmet de Santerre (DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo VII, página 52) y Rogron (ROGRON, J.A. *Op. cit.*, tomo II, página 2080).

En abono de ratificar la tesis en el sentido de que el Derecho Romano permitía la venta de la cosa ajena, es que señalaremos en adelante diversos casos en los que se hace referencia sobre el particular, contenidos en el Digesto.

En el Libro Cuadragésimo Primero del Digesto, Titulo II, relativo a la adquisición o pérdida de la posesión encontramos las siguientes notas:

A. Marcelo señala que si uno, de buena fe compró un fundo ajeno, lo tomó a su dueño por arrendamiento, es evidente que habrá dejado de poseerlo (D.41.2.19).
B. Marciano (D.41.2.43) señala que alguno hubiere comprado un fundo, del cual sabía que una pequeña parte era ajena, si sabía que era ajena estando dividida, puede adquirir con la larga posesión las otras partes; y si estaba indivisa, aunque ignore cuál sea la parte propia y cuál la parte ajena, podía él adquirir igualmente, porque sin perjuicio de nadie pasa al comprador mediante la larga posesión la parte que se considera es del vendedor.

En el Digesto 41.2.43.1 se señala que si se supiera o juzgase que el derecho de usufructo era ajeno, éste se puede adquirir con buena fe por la posesión de largo tiempo.

En el Título III, relativo a las usurpaciones y usucapiones, del ya mencionado Libro Cuadragésimo Primero del Digesto, encontramos las siguientes notas:

Paulo señala (D.41.3.4.18) que si antes que pariese, el comprador hubiese sabido que era ajena, (parece referirse a un animal o a una esclava), hemos dicho que él no puede usucapir; pero que si lo hubiere sabido, podía, pero si cuando ya hubiese usucapido hubiere sabido que era ajena, debemos mirar al comienzo de la usucapión como se determinó respecto a las cosas compradas.

Según Ulpiano, en sus comentarios al Edicto; Libro XVI (D.41.3.10), si una cosa ajena hubiera sido comprada de buena fe, para que corra la usucapión se exige que tenga buena fe, según la opinión de Sabino y de Cassio (y no al momento del comienzo de la compra).

Respecto de los casos de compraventa de bien ajeno por el heredero aparente, Gayo (D.41.3.36) señala que puede acaecer de muchos modos que alguien engañado por algún error, venda acaso o done como suya una cosa ajena, y que por esto pueda ser usucapida la cosa de buena fe, por ejemplo, si el heredero hubiere enajenado, creyendo que era de la heren-

cia, una cosa dada en comodato o en arrendamiento.

Señala asimismo, (D.41.3.36.1) que si alguien engañado por alguna apreciación hubiere creído que le pertenecía una herencia, que no le perteneciera, y hubiere enajenado una cosa de la misma, o si aquel a quien le pertenece el usufructo de una esclava hubiere enajenado el parto de ésta, creyendo que era suyo, porque también la cría de los ganados le pertenece al usufructuario.

Respecto de la usucapión del heredero de quien compró de buena fe una cosa ajena, Papiniano (D.41.3.43) señala que el heredero que de buena fe compró una cosa no la usucapirá sabiendo que era ajena, si a él mismo se le hubiera entregado la posesión, pero la continuación no será impedida por el heredero.

Respecto a la ratificación del propietario en la venta de un bien ajeno, Papiniano señala en el D.41.3.44.1, que es sabido, que si se vendiese una cosa sabiendo el comprador que era ajena, pero el vendedor se la entregara al tiempo de la entrega, y la cosa se hace del comprador.

Respecto a la compra de cosa ajena por parte de un hijo de familia, que ignoraba haber sido hecho padre de familia, Papiniano (D.41.3.44.4) señala que un hijo de familia, comprador de una cosa ajena, ignorando que él había sido hecho padre de familia, comenzó a poseer la cosa que se le había entregado, usucapirá habiendo habido buena fe al principio de la posesión aunque éste por error creyese que él era tal que no podía poseer ni cosa adquirida por causa del peculio.

Papiniano señala además que lo mismo ha de decir también si por no leve presunción creyere que la cosa comprada fue a su poder por virtud de la herencia del padre.

Paulo en el Digesto 41.3.48, señala que si creyendo una persona que debiendo una cosa a otra, se la entregara, se seguirá la usucapión solamente si también esa otra persona creyera que se la debía. Otra cosa será si creyera la primera persona que estaba obligada por causa de venta, y por esto hiciera la entrega; porque en este caso si no precediera la venta, no tiene lugar la usucapión a título de comprador.

Señala que la causa de la diversidad consiste en que tratándose de las demás causas se atiende al tiempo del pago; y no importa que cuando una persona estipula, sepa o no, que la cosa es ajena; porque basta que esa persona crea que es suya cuando se le paga; pero en la compra se atiende así al tiempo del contrato, como a aquel en que se paga y el que no compra no puede usucapir como comprador ni a título de pago, como en los demás contratos.

Paulo (D.41.4.2.) señala que posee como comprador el que verdaderamente compró; y no basta solamente que él esté en tal creencia, que juzgue que posee como comprador, sino que debe subsistir la causa de la compra. Pero si creyendo una persona que le debía una cosa a la otra, se la entregara y esta última la ignoraba, la usucapirá.

Paulo sostiene, seguidamente, que si una persona creyese que la vendió a otra y se la entregara, esta última persona la usucapirá, porque en

los demás contratos basta que se atienda al tiempo de la entrega; y así pues, si a sabiendas estipulara una persona sobre la cosa de otro (se entiende que como comprador), la usucapirá, si cuando se le entrega creyese esa persona que era de un tercero; pero en la compra se atiende también al tiempo en que se contrata; así, pues, debe haber comprado de buena fe y haber alcanzado de buena fe la posesión.

Paulo (D.41.4.2.1) señala que la causa de la posesión es distinta que la de usucapión; porque se dice con verdad que uno compró, pero con mala fe a la manera que posee como comprador el que a sabiendas compró una cosa ajena aunque no la usucapía.

Si el esclavo de una persona compró a nombre del peculio una cosa que sabe que es ajena, aunque esa persona ignore que es ajena, no la usucapirá (D.41.4.2.10).

Si una persona comprase a sabiendas una cosa ajena que otro usucapía, no la usucapirá (Paulo, D.41.4.2.17).

Paulo establece además que si el difunto hubiere comprado de buena fe una cosa, esta será usucapida aunque el heredero sepa que era ajena (D.41.42.19). Por último Paulo señala que si uno hubiera comprado una cosa ajena, y si al usucapirla esta persona, su dueño le pidiere la misma cosa, no se interrumpe la usucapión de la primera con la contestación de la demanda (D.41.4.2.21).

Según Javoleno (D.41.4.4) el comprador de un fundo que no había ignorado que era parcialmente ajeno, no usucapirá nada del fundo con la posesión larga; si ignoraba cuál era la parte ajena; pero si sabía cuál era ésta, con la posesión larga podría usucapir las demás partes.

El jurista antes mencionado, continúa señalando que si el que compraba todo un fundo sabe que una parte indivisa era ajena, tendrá el mismo derecho; pues solamente ésta no la usucapirá; y no se impedirá la usucapión de las otras partes por la larga posesión.

Según Juliano, el que de buena fe compró un fundo ajeno y perdió su posesión, y después la hubiese recuperado a tiempo de que sabe que la cosa era ajena, no la usucapirá por el largo tiempo, porque no carecerá de vicio al comienzo de la segunda posesión.

Señala que no es semejante al que al tiempo de la compra cree que el fundo es del vendedor, pero cuando se le entrega sabe que es ajeno, no tiene lugar la usucapión, aunque antes que lo vendiese, hubiere estado en situación de usucapirlo. Establece que el mismo derecho hay respecto al que echando de un fundo hubiere recuperado por interdicto la posesión, sabiendo ya que era ajeno (D.41.4.7.4).

Por último agrega que cuando uno a sabiendas vendió un fundo ajeno al que lo ignora, no se interrumpe la larga posesión (D.41.4.7.6).

Scévola (D.41.4.13) señala que cuando uno compró de buena fe un solar ajeno, y comenzó a edificar antes de haber completado la posesión de largo tiempo, habiéndole hecho la denuncia el dueño del solar, continuó dentro del término de la posesión de largo tiempo, no se habrá interrumpido la posesión comenzada.

En el Título Décimo Octavo del Digesto, encontramos menciones específicas respecto a la validez para el Derecho Romano del contrato de compraventa de bien ajeno. Intentando seguir los comentarios de los tratadistas franceses Foignet, Guillouard y Baudry-Lacantinerie, podemos explicar cuáles eran las razones de esta validez. Ella, fundamentalmente, se basaba en que:

(a) En Roma el contrato de compraventa era meramente obligacional, no siendo por sí mismo traslativo de propiedad;
(b) A lo que se obligaba el vendedor no era, en estricto, a transferir la propiedad del bien vendido, sino a garantizar en adelante, al comprador, la tranquila posesión del mismo;
(c) Se suponía que cuando las partes celebraban un contrato de estas características, lo hacían en el entendido supuesto de que el vendedor tomara los arreglos necesarios con el propietario de la cosa, para poder, después de adquirir la misma, efectuar su transferencia al comprador.

Finalmente, debemos señalar que en las Instituciones de Gayo, numerales 62, 63 y 64, encontramos dentro del Comentario Segundo, relativo al Derecho de las Cosas, una referencia acerca de la enajenación de cosas por quien no es su dueño. El mencionado jurista señala lo siguiente:

«Sucede, a veces, que el que es dueño no tiene la potestad de enajenar una cosa, y el que no es dueño puede enajenarla. Así, en virtud de la ley Julia, el marido tiene prohibido enajenar el fundo dotal sin consentimiento de su mujer, aunque suyo por haberlo recibido a causa de dote mediante una mancipatio, o por cesión ante el magistrado, o por haberlo usucapido. Pero se duda si este derecho se aplica sólo a los funcionarios itálicos o también a los provinciales. Por el contrario, el agnado curador de un loco puede enajenar una cosa de éste, en virtud de lo dispuesto en la Ley de las XII Tablas; del mismo modo, el procurador [...] también el acreedor puede enajenar la prenda en virtud de pacto, aunque la cosa no sea suya. Pero esto quizá se hace así porque se considera que la prenda es enajenada con la voluntad del deudor, el cual pactó que al acreedor le fuera permitido vender la prenda sino fuera pagada la deuda».

(d) El contrato de compraventa tenía el carácter de *res inter alios acta,* es decir, que solo surtía efecto entre las partes y no en relación al tercero, propietario del bien.

Otro de los Derechos que influyó decisivamente en el Peruano, fue el Derecho Español. Respecto de este último, hemos hecho un estudio acerca de la compraventa de bien ajeno en las más importantes recopilaciones legislativas de la España de los siglos VII a XIX.[6]

---

[6] Como sabemos, el Derecho Español de la Edad Media, estuvo marcado por los Fueros, que eran diversas recopilaciones de leyes, que, siendo en su mayor parte de carácter municipal, solían constituir regímenes que implicaban ciertas situaciones de excepción.

Sin duda, el concepto de Fueros, evolucionó con el correr de los siglos, transformándose, de recopilaciones de privilegios, en conjuntos de normas que designaban el derecho territorial de extensas regiones (siglos XII y XIII).

El Fuero Juzgo es una compilación española de la Edad Media que recopiló Leyes Visigodas y Romanas. Tuvo vigencia a partir del siglo VII, y prácticamente durante toda la Edad Media, pudiéndose decir de ella, que fue la más conocida e importante de las recopilaciones de Leyes de carácter municipal que tuvo España en dicho período de su Historia.

En el Fuero Juzgo hallamos algunas menciones acerca de las cosas que pueden constituir objeto del contrato de compraventa. Así, encontramos alusiones concretas a los contratos de compraventa de bienes ajenos; de cosas litigiosas; de hombres libres; y de hijos por parte de sus padres.

Respecto del primero de los casos mencionados, en el Libro Quinto del Fuero Juzgo, relativo a los Convenios y las Compras, numeral VIII, se establece que si algún hombre libre toma o compra una cosa ajena, sabiendo que tiene tal carácter, si el señor de la cosa lo pudiese demostrar ante aquel que la hubiese tomado, éste deberá pagar el señor de la cosa tres duplos. Si quien la tomó o compró fuese un hombre franqueado (liberado), deberá pagar el duplo; y si fuese siervo, y la tomara sin la voluntad del señor; deberá pagar la cosa y recibir azotes.

Más adelante, en el numeral IX se establece que si alguno vende o da cosas ajenas, el comprador no debe sufrir ningún perjuicio; pero aquel que la vende o da, deberá pagar el duplo de lo que recibió por parte del comprador, al señor o dueño de la cosa, además de devolver el precio recibido al comprador. Esta disposición también era aplicable para el caso en que se vendieran siervos.

También existe una alusión al contrato de compraventa de bienes ajenos, en el numeral XIV, relativo a las ventas de los siervos, cuando se se-

ñala que las cosas que son ajenas no las puede vender ninguno sin la voluntad de su señor; y por lo tanto, la ley antigua que mandaba deshacer las ventas de los siervos ajenos no era sin daño de sus señores, consideran mejor modificar esta ley «que seguir incurriendo en el error de quienes la redactaron».

En tal sentido, se establece que si algún hombre, sabiendo que un siervo o una sierva son ajenos, recibiera de ellas casa, vino, servicios, etc., tal hecho no vale, ni aquel que se obligó a pagar, estará en la obligación de hacerlo. Se considera que es conforme a derecho, pierda aquello que dio quien pagó, porque quiso ganar lo ajeno por codicia.

Se señala además, que si el siervo o la sierva vendiere algún animal, algunos ornamentos, u otras cosas que hubiesen sido dadas por su señor o por cualquier otro hombre para vender, esta venta debe valer, aunque el señor del siervo o de la sierva quisiera deshacer la venta, y decir que la cosa es suya y no del siervo; no se debe deshacer la venta, a menos que el señor pruebe, o por buenos testimonios o por su juramento, que aquello no era del siervo y que éste lo vendió sin voluntad de aquél.

En la Ley de las Siete Partidas, era válida la venta de la cosa ajena. En la Ley XIX se establece que si un hombre vende a otro una cosa ajena, esta venta es válida, constituyendo la regla general.

Se considera, en esta línea de pensamiento, que quien compra, o sabe que aquella cosa no es de aquel que se la vende, cree que es suya. Pero si sabe el comprador que la cosa es ajena, y le causase después perjuicio a quien es el propietario de la misma, el comprador no estará obligado, en este caso, a retornar el precio al comprador.

Distinto sería el caso si cuando el vendedor se la vendió, se obligó a devolverle el precio pactado, si el verdadero propietario de la cosa la demandase posteriormente y la recobrase.

Si el comprador no supiese que la cosa era ajena cuando la compró, en este caso el vendedor no estaría obligado tan solo a devolver al comprador el precio, sino que además estará obligado a pagarle todos los daños y perjuicios que hubiese sufrido en razón de aquella venta que él hizo.

En la Ley XXXIII, se contempla el caso en el cual el propietario de una cosa que ha sido vendida por otro, puede demandar al comprador que la tuviese; pero si el comprador llamase a aquel que se la vendió para que venga a defenderlo en juicio, de aquella cosa que el vendió, y a responder sobre ella al demandante, si el vendedor quiere entrar con el demandado en juicio para ampararla, obligándose a hacer derecho sobre ella, tal como si él la tuviese, entonces el demandante no tendrá razón de demandar al comprador, sino más bien deberá demandarla a aquel que se la vendió, y no perturbar al que la compró.

Pero, si el vendedor no quisiere entrar en juicio con el demandante sobre la cosa, entonces podrá demandarla al comprador, quedando a salvo el derecho del comprador para demandar al vendedor para que le restituya el valor de la cosa que él vendió (los términos utilizados en la Ley XXXIII son «faga sana», cuyo significado más apropiado consideramos es el antes mencionado).

Si el rey vende o da a otro una cosa ajena como si fuera propia, pasa el señorío de la misma al comprador; pero de quien la hubiese tomado, puede pedir durante el plazo de cuatro años que él le dé el valor estimado de aquella cosa, y el rey deberá pagársela si hasta cuatro años no pidiese la estimación, ya que en adelante no podría hacerlo.

De otro lado, si el Rey tuviese una cosa en común con otros, la puede vender toda en razón de aquella parte que tiene en ella, y pasa el señorío de aquella cosa, pero a pesar de todo esto, debe dar el valor estimado a cada uno de los otros copropietarios en razón de las partes que tenían en aquella cosa.

En la Ley LVI se establece que si un hombre vendiese a otro una cosa ajena en nombre de aquel que tuviese el señorío de la misma, si el propietario ratifica la venta después de hecha, ésta vale y pasa el señorío de la cosa a aquel que la compró, a pesar de que al comienzo éste no hiciese la venta con otorgamiento del consentimiento, ni conocimiento de aquel de quien era la cosa.

Caso distinto es aquel en el cual el vendedor no la vendiese en nombre del señor de la cosa, sino en el suyo mismo. En este supuesto, si aquel que la compró sabía que era ajena y creía que era de aquel que se la vendió, entonces podrá ganar su señorío por tiempo, y el vendedor de todos modos estará obligado a devolver el precio a quien era propietario de la cosa.

Un supuesto distinto es si un hombre vende alguna cosa ajena como si fuera propia, si después de hecha la venta se pierde la cosa o se muere, (es obvio que se está refiriendo a los seres vivos) puede, si así lo quisiere el señor de la cosa, considerar la venta como firme y demandar el precio de la misma al vendedor, sea que haya sido hecha la venta en nombre del señor o no.

Como hemos visto, en el Fuero Juzgo, Libro V, numerales VIII y IX, se contempla lo relativo a la compraventa de cosas ajenas. No se sanciona expresamente su validez o prohibición, sino más bien se alude a las consecuencias que puede tener un pacto de tal naturaleza y al resarcimiento que deberán pagar y penas que deberán sufrir quienes efectúen, de manera consciente, pactos de esta naturaleza. Sin embargo, parece estar claro que el Fuero Juzgo no favorecía este tipo de convenios.

El Fuero Juzgo también menciona las distintas consecuencias que tendrán lugar en el caso de que quien compre o venda el bien ajeno sea un hombre libre, uno franqueado o un siervo.

Cabe precisar que el Fuero Juzgo no varió el criterio romano por el cual se consideraba válida la compraventa de la cosa ajena. También es importante señalar que en la regulación del particular se incluyen ya algunos supuestos muy propios de la Edad Media, lo que se manifiesta en un tratamiento distinto para determinados supuestos, en razón de quiénes contraten.

Debemos señalar, que respecto de la compraventa de cosas ajenas, el Digesto es mucho más rico que el Fuero Juzgo, ya que aquel contempla supuestos mucho más específicos que éste.

Podemos señalar además, que hemos tratado de encontrar normas relativas al contrato de compraventa de bien ajeno en otros Fueros españoles.

Concretamente, hemos consultado el Fuero Real, o Fuero de las Leyes, mandado componer, en el año de 1255, por el Rey Alfonso X, el Sabio con el propósito de unificar la legislación municipal española. Esta recopilación, puede ser considerada, hasta cierto punto, dentro del Derecho Español, como la excepción respecto del contrato de compraventa de bien ajeno, ya que se pronunciaba en contra de la misma, cuando en la Ley VI, Título X, Libro III, señalaba que «Ningún ome venda cosa, ni tierra, ni otra cosa, sin mandato o voluntad de su señor, e si alguno lo ficiere, no vala».

De otro lado, tenemos al Fuero Viejo de Castilla, cuyo texto, arreglado a la última recopilación de los Fueros Castellanos que hizo el Rey Don Pedro en el año de 1356, consultamos. Este Fuero, según Ignacio Jordán de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez (*El Fuero Viejo de Castilla.* Recopilación de Ignacio Jordán de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez. Página I del Discurso Preliminar), se constituye en «el Código Legal más respetable de la España». Este Fuero, no contiene ninguna norma relativa al contrato de compraventa de bien ajeno, cuando trata acerca del mencionado contrato en el Libro IV, Título I, De las Venditas é de las Compras.

Algo similar ocurre con el Ordenamiento de Leyes de Alcalá, el cual, a decir de los compiladores citados en el párrafo anterior (*Ordenamiento de Leyes.* Recopilación de Ignacio Jordán de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez. Página I del Discurso Preliminar), es «el momento más precioso de la Legislación Española que nos ha quedado de Don Alfonso XI», Ordenamiento que no contiene norma alguna respecto de la compraventa de bien ajeno, en el título XVII, De las Vendidas é de las Compras. Es en la Ley de las Siete Partidas que encontramos una regulación más clara y consistente acerca de los bienes susceptibles de ser objeto del contrato de compraventa en el Derecho Español.

En lo que concierne al contrato de compraventa de bien ajeno, la Ley XIX del mencionado Título V de la Quinta Partida establece su validez, como regla general; pero sin embargo, lo regula de modo minucioso y bastante casuístico, tal como observamos con la lectura de las Leyes XXXIII y LIV, anteriormente comentadas. Pero lo que debemos resaltar, es que aquí prevaleció la tradición romana.

Para algunos comentaristas españoles del siglo XIX, como es el caso de Modesto Falcón (FALCÓN, Modesto. *Op. cit.*, tomo IV, página 197), para celebrar el contrato de compraventa, no bastaba tener la aptitud general para obligarse, sino además, tener el dominio de los bienes que han de ser objeto de la compraventa; porque este contrato es un título legal de adquisición de dominio para el comprador. Según esta regla, no puede vender el que no tiene dominio. Es por ello que el mencionado tratadista considera que la venta de cosa ajena es nula, «porque nadie puede transmitir un dominio que no le pertenece».

En tal sentido, en el Libro Quinto del Fuero Juzgo, relativo a los convenios y las compras, encontramos, en los numerales VIII y siguientes, la regulación relativa al contrato bajo comentario. En principio, éste se consideraba válido, pero la regulación contemplaba determinadas sanciones para quienes contrataban de esta forma en perjuicio del comprador o del verdadero propietario del bien.

Vale decir, que el Fuero Juzgo no varió el criterio romano antes expuesto.

Sin embargo, la mencionada tendencia no rigió permanentemente en España. Una excepción (la única que hemos podido hallar) la encontramos en el Fuero Real, el cual, en la Ley VI, Título X, Libro III, establecía el criterio contrario.

Con posterioridad, el Derecho Español retornó al principio romano, tal y como lo comprobamos al revisar la Ley

Otros, como Clemente Fernández Elías (FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Op. cit.*, tomo IV, página 254) optan porque podrán comprar y vender todos aquellos que tengan la capacidad legal para hacerlo, y no tengan un impedimento expreso; vale decir, que no se requeriría ser propietario del bien vendido al momento de la celebración del contrato.

Una de las opiniones más claras y concisas en favor de la validez de la venta de bienes ajenos en el Derecho Español, y amparándose en la Ley de las Partidas, es la del tratadista José María Álvarez (ÁLVAREZ, José María. *Derecho Real de España.* tomo II, página 68. Imprenta de don José M. Repuyés, Madrid, 1839), cuando sostiene, al hablar del objeto del contrato de compraventa que «... aun las cosas ajenas, por razón de estar en el comercio, pueden ser vendidas (...) No se puede decir por esto que semejante venta pueda perjudicar al verdadero señor de la cosa, a quien queda su derecho a salvo para vindicar su cosa en donde quiera que la encuentre, sino porque de este contrato nace acción y obligación entre el comprador y vendedor».

Sin embargo, y a pesar de la regla general de la Ley XIX del Título V de la Quinta Partida, en el sentido que es válida la venta de la cosa ajena, existe alguna jurisprudencia que intenta delimitar lo más posible a esta institución, como es el caso de la Sentencia de fecha 21 de Mayo de 1865 (Citada por SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. cit.*, tomo IV, página 621) la que restringía esta figura a los efectos señalados en la citada Ley de las Partidas. Como veremos a continuación, el criterio adverso a esta modalidad del contrato de compraventa, generado en Francia, se fue extendiendo, llegando a variar esporádicamente el criterio Romano.

de las Siete Partidas. Esta compilación, recogía, en el Título V, de la Ley XIX, de la Quinta Partida, y como regla general, el principio por el cual era válida la venta de la cosa ajena.

La tercera y última gran influencia del Derecho Peruano en lo que respecta a la venta de bien ajeno, la encontramos en el Código Civil Francés.

A raíz de la promulgación del mencionado Código Civil, el más importante del proceso codificador mundial de los siglos XIX y XX, se suscitó una interesante discusión sobre el particular. Este Código contiene una norma, el artículo 1599, que señala que la venta de bien ajeno es nula, pudiendo dar lugar al abono de daños y perjuicios cuando el comprador haya ignorado que la cosa fuere de otro. Dicho artículo, contravenía el principio romano que se pronunciaba por la validez de un contrato de estas características, criterio que imperaba en el Derecho Francés antes de la promulgación del Code.[7]

En este punto de nuestro análisis, conviene subrayar el argumento sostenido por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle,[8] quien señala que este sencillo sistema de compraventa obligacional romano, tan fácil de comprender por los conocedores romanos del Derecho, se vio progresivamente perturbado por la difusión de las ideas de Grocio y Puffendorf sobre la necesidad de dar mayor relevancia al consentimiento contractual haciéndolo suficiente para la transmisión del dominio sin necesidad de otro requisito adicional. Estas ideas fueron acogidas por importantes jurisconsultos franceses, entre los que cabe citar a Loysel, Domat, Ricard y, aunque combatidas tesoneramente por Pothier, quien sostenía que el contrato de venta no transfería la propiedad sino obligaba al comprador con respecto al vendedor a hacerle adquirir libre-

[7] Para apreciar un desarrollo a profundidad acerca de la historia y evolución de la venta de bien ajeno, remitimos al lector a nuestro trabajo *Los Contratos Sobre Bienes Ajenos*, páginas 73 a 149.

[8] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*, página 71.

mente una cosa a título de propietario, se plasmaron en el sistema del Código Napoléon relativo a la transmisión de la propiedad por contrato. Consecuencia lógica de este sistema, que requería que el vendedor fuera propietario de la cosa materia de la venta, fue la declaración de la nulidad de la venta de cosa ajena contenida en el artículo 1599 de dicho Código.

3.1.1. Fundamento de la nulidad

Han sido numerosos los argumentos de la doctrina francesa para sostener que el contrato de venta de bien ajeno era nulo.

En adelante, pasamos a explicar las diversas teorías:

3.1.1.1. Es un contrato contra toda razón y contra todo principio

En la elaboración del Código Civil Francés, Portalis,[9] Vocero del Gobierno, sostenía que la venta del bien ajeno era un pacto «contra toda razón y contra todos los principios que las partes dispongan con conocimento de causa, de una propiedad que pertence a un tercero, a ignorancia del cual tratan». Sostenía, además, que hay un vicio en la cosa.

3.1.1.2. Es un contrato ridículo

Por su parte, Tronchet[10] calificaba a la venta de bien ajeno como «ridícula». Sostenía la equivocación en que habían incurrido los jurisconsultos romanos y Pothier, quien los siguió.

[9] PORTALIS. Citado por LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, páginas 105 a 107.

[10] TRONCHET. Citado por LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, páginas 105 a 107.

Agrega que se trata de un cambio de teoría, que si el objeto de la venta es el de transferir la propiedad del bien, la venta de la cosa ajena no sería válida.

3.1.1.3. Es un contrato de objeto jurídicamente imposible

Faure,[11] el Informante del Tribunal, señalaba que «la transmisión de propiedad es el objeto de la venta; por tanto no se debe tener el derecho de vender una cosa que no nos pertenece, ya que allí no tenemos el derecho de transmitir su propiedad».

Duvergier y Troplong sostienen que la nulidad se justifica en que en el «nuevo Código» se obliga al vendedor a transferir la propiedad del bien.

En este mismo sentido, Marcadé sostiene que se ha modificado completamente la naturaleza del contrato de compraventa, el que, de un contrato simplemente productivo de obligaciones, ha pasado a ser uno traslativo de propiedad. Y añade que esta transmisión de propiedad es inmediata.

En tal sentido, Duranton sostiene que el Código Civil Francés declara nula a la venta de la cosa ajena porque ella no confiere para nada al comprador la propiedad del objeto vendido, cuando la finalidad de la venta debe ser el transferírsela.[12]

3.1.1.4. Es un acto contrario a la moral

Grenier,[13] el Vocero del Tribunal, señalaba que «la legislación romana ha parecido contraria al verdadero principio

[11] FAURE. Citado por LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, páginas 105 a 107.
[12] DURANTON. *Op. cit.*, tomo I, páginas 69 a 70.
[13] GRENIER. Citado por GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, páginas 201 a 204.

de la venta, en el cual la única finalidad debe ser una transmisión de propiedad», añadiendo que podría favorecer en algunos casos, propósitos inmorales; criterio compartido —según Guillouard— por Leligois y De Folleville.

Respecto de las opiniones transcritas, Guillouard y Laurent critican la posición de Grenier, señalando que «una legislación no puede atenerse a una declaración especulativa: no basta proclamar que un acto es inmoral, será necesario una vez más, impedir el mal resultado que este acto tiene por finalidad alcanzar, ¡y precisamente el artículo 1599 no impide nada!».[14]

Por su parte, Laurent[15] señala que Grenier «no dice que la regla, ella misma sea inmoral; en efecto, la moral está fuera de discusión. Esto es tan cierto que se puede todavía, hacer bajo el imperio del Código, un contrato, teniendo absolutamente los caracteres y los efectos de la venta de la cosa ajena, tal y como Pothier la comprendía; la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo sobre este punto, como nosotros lo diremos más adelante. Por tanto, el contrato, por él mismo, no está viciado como contrario a las buenas costumbres; y no es exacto decir, como lo hace Portalis, que hay un vicio en la cosa».

Critica a Grenier, pues cree que es contradictorio su razonamiento en cuanto a que la venta de la cosa ajena es «contraria a las consideraciones de una sana moral», sosteniendo que quiénes con mayor calidad moral que los jurisconsultos romanos, cuya moral era de un rigor excesivo, y que Pothier, el jurisconsulto francés cristiano por excelencia, y que éstos defendieron la validez de este contrato.

Guillouard[16] critica la posición de Marcadé, señalando que su sistema «reposa sobre una confusión, entre las con-

[14] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 202.
[15] LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, páginas 109 a 111.
[16] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 203.

diciones esenciales y las condiciones simplemente naturales de la venta: Nosotros reconocemos que ordinariamente, en la venta, la transmisión de la propiedad de la cosa vendida tendrá lugar inmediatamente, al momento del contrato, que es también el propósito del legislador, pero aquello que nosotros discutimos, es que él la haya hecho una regla esencial, a la cual las partes no podrían derogar».

3.1.1.5. Se funda en una causa ilícita

Laurent[17] ve la posibilidad de que la nulidad se funde en una causa ilícita, que el artículo 1133 define como «aquella que está prohibida por la ley y aquella que es contraria a las buenas costumbres y al orden público», considerando necesario ver si la prohibición influye sobre el motivo jurídico que ha comprometido a las partes a contratar.

3.1.1.6. Es atentatoria contra el orden social

Este es otro de los argumentos que se esgrimieron en abono de la nulidad de la venta de bien ajeno. Sin embargo, Guillouard[18] descarta la posibilidad de que la venta de bienes ajenos sea atentoria al orden social porque «viola la propiedad», ya que los derechos del verdadero propietario permanecen a salvo y este puede, de ser necesario, ejercitar la acción reivindicatoria para recuperar la posesión de su bien.

3.1.1.7. Se basa en un error sobre la persona del vendedor

Inicialmente, Baudry-Lacantinerie en su Manual[19] y en las primeras ediciones de su Tratado sostenía que se trataba de un error sobre la persona del vendedor. Lo expresaba en los siguientes términos:

> Creemos que es un error del comprador, y el error consiste en nuestro concepto en que él ha tratado con un '*non dominus*', creyendo tratar con el '*verus dominus*'. Este es un error sobre la persona, es cierto; pero él es substancial, y suficiente a este título para acarrear la nulidad del contrato (argumento del artículo 1110). Nosotros decimos que el error es substancial. En efecto, la persona del co-contratante tenía aquí una importancia capital para el comprador; no es con Pedro o con Pablo que él entendió tratar, sino con el propietario de la cosa, porque él quería adquirir la propiedad y solo el propietario podía transferírsela. Esta explicación nos parece preferible a aquella que dan en general los partidarios de nuestra opinión, y a partir de la cual se debería considerar el error del comprador como basado en la substancia de la cosa (artículo 1110), es decir, sobre una cualidad substancial de esta cosa, consistente en que pertenecía a otro, distinto del vendedor.

Esta opinión es respaldada por los Mazeaud:[20]

> Por otra parte, el comprador ha considerado como esencial la cualidad de propietario en la persona del vendedor: le ha comprado a esa persona porque le atribuía la cualidad de propietario. Ahora bien, según los términos del artículo 1110, segundo párrafo, el error sobre una cualidad determinante de la persona del otro contratante lleva consigo también la nulidad del contrato.[21]

[17] LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, páginas 109 a 111.
[18] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 203.
[19] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo III, páginas 321 y 322.
[20] MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, páginas 92 y 93.
[21] En este sentido, véase también: JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, páginas 24 a 26.

3.1.1.8. Se basa en un error sobre la pertenencia de la cosa vendida

Los Mazeaud[22] señalan sobre este punto que en el caso de la venta de un bien ajeno, «el comprador ha considerado como una cualidad esencial de la cosa vendida su pertenencia al vendedor; aquel ha sido determinado a comprar porque creía que la cosa vendida presentaba la cualidad de ser de propiedad del vendedor. Ahora bien, al calificarla de 'error [...] sobre la substancia misma de la cosa', el artículo 1110, primer párrafo, del Código Civil, hace un vicio del consentimiento de todo error sobre una cualidad esencial, determinante de la cosa vendida».

3.1.1.9. El principio romano nemo dat quod non habet.

Baudry-Lacantinerie[23] se retracta de la opinión vertida en su Manual de Derecho Civil y las primeras ediciones de su Tratado, cuando sostenía que el vicio consistía en un error sobre la substancia de la cosa vendida. Este cambio de parecer se basa en que la redacción del artículo 1599 no distingue —para declarar la nulidad— en si el comprador ignoraba o no que la cosa vendida no pertenecía al vendedor, y solo establece diferencias en cuanto se refiere al abono de daños y perjuicios.

Él sostiene —junto a Saignat— que el verdadero fundamento de la nulidad consiste en la imposibilidad de transferir la propiedad del objeto vendido:

> [...] en el caso de venta de la cosa ajena: la imposibilidad de transferir al adquirente la propiedad de la cosa vendida es la consecuencia inmediata de que el vendedor no sea propietario de la misma; la imposibilidad de ejecutar el contrato existe desde el momento en el cual las partes han contratado; en este caso el legislador declara el contrato nulo, porque no ha habido un momento en el cual su ejecución haya sido posible [...].

Luego los autores citados agregan lo siguiente:

> [...] este vicio original implica una falta del vendedor que ha contraído obligaciones inejecutables; la nulidad que es la consecuencia, no existe sino en el interés del comprador. Esta es una nulidad relativa, en la cual los efectos son, por algunos matices cercanos, los mismos que en la teoría del error [...].

Sin embargo, cabe señalar que realmente en un contrato de venta de bien ajeno la prestación no es absolutamente inejecutable, ya que la imposibilidad de transferir la propiedad no es absoluta sino relativa, debido a que el vendedor podrá adquirir la propiedad del bien y luego transferirla. Sería absoluta en el caso de que bajo cualquier circunstancia, sin la menor posibilidad de pactar en contrario, la ejecución de la obligación resulte imposible, siendo un ejemplo el haberse obligado a transferir la propiedad de un bien, que tiene el carácter de público, al momento de la celebración del contrato.

3.1.1.10. Se basa en un error sobre la causa

Josserand[24] recoge esta teoría, y explica que

> [...] el comprador ha creído que su obligación tenía una causa, puesto que pensaba ser propietario en virtud de la venta; al quedar fallidas sus previsiones, su obligación de pagar el precio está desprovista de causa y la operación debe,

---

[22] MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, páginas 92 a 93.

[23] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, *Leo.* Op. cit., tomo XIX, páginas 110 y 111.

[24] JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 26.

por consiguiente, caer; pero el error sobre la causa lleva consigo la inexistencia del contrato; ahora bien, la nulidad de la venta de la cosa ajena es comprendida, en doctrina y en jurisprudencia, como una nulidad relativa.

3.1.1.11. Se basa en un error sobre la substancia de la cosa vendida

Este criterio se sustenta —básicamente— en el mismo razonamiento señalado para el punto (b), cuando se trató acerca del error sobre la pertenencia de la cosa vendida.[25]

3.1.2. Personas facultadas para plantear la acción de nulidad

La doctrina y jurisprudencia francesas han dado diversas respuestas a este problema, en tanto se considere a la nulidad establecida por el artículo 1599 del Código Napoléon, como absoluta o relativa.

Hace bien Foignet[26] al señalar que «La solución de este asunto se relaciona estrechamente con la solución de la pregunta precedente. Los autores que admiten que la nulidad del artículo 1599 es absoluta otorgan la acción de nulidad indiferentemente al vendedor y al comprador. Por el contrario, aquellos que consideran que esta es una acción de resolución, o bien que esta es una nulidad relativa rechazan al vendedor el derecho de intentarlo y lo reservan solo al comprador. Es en este sentido que se pronuncia la jurisprudencia; ésta es la solución más razonable».

En tal sentido, Laurent[27] agrega lo siguiente:

> Si se admite que la venta de la cosa ajena es inexistente o atacada de nulidad radical, es necesario otorgar la acción de nulidad a todos aquellos que tienen interés en plantearla. Para decir mejor, ni siquiera habría acción de nulidad, pues no se demanda la nulidad de la nada; el vendedor podría siempre prevalerse de la inexistencia del contrato si el comprador demandase ahí la ejecución, y él tendría 30 años para repetir el precio que él habría indebidamente pagado. Nosotros hemos rechazado el principio (# 1303), debemos, por tanto, rechazar la consecuencia que de él se ha deducido.

[25] Véase también JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 26.
[26] FOIGNET, René. *Op. cit.*, tomo I, página 421.
[27] LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, página 116.

3.1.3. Posiciones de la doctrina y de la legislación

3.1.3.1. Solo el comprador puede demandar la nulidad

Un número muy importante de tratadistas, consideran que solamente es el comprador quien podría plantear la acción de nulidad.

Como señala Laurent,[28] para saber quién puede demandar la nulidad, es necesario apreciar en interés de cuál de las partes es que la ley ha declarado la venta nula.

> Es cierto que la nulidad está establecida en interés del comprador; él ha comprado para devenir en propietario; si el vendedor le entrega la cosa ajena, la venta no tendría la finalidad que las partes previeron; este es el motivo de la nulidad, él interesa al comprador; su derecho de accionar no ha sido jamás contestado, al menos por la doctrina.

Baudry-Lacantinerie[29] agrega, en tal sentido, lo siguiente:

> La nulidad no puede ser propuesta más que por el comprador, en interés del cual ella ha sido establecida. Él tiene, por lo demás, derecho de prevalerse, sea por vía de excepción, sea por vía de acción, según los casos: por vía de excep-

[28] LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, páginas 116 y 117.
[29] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo III, página 322.

ción, si el vendedor lo ataca en pago del precio; por vía de acción, si habiendo ya pagado su precio, quiere obtener la restitución, o si él quiere adelantarse para impedir que el vendedor no venga a demandar más tarde la ejecución del contrato. En todos los casos la nulidad debe ser demandada a la justicia, que es la única que tiene la cualidad para pronunciarla, pues ella no existe de pleno derecho.[30]

3.1.3.1.1. Oportunidad en la que puede accionar el comprador

Laurent[31] considera que el comprador puede accionar inmediatamente, inclusive antes de la ejecución del contrato, por el legítimo interés que tendrá para liberarse de las obligaciones contraídas.

Pero en este sentido debemos analizar dos supuestos muy frecuentes:

3.1.3.1.1.1. Si el contrato se ha ejecutado y el vendedor ha entregado al comprador el objeto vendido.

En tal sentido, Guillouard[32] señala lo siguiente:

> Hay una hipótesis en la cual esta consecuencia se halla casi unánimemente admitida: es cuando el contrato es ejecutado, y que el vendedor ha entregado al adquirente la cosa ajena que él le había vendido. Suponiendo incluso que la

[30] En este sentido, véase también: MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, página 95; PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, página 466; FOIGNET, René. *Op. cit.*, tomo I, página 421; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, páginas 43 y 44; GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, páginas 211 y 212; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 111; DEMANTE, A. M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo VII, página 58; DURANTON. *Op. cit.*, tomo I, página 70; y TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 316.

[31] LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, página 118.

[32] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 211.

> venta fuese radicalmente nula, el vendedor no tendría para estos efectos, calidad para retomar el objeto que él ha entregado: él no tiene, por ningún motivo, título jurídico para detenerlo, ño más que el adquirente, y esto es al propietario solo, si él lo quiere, a reivindicarlo contra este último.

3.1.3.1.1.2. Si el objeto vendido no ha sido entregado

El propio Guillouard[33] agrega lo siguiente:

> ¿El vendedor puede responder al adquirente oponiendo por vía de excepción la nulidad del contrato?
>
> Nosotros respondemos negativamente. En primer lugar, en el punto de vista de los textos, el vendedor de la cosa ajena está obligado a otorgar garantía: ¿no hay allí una correlación íntima entre la entrega y la garantía, que no sea, siguiendo una expresión ingeniosa, la entrega continuada, y cómo se podría someter, sobre todo, en presencia del artículo 1603, que impone a todo vendedor, sin distinción, estas dos obligaciones que son consecuencia la una de la otra?

3.1.3.2. El comprador, el vendedor, así como cualquier otra persona pueden demandar la nulidad

Esta posición contó con más detractores que adherentes.

La mayoría de autores coinciden en negar al vendedor la posibilidad de demandar la nulidad de la venta.[34]

Laurent,[35] en tal sentido, opina lo siguiente:

[33] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 211.

[34] MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, página 96; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 44; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo III, página 322; LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, páginas 119 y 120; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 112 y siguientes; TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, páginas 316 y 317.

[35] LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, páginas 119 y 120.

En nuestra opinión, la nulidad es relativa; ella está establecida en interés del comprador, y contra el vendedor que vende una cosa de la que es imposible transferir la propiedad al comprador. Por tanto, el vendedor no puede prevalerse. Vanamente invocaría él su interés: nadie le contesta; pero para poder proceder, el interés no basta; cuando la nulidad es relativa, es necesario que la ley haya establecido la nulidad en razón de este interés. La equidad está de acuerdo con el rigor del derecho. Cuando el vendedor es de mala fe, esto es evidente. Entonces aunque él sea de buena fe, hay una falta que reprocharle, y él debe asumir las consecuencias de su falta. Si la nulidad fuese de orden público, la falta del vendedor no le impediría proceder, pues él procedería en el interés público, tanto como en el suyo. Pero en el sistema de la nulidad relativa, no se comprende que el vendedor, que tiene contra él de derecho, invoque su interés, en tal caso es por su negligencia o por su dolo, que él se ha puesto en la situación que le es perjudicial.

Baudry-Lacantinerie y Saignat[36] coinciden en gran medida con el profesor antes citado, cuando sostienen que:

El vendedor no está jamás permitido para proponer la nulidad de la venta, sea por vía de acción, sea por vía de excepción, y esto, aun si él hubiese sido de buena fe al momento de la venta, es decir que él hubiese ignorado que la cosa vendida pertenecía a otro. Es cierto que, en este caso, el vendedor al haber procedido bajo el imperio de un error, esta circunstancia parecería, de primera impresión, abrirle el ejercicio de la acción de nulidad. Pero jamás hay que perder de vista que vender, es obligarse a hacer al comprador propietario; y es totalmente natural que si el vendedor no puede ejecutar inmediatamente esta obligación, tenga que hacer, si el comprador lo exige, todos sus esfuerzos para ejecutarla más tarde; él ha, por tanto, implícitamente, contratado la obligación de transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida desde el momento en que esto le sea posible y él desconociere esta obligación si, para dispensar de ejecutarla, demandase, él mismo, la nulidad de la venta.

No se admite que un contratante haga anular su compromiso bajo el pretexto de que él lo ha tomado temerariamente; ahora bien, el vendedor ha tomado un compromiso temerario prometiendo transferir una cosa de la cuál él no era propietario.

Tal es, por lo demás, el carácter de las nulidades relativas, de no poder ser propuestas sino por aquella de las partes en interés de la cual han sido creadas.

En este sentido también opina Laurent.[37]

3.1.4. Posibilidad de ratificación o consolidación de la venta de bien ajeno por un hecho posterior

Según la doctrina francesa —que fue la que fundamentalmente sostuvo el criterio de la nulidad absoluta de la venta de bien ajeno—, existían diversas posibilidades de ratificación o consolidación de dicha venta, para transformarla en un acto válido. Esas posibilidades son las que describimos a continuación:

3.1.4.1. Supuesto de ratificación por el verdadero propietario

Foignet[38] considera a esta solución como muy razonable en la práctica, pero la descalifica en teoría por considerar que la confirmación de un acto anulable solo puede ser efectuada por una de las partes contratantes y de ninguna manera por un tercero.

Los Mazeaud,[39] en cambio, justifican esta posibilidad y consideran que es respaldada mayoritariamente por la juris-

---

[36] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 112 a 115.

[37] LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, página 118.

[38] FOIGNET, René. *Op. cit.*, tomo I, página 422.

[39] MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, páginas 96 y 97.

prudencia. Estiman que este hecho opera retrotrayéndose al momento de la celebración del contrato.

También respaldan esta posición Planiol y Ripert.[40]

Baudry-Lacantinerie y Saignat[41] sostienen que esta posibilidad debería darse, necesariamente, antes de que el comprador plantee la demanda de nulidad.

Troplong[42] también acepta esta posibilidad, citando para ello una sentencia de la Corte de Riom del 12 de enero de 1927.

3.1.4.2. Supuesto en el cual el vendedor vuelve a adquirir la propiedad del bien que había vendido previamente

Esta posición es recogida por los Mazeaud,[43] y admitida además por Planiol,[44] quien sostiene que para estos casos, la jurisprudencia exige que el hecho se produzca antes de que el comprador haya ejercitado su acción. Baudry-Lacantinerie y Saignat[45] respaldan esta posición.

3.1.4.3. Supuesto en el cual el comprador renuncia a demandar la nulidad

Esta posición es sostenida por los Mazeaud.[46]

---

[40] PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, páginas 467 y 468; y PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, páginas 44 y 45.

[41] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 112 a 155.

[42] TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, páginas 314 y 315.

[43] MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, páginas 96 y 97.

[44] PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo I, páginas 467 y 468.

[45] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 114.

[46] MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, páginas 96 y 97.

Planiol y Ripert[47] señalan que en esta posibilidad ocurre con la renuncia como si el comprador consintiese en que la venta contratada solo engendre obligaciones y que no opere ninguna transferencia de propiedad. Es, como señala Baudry-Lacantinerie,[48] consentir en una transformación de la venta traslativa de propiedad que él ha entendido celebrar, en una simplemente productiva de obligaciones. Para él y Saignat[49] esta nulidad puede ser expresa o tácita.

3.1.5. Excepciones a la nulidad establecidas por la doctrina y la jurisprudencia

Con el correr de los años, la regla del artículo 1599 del Código Civil Francés, que sancionaba con nulidad a la venta de bien ajeno, fue tornándose en excepción, ya que la doctrina y jurisprudencia de ese país establecieron tantos casos en los cuales no era aplicable, que, finalmente, dichas excepciones terminaron siendo la regla.

En adelante, pasamos a describir lo antes mencionado:

3.1.5.1. Cuando se ha establecido en el contrato un plazo para que opere la transferencia de la propiedad

Demolombe, citado por Guillouard,[50] sostiene que «esta es una cláusula insólita y de la cual no hay muchos ejemplos». No habiendo nada de contrario al orden público ni a los principios esenciales del Derecho, debería ser considerada como válida.

Se entiende, como señalan Planiol y Ripert,[51] que «las partes han entendido diferir hasta una fecha determinada la

---

[47] PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, páginas 44 y 45.

[48] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo III, página 322.

[49] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 112 a 115.

[50] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 206.

[51] PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 40.

transferencia de la propiedad; el vendedor debe la garantía a menos que él no sea propietario en el día del cumplimiento del plazo».

3.1.5.2. Cuando se trata de bienes inciertos

Todos los autores consultados coinciden en que ésta es una de las excepciones a la aplicación del artículo 1599.

Duranton[52] señala que «no es vender la cosa ajena, el vender lo que no se tiene, si no lo vende quien le pertenece; pues lo que consiste *in genere* no pertenece a nadie: también es tan injusto que un autor, en conveniencia además que una venta tal, es muy válida, dice que es por excepción al principio establecido por el artículo 1599. No hay excepción al principio en este caso, porque no es de ningún modo uno de estos que el artículo ha tenido en cuenta».

Laurent[53] sostiene que «[...] aquel que vende granos o vino que no tiene (en propiedad) no vende lo que le pertenece a un tercero, pues las cosas indeterminadas, aquellas que consisten en una especie, no pertenecen a nadie, por tanto no hay allí venta de la cosa ajena».

Planiol[54] adhiere a este concepto.

Josserand[55] explica que en estos casos,

> [...] por la fuerza misma de las cosas, no podría ser traslativa de propiedad, en el acto; solo lo será el día en que el objeto haya sido determinado, es decir, ordinariamente, por la entrega [...]. Las partes sabían lo que hacían; pensaron en disociar la venta del efecto traslativo, hacerle producir obligaciones, y nada más; la operación es válida, aunque la cosa vendida no pertenezca al vendedor aun cuando la propiedad de ella no se transmita, por tanto, inmediatamente al comprador.

---

52 DURANTON. *Op. cit.*, tomo I, página 71.
53 LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, página 112.
54 PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, páginas 464 y 465.
55 JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 23.

Los Mazeaud[56] agregan que «El comprador de una cosa genérica no puede creer, por lo tanto, que trate con un propietario que le transmitirá inmediata y automáticamente la propiedad de la cosa vendida y, acerca de este punto, no ha podido incurrir en ningún error».

Baudry-Lacantinerie[57] señala que la venta es válida «porque ello resulta de la naturaleza misma de la cosa vendida», habiéndose «entendido hacer una venta simplemente productiva de obligaciones». Esta venta, como señala Guillouard,[58] «no transferirá la propiedad sino hasta el momento en el cual la individualidad del objeto vendido haya sido determinada». Pero Planiol y Ripert[59] van más allá cuando sostienen que el artículo 1599 no puede, entonces, aplicarse sino hasta después de efectuada la individualización de los bienes genéricos.[60]

3.1.5.3. Cuando así lo determina la libre voluntad de las partes

Baudry-Lacantinerie[61] sostiene, luego de citar un ejemplo al respecto, que «No hay ninguna duda de que la convención no sea válida. No solamente es válida, sino que constituye una venta; no es esencial, en efecto; para que haya habido venta, que la propiedad sea inmediatamente transferida al comprador. Esto es de la naturaleza de la venta, pero no de su esencia; y las partes pueden, por consiguiente, estipular lo contrario».

---

56 MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, página 95.
57 BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo III, página 319.
58 GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 357.
59 PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 41.
60 En abono de estas posiciones, véase: BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 116; TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 309; y DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo I, página 51.
61 BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo III, página 320.

3.1.5.4. Cuando el vendedor tiene la propiedad del bien sujeta a condición

Al respecto, Baudry-Lacantinerie y Saignat[62] sostienen que

> La cosa de la cual se tiene la propiedad condicional no es de ninguna manera la cosa ajena. Aquel que no tiene sobre una cosa sino un derecho de propiedad subordinado a una condición, sea suspensiva, sea resolutoria, puede, por tanto, vender esta cosa. La incertidumbre de su derecho de propiedad, que depende del cumplimiento o del incumplimiento de la condición, no hacen que él haya vendido la cosa ajena; la venta es válida, pero ello no transfiere al comprador sino aquello que tendría el vendedor, es decir, un derecho de propiedad eventual. No hay dificultad hasta aquí.

Esta posición tambiés es sostenida por Troplong.[63]

3.1.5.5. Cuando se trata de una promesa de la obligación o del hecho de un tercero

Este caso, si bien no constituye un contrato de compraventa, amerita ser analizado, dada la confusión en que sobre el particular incurren algunos autores franceses.

Baudry-Lacantinerie y Saignat[64] señalan que «El artículo 1599 no es aplicable al caso en el cual el vendedor de una cosa que no le pertenecía, ha actuado en nombre del propietario. El contrato es, en tal caso, completamente diferente, y está regido por el artículo 1120. Si el propietario ratifica la promesa hecha por él, es él quien es el vendedor; el

---

[62] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 116 y 117.
[63] TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 308.
[64] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 120.

otro es considerado haber sido su mandatario y está liberado de toda obligación. Si, por el contrario, el propietario no ratifica una obligación de hacer que él no puede ejecutar, debe daños y perjuicios, aun cuando el comprador no hubiera ignorado que la cosa fuese ajena».

Por su parte, Guillouard[65] sostiene que

> La venta recae sobre un objeto perteneciente a un tercero, pero el vendedor se obliga expresamente a hacer ratificar la venta por el propietario: la venta es válida en los términos del artículo 1120 y, una vez que la ratificación es dada por el propietario, ella se retrotraerá entre las partes al día mismo del contrato primitivo; péro, en consideración a terceros, la ratificación no se retrotraerá jamás, y la propiedad no será transferida sino hasta el día de la ratificación.

En tal sentido Demante y Colmet de Santerre[66] señalan lo siguiente:

> Lo que nosotros podemos decir incidentemente, demuestra que es imposible tratar como un contrato defendido por la ley y nulo, a pesar de la voluntad de las partes, a la promesa de entregar y de garantizar la cosa de otro sin transferir su propiedad.
>
> En el caso en el cual una persona promete que el propietario dará su consentimiento, esta persona no puede ser atacada inmediatamente en base al contrato y solo porque este contrato no ha hecho al estipulante propietario. El promitente no puede ser demandado por daños y perjuicios salvo en el caso que el propietario rechace dar su consentimiento al contrato de venta, y se le ha —necesariamente— estipulado, de manera expresa o tácita, un plazo para obtener de él este consentimiento.[67]

---

[65] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo VII, página 206.
[66] DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo VII, página 59.
[67] En abono de estas apreciaciones, véase también: AUBRY, C. y RAU, C. *Op. cit.*, tomo IV, página 357; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op.*

3.1.5.6. Cuando el bien es futuro

Guillouard[68] al respecto señala que «La obligación recae, no sobre una cosa actualmente existente, sino sobre una cosa futura; la propiedad no será transferida sino hasta el momento en el cual la cosa exista: 'Las cosas que no existen todavía, dice el señor Bigot-Préameneu en la Exposición de Motivos, pueden ser el objeto de la obligación que entonces, depende de su futura existencia'».

3.1.5.7. Cuando el contrato está sujeto a condición suspensiva

Guillouard[69] sobre el particular señala lo siguiente:

> En el título de los contratos o de las obligaciones convencionales en general, el señor Bigot-Préameneu, afirma netamente el principio que, en la obligación bajo condición suspensiva, la transmisión de propiedad está diferida hasta el cumplimiento de la condición: 'La obligación bajo una condición suspensiva no es perfecta sino hasta el cumplimiento de esta condición, y resulta que antes del cumplimiento, la propiedad de la cosa, que es la materia del compromiso, no es jamás transferida [...]'.[70]

---

cit., tomo X, página 41; LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, páginas 112 a 115; PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, página 465; JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 24; TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 309; DURANTON. *Op. cit.*, tomo I, página 71; MOURLON, Frédéric. *Op. cit.*, tomo III, página 237.

[68] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, páginas 205 y 206.

[69] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 205.

[70] Sobre este particular, véase también: AUBRY, C. y RAU, C. *Op. cit.*, tomo IV, página 357; y TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 309.

3.1.5.8. Cuando el comprador no está expuesto a peligro alguno

Planiol y Ripert[71] sostienen lo siguiente:

> Es necesario que la venta haga correr al comprador un peligro contra el cual conviene se le proteja. El comprador no podrá demandar la nulidad de la venta si no corre ningún peligro, por ejemplo, si él adquiere de buena fe de un heredero aparente (De Foleville...) o si la cosa vendida es un mueble cuya adquisición está protegida por el artículo 2279 (Aubry y Rau, V, 351, página 53.), o si la prescripción adquisitiva ha funcionado en su beneficio. Es en virtud de la misma idea que el vendedor no puede invocar más el artículo 1599, si un hecho posterior a la venta ha hecho cesar todo peligro.

3.1.5.9. Cuando se trata de una compraventa «en la modalidad de suministro»

Como es sabido, el contrato de suministro recién adquiere autonomía conceptual e independencia legislativa en la quinta década del presente siglo. Antes era considerado —simplemente— como una modalidad del contrato de compraventa.

Así se explica que se considerara este supuesto como una excepción a la nulidad establecida por el artículo 1599 del Código Napoléon.[72]

Josserand[73] recoge al respecto los siguientes conceptos:

> Se sentiría uno tentado a sustraer también a la nulidad la venta a entregar, que no es más que una promesa de sumi-

---

[71] PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 41.

[72] Para apreciar lo relativo a los orígenes del suministro, remitimos al lector a la nota a pie de página que sobre la materia hemos redactado con ocasión del análisis sobre las diferencias existentes entre la compraventa y el suministro, al abordar el artículo 1529 del Código Civil Peruano.

[73] JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 24.

nistrar; sin embargo, esta conclusión sería demasiado absoluta; las partes, cuya intención es soberana, han podido considerar tal venta como pura y simple, como traslativa inmediatamente de propiedad, por lo menos cuando recae, no sobre las cosas '*in genere*', sino sobre cuerpos ciertos: en este caso, y si el vendedor no era propietario de las cosas vendidas, entra en aplicación el artículo 1599.

3.1.5.10. Cuando el «pretendido vendedor» se obliga a adquirir el bien para transferirlo al «pretendido comprador»

El propio Josserand señala que se concibe, que una persona se comprometa respecto a otra a adquirir —para transmitírsela— la propiedad de determinada cosa que pertenece actualmente a otro, siendo la operación válida, constituyendo ésta un mandato o un contrato innominado. Sostiene que no hay venta de cosa ajena por la sencilla razón de que no hay venta.

Planiol y Ripert[74] llaman a este contrato uno «sin nombre especial» y señalan que contiene «una obligación de hacer» por parte del «pretendido vendedor».

3.1.5.11. Cuando el «pretendido vendedor» no se obliga a transferir la propiedad, sino solo la posesión del bien

En este sentido, Mourlon[75] señala lo siguiente:

> Igualmente, la convención que los Romanos denominaban venta, sería válida en Francia, no como venta, sino como contrato *sui generis*. Yo me obligo, mediando una suma de dinero que usted me promete, a procurarle la posesión pacífica de una cosa que yo creo mía. La convención es válida, en el sentido que usted tiene contra mí una acción para ponerle en posesión, y que usted puede reclamar daños y perjuicios, si yo no le entrego la cosa, o si habiéndola usted entregado, usted ha sido desposeído.

[74] PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 41.
[75] MOURLON, Frédéric. *Op. cit.*, tomo III, página 237.

En este mismo sentido opinan Demante y Colmet de Santerre.[76]

Antes de concluir nuestras apreciaciones acerca del criterio que esgrimía la nulidad absoluta de la venta de bien ajeno, podríamos anotar que dicha posición se basaba, fundamentalmente, en una interpretación literal del artículo 1599 y en las razones de orden moral ya esgrimidas. Este argumento fue primeramente sostenido por Marcadé.

Pero según Guillouard,[77] Marcadé "[...] después de haber afirmado que 'no hay venta, sino solamente un acto que presenta las apariencias de serlo', y que 'la venta es propiamente nula e inexistente, y que 'la venta es propiamente nula e inexistente, y no solamente anulable', admite enseguida que si 'el vendedor deviene en propietario del objeto que él ha vendido', la venta deviene perfectamente válida y se encuentra en lo sucesivo a cubierta de todo ataque, sea del vendedor, sea del comprador».

Guillouard[78] señala que solo dos autores, Leligois y De Folleville aceptan las tres consecuencias de la nulidad absoluta y muestran:

1. Que la acción de nulidad durará treinta años;
2. Que la nulidad no puede ser cubierta por una ratificación;
3. Que las dos partes, el vendedor tanto como el comprador, pueden proponer la nulidad del contrato.

[76] DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo VII, página 51.
[77] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 210.
[78] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 207.

Al respecto Laurent[79] señala lo siguiente:

> La expresión de 'orden público' es tan vaga que siempre se podría sostener que un acto es contrario al orden público desde que hay un interés general en causa; o, el interés de los particulares y aquel de la sociedad están estrechamente ligados, que se encuentra casi siempre un interés privado en las leyes que son de orden público, y se le encuentra también al interés público, entonces, que la ley se estatuye en un interés particular; hay que ver, entonces, cuál es el interés dominante; nosotros lo hemos señalado analizando los trabajos preparatorios (# 101); es el comprador quien está principalmente interesado en que no se le venda una cosa de la cual no se le pueda transmitir la propiedad; por tanto el interés privado domina. ¿Se ve una prueba irrecusable? El Código decide el asunto. Cuando un contrato es inexistente, no puede tener ningún efecto; éstos son los términos del artículo 1131, y este es el artículo que trata de la causa ilícita. ¿Acaso la venta de la cosa ajena no tiene ningún efecto? El mismo artículo que la declara nula, señala que ella puede dar lugar al abono de daños y perjuicios.
>
> Un acto inexistente, es la nada; en la venta inexistente, no hay ni vendedor, ni comprador, y la nada no puede engendrar una obligación. Se hacen objeciones, sobre ellas volveremos; por el momento, recogemos los textos; así pues, el texto del artículo 1599 es formal: es la venta de la cosa ajena la que da lugar al abono de daños y perjuicios; por tanto ella existe a los ojos de la ley. Ella tiene otros efectos mucho más considerables. El comprador no solo tiene la acción de daños y perjuicios, él tiene una acción especial en la venta, la acción de garantía (artículo 1626). ¡De este modo la venta de la cosa ajena es la nada, y esta en nada produce los efectos de la venta! ¡El comprador puede usucapir, todos están de acuerdo sobre este punto. Sin embargo, para prescribir por 10 años, es necesario un justo título (artículo 2265)!, ¡de este modo, la venta de la cosa ajena, que es la nada, constituye nada menos que un justo título; la venta viciada en su esencia, la venta inmoral, la venta que viola la propiedad, va a servir para despojar al verdadero propietario y dará la propiedad a aquel que no tiene para él sino un contrato sobre causa ilícita!
>
> Por último, el comprador de buena fe gana los frutos; ahora bien, para ser poseedor de buena fe, es necesario poseer en virtud de un título traslativo de propiedad. ¿Y cuál es el título de aquel que ha comprado la cosa ajena? Su único título es la nada. Decididamente la nada tiene los efectos de la venta, salvo que la propiedad no esté transferida. ¿Es este un contrato sobre causa ilícita que no puede tener ningún efecto?.

[79] LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, página 111.

La mayoría de autores que se inclinan por la nulidad absoluta esgrimen razones de orden público, pero sin embargo, como intentamos demostrar en este trabajo, ellas carecen de definitivo sustento. Aubry y Rau, tienen sobre esta tesis una posición bastante particular, que es analizada y criticada del siguiente modo por Guillouard:[80]

> Los señores Aubry y Rau, no admiten, como lo hace Marcadé, que la venta de la cosa ajena pueda ser ratificada: 'Es en efecto de principio, dicen ellos, que las condiciones necesarias para la validez de una convención deben existir desde el instante de su formación, o que, al menos, sus existencias deban ser independientes del buen gusto de una o de otra de las partes [...]. Pero ellos declaran en seguida que la acción de nulidad de esta venta no durará sino diez años, y este es el motivo que ellos han dado: 'La venta de la cosa ajena reúne, en efecto, todos los elementos esenciales para la formación de un contrato de venta, y si, contrariamente a los principios de Derecho Romano, los redactores del Código la han declarado nula, no es esta una razón para decir que ellos la hayan considerado como no ocurrida. Lo que prueba, de otra parte lo contrario, es que, según es testimonio de todos, una venta similar constituye un título susceptible de servir de fundamento para la usucapión por diez o veinte años.

[80] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, páginas 208 y 209.

Si no nos equivocamos, los eminentes autores aceptan dos soluciones que se contradicen: si la nulidad de la venta de la cosa ajena es relativa, la acción prescribirá por diez años, pero el contrato podrá ser expresamente ratificado por el vendedor devenido en propietario, si, por el contrario la nulidad es absoluta, ¿por qué admitir la prescripción de diez años que supone que la obligación existe, y que está solamente atacada de un vicio que el tiempo hará desaparecer?

3.1.6. Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica que adoptan el sistema de la nulidad absoluta de la venta de bien ajeno

Como es sabido, la influencia que tuvo el Código Civil Francés dentro de nuestra tradición jurídica fue muy grande, siendo notable el alcance de este cuerpo normativo en las legislaciones de los siglos XIX y XX (aunque en menor medida, en este último). Esto hizo que múltiples Códigos Civiles adoptaran su mismo sistema, con lo que el criterio de considerar nula a la venta de bien ajeno estuvo en boga durante muchos años y en los más variados ámbitos geográficos.

En adelante, analizaremos el rumbo que siguió la corriente francesa en la legislación mundial.

— *Código Civil Belga:*

Apenas transcurridos dos años de su promulgación, Bélgica, asumió íntegramente, como su Código Civil, el texto del Código Napoléon, motivo por el cual, se convirtió, asimismo, en el primer Código Civil en adoptar el sistema francés respecto del contrato de venta de bien ajeno (artículo 1599).

— *Código Civil Boliviano de 1831:*

En América, el Código Civil Boliviano de 1831, es, dentro de los cuerpos legislativos consultados, el primero en acoger la nulidad del contrato bajo tratamiento. Concretamente, este Código Civil recogió el principio en su artículo 1018. Este numeral tenía el mismo texto que el que, cinco años más tarde de la promulgación de este Código, pasaría a ser el artículo 1017 del Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana.

El texto del artículo 1018 es el siguiente:

Artículo 1018.- «Es nula la venta de la cosa ajena, y puede dar lugar a daños e intereses, aun cuando el comprador ignore que es ajena».

— *Código Civil Italiano de 1865:*

El Código Civil Italiano del año 1865 —de fuerte influencia francesa— recogía, en su artículo 1459, similar criterio. El texto de la norma aludida, es el siguiente:

Artículo 1459.- «La venta de cosa ajena es nula: ella puede dar lugar al resarcimiento de los daños si el comprador ignoraba que la cosa era ajena.

La nulidad establecida en este artículo no puede ser planteada jamás por el vendedor».

Como podemos apreciar, los elementos de la norma transcripta son los siguientes:

(a) Se celebra un contrato de compraventa;
(b) El bien que es objeto de la prestación derivada de la obligación de dar del vendedor, es un bien ajeno;
(c) Un contrato de estas características puede dar lugar a que el comprador, si ignoraba que el bien era ajeno, al momento de la celebración del contrato, plantee, frente al vendedor, una acción de daños y perjuicios;
(d) El vendedor no tiene acción alguna frente al comprador.

La norma bajo análisis, tenía prácticamente la misma estructura que el artículo 1599 del Código Civil Francés, en el sentido de establecer la nulidad de un pacto de tal naturaleza y de conceder al comprador que desconocía tal carác-

ter del bien la acción de daños y perjuicios frente al vendedor. Sin embargo, y a diferencia del Código Francés, el Código Italiano de 1865 sí remarca de manera explícita que la nulidad establecida en este artículo jamás puede ser planteada por el vendedor.

Esta última parte del artículo 1459 nos hace reflexionar en el sentido de si el antiguo Código Italiano contemplaba una nulidad absoluta o relativa frente al contrato bajo análisis. Comentaristas del viejo Código Italiano coinciden en que dicha nulidad no tenía carácter absoluto. Así, Stolfi señala que «la venta de cosas ajenas no es inexistente sino anulable».[81]

Este criterio es respaldado por Pacifici-Mazzoni, quien opina en el mismo sentido:[82]

> La nulidad de la venta de la cosa ajena no es absoluta, mas sí relativa; tan solo se establece en favor del comprador y puede ser exigida solo por él.
>
> Ello puede prevalecer tanto en vía de acción como de excepción y se puede demandar la restitución del precio aunque se esté en posesión de la cosa comprada y no se halle uno molestado. Por otro lado, el comprador no podría pretender al mismo tiempo valerse de la nulidad de la venta para no pagar o repetir el precio y así retener por válido en su favor el contrato para demandar o no la restitución de la cosa.

Como señalamos anteriormente, este Código difiere, frente al artículo 1599 del Código Francés, en lo que respecta a la precisión de su último párrafo. Resulta importante anotar que el Código Italiano de 1865 es uno de los pocos cuerpos legales que prohibe expresamente que esta acción sea planteada por el vendedor, no interesando —para tal

[81] STOLFI, Nicola. *Diritto Civile.* página 169. Turín, 1934.

[82] PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Instituzioni di Diritto Civile Italiano.* páginas 147 y 148. Eugenio e Filippo Carmmelli Editori-Librai, Florencia 1873.

efecto— que éste sea de buena o de mala fe. Es interesante conocer la opinión que al respecto tiene Pacifici-Mazzoni:[83]

> La facultad de demandar la nulidad de la venta o de oponerla pertenece al comprador, ya sea de mala fe o conociendo que la cosa era ajena, o ya sea que el vendedor de buena fe se creyera propietario de la cosa que vendía; no obstante si el comprador es de mala fe y el vendedor de buena, aquello no solo da derecho a repetir los gastos de los actos accesorios a la venta, sino que también se puede condenar al resarcimiento de daños frente al vendedor.
>
> Al contrario, el vendedor no puede, luego de efectuada la tradición de la cosa, demandar la nulidad de la venta y la restitución de la misma, tanto porque se le podría oponer la siguiente máxima: *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio*, cuanto porque no siendo propietario de la cosa no tiene calidad para demandar su restitución. No antes de la tradición se puede oponer su nulidad al comprador que le demanda la consignación de la cosa, ni puede por eso refutársela (artículo 1459). La venta de la cosa ajena, pues, produce contra el vendedor todas las obligaciones que genera la venta de la cosa propia, menos la de transferir la propiedad al comprador.

Sin embargo, podemos agregar que el hecho de que se considere que la nulidad del artículo 1459 es relativa y el respaldar la procedencia del segundo párrafo de esta norma, es un contrasentido, ya que es característica y, hasta cierto punto, connatural a la nulidad relativa, que ésta se derive de un vicio de la voluntad (en el caso de la compraventa de bien ajeno, especialmente dolo o error), por lo cual, como señalamos en páginas anteriores, consideramos que una acción de anulación de un acto de tales características debe ser concedida a cualquiera de las partes que haya incurrido en el referido vicio, al igual que la posibilidad de demandar

[83] PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Op. cit.*, página 148.

los respectivos daños y perjuicios sufridos, pues no necesariamente será el comprador quien incurra en dicho vicio o se vea perjudicado, aunque sí debemos admitir que será el caso más frecuente.

— *Código Civil Costarricense de 1888:*

Otro Código Civil que adopta el Sistema de la Nulidad Absoluta, es el Código Civil Costarricense del año 1888, el cual contiene este principio en su artículo 1061. El texto de este artículo es el siguiente:

Artículo 1061.- «La venta de cosa ajena es absolutamente nula; pero el comprador que ignora el vicio del contrato, tiene derecho a los daños y perjuicios aun contra el vendedor de buena fe».

Los elementos de esta norma son los siguientes:

(a) Existe un contrato de compraventa;
(b) El bien que es objeto de la prestación derivada de la obligación de dar del vendedor, es un bien ajeno;
(c) Este contrato es absolutamente nulo;
(d) El comprador que ignora el vicio del contrato tiene derecho a demandar al vendedor por daños y perjuicios;
(e) El derecho otorgado al comprador en el punto (d) puede ser ejercido indistintamente si el vendedor ha actuado de buena o de mala fe.

El artículo bajo análisis contiene algunos conceptos que consideramos necesario comentar.

En primer término, dentro de la línea francesa, el contrato se considera nulo, pero no solo nulo, sino absolutamente nulo, es decir, desterrando así la posibilidad de interpretar dicha nulidad como relativa.

Vale decir, que el Código Civil Costarricense pareciera querer zanjar con la redacción de la primera parte del artículo 1061, la discusión que para la fecha de su elaboración y promulgación ya era amplia acerca del carácter absoluto o relativo de la nulidad del contrato de venta de bien ajeno en el Código Civil Francés. Y, como resulta evidente, el Código Civil Costarricense se inclina por el primero de los criterios señalados, de modo tal que no nos caben dudas al respecto.

Este Código también reitera la omisión consistente en solo otorgar al comprador adquirente de buena fe la facultad de demandar al vendedor los daños y perjuicios sufridos, y acentúa el error cuando establece que esta acción podrá ser interpuesta aun contra el vendedor de buena fe. Para este punto, son de aplicación nuestras críticas formuladas al particular en páginas anteriores.

El Código bajo comentario trata acerca del contrato de compraventa de bienes ajenos en cuatro normas adicionales, los artículos 1062 a 1065.

El artículo 1062 regula la procedencia de las acciones de nulidad por parte del comprador y del vendedor:

Artículo 1062.- «Esta nulidad puede ser opuesta como excepción por el vendedor, cuando sea demandado para la entrega de la cosa o para el otorgamiento de la escritura pública, y por el comprador, como acción o excepción en cualquier tiempo, salvo lo dicho en los dos artículos siguientes».

Veamos cuáles son sus elementos:

(a) El vendedor solo puede oponer la nulidad a título de excepción cuando sea demandado para la entrega de la cosa o para el otorgamiento de la escritura pública;
(b) El comprador podrá interponer la nulidad, ya sea a título de acción o a título de excepción, en cualquier momento, con las excepciones de los artículos 1063 y 1064, que analizaremos oportunamente.

Sin duda alguna, un aspecto positivo de este Código Civil es haber contemplado expresamente la acción de nulidad para que sea ejercida por el vendedor del bien aunque ésta

solo pueda ser interpuesta a título de excepción, en los casos taxativamente señalados en la norma bajo comentario, cuando en realidad, a nuestro entender, debió ser otorgada en el más amplio sentido.

El artículo 1063 está referido a la posibilidad de que la nulidad del contrato de venta de bien ajeno sea salvada en virtud de dos circunstancias especiales. Concretamente, esta norma establece que dicha nulidad queda salvada en dos supuestos:

(a) Si el verdadero propietario ratifica la enajenación; o
(b) Si el vendedor llega a ser ulteriormente propietario de la cosa vendida.

El texto del referido artículo es el siguiente:
Artículo 1063.- «La nulidad de la venta de cosa ajena, queda salvada si el verdadero propietario ratifica la enajenación, o si el vendedor llega a ser ulteriormente propietario de la cosa vendida».

Esta norma, que no es única en el contexto de la legislación civil extranjera, adolece —tal como analizamos oportunamente— de serias deficiencias, sobre todo en el caso de un Código como el Costarricense que considera el contrato bajo comentario como absolutamente nulo; pues solo cabe preguntarnos, ¿cómo se puede salvar una nulidad absoluta? Y en el supuesto negado de que se pudiera salvar, en la norma bajo comentario, si el verdadero propietario del bien vendido ratifica la venta hecha por un tercero no propietario, esta ratificación no podrá revestir otra forma que la de un nuevo contrato de compraventa.

El segundo de los supuestos, es decir, aquel por el cual el vicio del contrato queda salvado si el vendedor llega a ser ulteriormente propietario del bien ajeno, en todo caso podría tener validez si es que dicha nulidad tuviese carácter distinto al otorgado por el Código Civil de Costa Rica.

El artículo 1064 de este Código contempla un supuesto de compraventa de bien parcialmente ajeno. Pero solo uno de los dos supuestos, tal vez el más frecuente que puede revestir una venta de estas características: la venta de la totalidad de un bien indiviso del cual el vendedor es solo copropietario. En este caso, se consideran los siguientes elementos adicionales:

(a) El vendedor vende un bien que aparentemente le pertenece en su totalidad, cuando realmente solo es copropietario del mismo;
(b) Una venta de estas características es válida sólo en cuanto a la parte que pertenece al vendedor;
(c) Pero si el vendedor ignoraba que dicha parte era ajena, podrá demandar la rescisión del contrato.

El texto del artículo 1064 es el siguiente:
Artículo 1064.- «La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa, como perteneciéndole por entero, es válida en cuanto a la parte del vendedor; mas si el comprador ignoraba el vicio de la venta, podrá rescindirla».

Sin duda alguna esta norma resulta muy interesante, ya que si analizamos el artículo bajo comentario dentro del contexto de las demás normas acerca de la compraventa de bienes ajenos, podremos observar que el contrato será absolutamente nulo respecto de la parte ajena del bien vendido, y válido, respecto de aquella parte que era propia del vendedor. Pero sin embargo, resulta curioso que se otorgue al comprador que desconocía el carácter ajeno de dicha parte, la acción de rescisión del contrato. Entendemos se ha hecho con el propósito de que no vea perjudicados sus intereses, si adquiriendo sólo una parte indivisa del bien esta adquisición no satisface sus expectativas.

La norma del artículo 1065 resulta siendo una por la cual se exceptúa de la regulación sobre la compraventa de

bienes ajenos a los contratos en que se vendan bienes muebles, ya que se considera que respecto de esta clase de bienes el comprador se hace inmediatamente propietario, si entró en posesión real de los mismos, salvo lo dispuesto en el artículo 481 de este Código. Vale recalcar que la excepción regirá solo en los casos que el comprador haya entrado en posesión real del bien, pues, anteriormente el comprador no se habrá hecho aún propietario del mismo. El texto del artículo 1065 es el siguiente:

Artículo 1065.- «La nulidad de la venta de cosa ajena no se aplica a cosas muebles, pues respecto de éstas el comprador de buena fe se hace inmediatamente propietario, si entró en posesión real salvo lo dispuesto en el artículo 481».

La regulación del Código Civil Costarricense respecto del contrato de venta de bien ajeno tiene algunos aciertos, pero resulta poco convincente. Sin embargo, en este aspecto el Código Costarricense de 1888 no es del todo criticable, pues si tenemos en cuenta su fecha de promulgación, sin duda alguna, para la época, trae algunos avances significativos, como aquellos que hemos comentado favorablemente.

— *Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, del año 1890:*

De otro lado, el Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por el profesor francés G. Boissonade, y publicado en 1890, siguió fiel a la tradición francesa, ya que en su artículo 679, recogió el principio de la nulidad de este contrato. Sin embargo, contiene algunas adiciones que consideramos dignas de comentario. El texto de la citada norma es el siguiente:

Artículo 679.- «La venta de la cosa ajena es nula para las dos partes. Nunca la nulidad puede ser invocada por el vendedor, salvo que éste ignorase, al momento de la venta, que la cosa era ajena.

Las reglas concernientes al ejercicio de las acciones y excepciones respectivas, la restitución del precio y las indemnizaciones debidas por el vendedor están establecidas en la garantía de evicción».

Comentando esta norma, cabe decir, en primer lugar, que se señala que un contrato de tales características es nulo para las dos partes, con lo que, al igual que el Código Costarricense de 1888, comentado anteriormente, intentaba zanjar, la discusión derivada de la redacción del artículo 1599 del Código Civil Francés. Esto es natural, con distinta terminología, ya que el Proyecto Boissonade señala que un contrato de esta naturaleza era nulo para las dos partes, lo que equivale, a todas luces, a decir que era absolutamente nulo.

Además se señala que la nulidad nunca puede ser invocada por el vendedor, salvo que éste ignorase, al momento de la venta, que la cosa era de otro.

Pensamos que de la redacción antes citada, podría interpretarse como que se sobreentiende que la nulidad puede ser invocada siempre por el comprador, ya que no hace mención expresa de este último. Sin embargo, esta situación traería muchas injusticias, pues cabría la posibilidad, ya que no hay nada que impida lo haga, que el comprador de mala fe, es decir, aquel que conocía que el bien era ajeno, demande la nulidad del contrato. Sin duda, una peligrosa omisión.

— *Código Civil Mexicano de 1927:*

El Código Civil Mexicano de 1927 es otro cuerpo legislativo que sanciona con nulidad a este contrato. Así lo determina en su artículo 2124. El texto de este numeral es el siguiente:

Artículo 2124.- «La venta de cosa ajena es nula y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe, debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el

título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe».

Este artículo es una consecuencia de la norma que lo precede, el numeral 2123, que establece que «Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad».

Aparte de los elementos consistentes en la naturaleza del contrato celebrado y los bienes que son objeto del mismo, el artículo 2124 tiene los siguientes elementos:

(a) El contrato es nulo;
(b) El vendedor es responsable de los daños y perjuicios causados, si procedió con dolo o mala fe;
(c) Se debe tener presente, para efectos de contratos de estas características, lo que se dispone en el Título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe.

Algo positivo de esta norma es el hecho de haber establecido que el vendedor solo es responsable de los daños y perjuicios causados, si es que actuó de mala fe o con dolo, ya que así se evitan probables injusticias.

También resulta interesante observar que este Código omite mención alguna respecto a las acciones que se pueden derivar de un contrato de estas características, con lo cual, si bien se deja libertad al respecto, no se aclara el panorama, más aún si, como es el caso, el contrato se considera nulo y no anulable, con lo cual se crea una seria incertidumbre respecto de quiénes y en qué casos pueden interponer dicha acción, y —al no establecerse restricciones— se crean vacíos y posibilidades muy peligrosas.

El Código Civil Mexicano de 1927 también incluye una norma acerca de la convalidación del contrato, la misma que no es congruente con el sistema adoptado por este Código. Se trata del artículo 2125, cuyo texto es el siguiente:
Artículo 2125.- «El contrato quedará revalidado si antes de que tenga lugar la evicción adquiere el vendedor, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa vendida».

— *Anteproyecto de Código Civil para Bolivia elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo de 1943:*

Ángel Ossorio y Gallardo, en su Anteproyecto de Código Civil para Bolivia, publicado en 1943, también se pronuncia contra la validez de un contrato de estas características, cuando en el artículo 1046, lo considera nulo:
Artículo 1046.- «Es nula la venta de la cosa ajena y no producirá efectos ni aun para terceros adquirentes de buena fe, salvo los derechos emanados del Registro de la Propiedad o de la contratación legal en bolsa».

Según señala el propio Ossorio, esta nulidad es absoluta, dado que no es posible permitir la celebración y la validez de contratos de esta naturaleza. Ossorio se sigue apoyando, en 1943, en las razones de los jurisconsultos franceses de comienzos del Siglo XIX.

Sin embargo, Ossorio señala algo que va inclusive más allá del principio francés, pues considera expresamente que un contrato de estas características no producirá efectos ni para las partes, ni aun para terceros adquirentes de buena fe. Pero, establece excepciones consistentes en los derechos emanados de los Registros de la Propiedad o de la contratación legal en Bolsa.

— *Código Civil Guatemalteco de 1973:*

El más reciente Código Civil encontrado que contiene el principio francés, es el Código Guatemalteco del año 1973, el cual califica a este contrato como nulo, en su artículo 1794, cuyo texto es el siguiente:
Artículo 1794.- «Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad. La venta de cosa ajena es nula, y el vendedor debe restituir el precio si lo hubiere recibido y responder de daños y perjuicios si hubiere procedido de mala fe.

El que comprare lo suyo por haberlo creído de otro, tiene derecho a conservar la cosa y a que se le restituya el precio».

Esta norma, además de los elementos naturales siempre señalados en artículos similares, contiene los siguientes:

(a) No se comienza por señalar la imposibilidad expresa de vender bienes ajenos, sino que la prohibición se establece por el lado de quien vende, al señalarse que ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad;
(b) En seguida se ratifica, con los términos habituales en otras legislaciones, que la venta de cosa ajena es nula;
(c) Se establece que el vendedor está en la obligación de restituir el precio, si lo hubiere recibido;
(d) Se establece la obligación del vendedor que procedió de mala fe, de responder por los daños y perjuicios ocasionados.

Esta norma, al igual que la del Código Civil Francés, contiene serias deficiencias, consistentes en no establecer, en este caso, acorde con los tiempos, una estipulación en la cual se sancione una nulidad relativa, sino seguir estableciendo, de manera absurda, el criterio de la nulidad absoluta.

Sin embargo, resulta interesante el hecho de haber explicitado que el vendedor que ha recibido el precio del bien, está en obligación de restituirlo al comprador. A pesar de que esto resulta obvio, en la mayoría de legislaciones que se inclinan por el Sistema Francés, pero que no lo contemplan expresamente, consideramos oportuno haber incluído este precepto, ya que así no se deja lugar a interpretaciones erróneas sobre el particular.

Lamentablemente, el Código Civil Guatemalteco no corrige el viejo problema de no establecer la obligación del abono de daños y perjuicios respecto de ambas partes contratantes, sino que la limita al vendedor que procedió de mala fe. En cuanto a que solo procedan éstos en caso se hubiese actuado dolosamente, estamos de acuerdo, pero, sin embargo, consideramos que se debió comprender también al comprador, por las razones anotadas en momento oportuno.

Por lo demás, el Código bajo comentario no aporta nada significativo y, más bien respecto al tema representa un atraso.

— *Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922:*

Por último, cabe mencionar al Código Civil Ruso de 1922. Este cuerpo legislativo en su artículo 183 prescribe que el derecho a vender un bien compete a su propietario. Señala, además, que de ser vendido un bien por alguien que no tenga tal carácter, como regla general, el comprador no adquirirá su propiedad, salvo los casos en que no tuviese derecho a reivindicar los bienes, de acuerdo a lo prescrito por los artículos 59 y 60 de este Código.

El texto del citado artículo 183 es el siguiente:
Artículo 183.- «El derecho a vender los bienes compete al propietario, fuera de los casos de venta en subasta pública. Si los bienes fuesen vendidos por no propietarios, el comprador solo adquirirá el derecho de propiedad en los casos en que, conforme a los artículos 59 y 60, el propietario no tuviese derecho a reivindicar los bienes».

3.2. Contrato anulable

Dado que en Derecho Francés la palabra «nulidad», puede comprender tanto a la nulidad absoluta, como a la nulidad relativa (anulabilidad en el Derecho Peruano), la doctrina y jurisprudencia de ese país se esforzaron por precisar que el carácter de dicha nulidad era relativo y no absoluto, principio que —a entender del sector inmensamente mayoritario de la doctrina francesa— es el más razonable.

Además, esta fue la opción que empezó a triunfar jurisprudencialmente en Francia desde la dación del Código Civil. A ella se adhieren Laurent, Planiol y Ripert, Guillouard y Baudry-Lacantinerie, entre otros.

3.2.1. Argumentos de la doctrina en favor de esta posición

Los argumentos que la doctrina francesa recoge en favor de esta alternativa son los siguientes:

3.2.1.1. En relación a los efectos del contrato

Permite a la venta producir todos sus efectos, en tanto ella no sea anulada. A favor de esta posición se encuentran: Guillouard,[84] Laurent,[85] Josserand,[86] y Baudry-Lacantinerie.[87]

3.2.1.2. En relación al saneamiento por evicción

De allí se explicaría por qué se hace nacer la obligación de garantía a la obligación del vendedor cuando la evicción esté consumada. Guillouard[88] y Laurent[89] respaldan esta posición.

3.2.1.3. En relación a la prescripción adquisitiva

Porque puede servir, de acuerdo al artículo 2265 del Código Napoléon, de justo título a la prescripción adquisitiva. Sobre este aspecto podemos apreciar el parecer de Guillouard.[90]

---

84 GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 466.
85 LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, página 111.
86 JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 27.
87 BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo III, página 323.
88 GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 466.
89 LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, página 111.
90 GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 466.

3.2.1.4. En relación a los frutos y productos

Porque puede servir para la adquisición de los frutos, de acuerdo a los artículos 549 y 550 del Code. Guillouard[91] y Laurent[92] se pronuncian en este sentido.

3.2.1.5. En relación al titular de la acción

Por ser anulable y no nula, la acción está reservada al comprador que desconocía el carácter ajeno del bien y no al vendedor, a quien también le correspondería —de ser de nulidad—, lo que sería injusto en Derecho. Guillouard,[93] Planiol y Ripert,[94] Josserand[95] y Baudry-Lacantinerie,[96] comparten este parecer.

3.2.1.6. En relación a los daños y perjuicios

Da lugar a daños y perjuicios; tal como expresan. Laurent[97] y Baudry-Lacantinerie.[98]

3.2.1.7. En relación a la posibilidad de adquirir el bien por prescripción adquisitiva

El comprador puede usucapir en un plazo de 10 años, para lo que es necesario un justo título, de acuerdo al artículo 2265, tal como anotan Laurent,[99] Josserand[100] y Baudry-Lacantinerie.[101]

---

91 GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 466.
92 LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, página 112.
93 GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 466.
94 PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, páginas 43 y 44.
95 JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 27.
96 BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo III, página 322.
97 LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, página 111.
98 BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo III, página 323.
99 LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, página 111.
100 JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 27.
101 BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo III, páginas 322 y 323.

3.2.1.8. En relación a la posibilidad de confirmación del acto

La nulidad es susceptible de desaparecer por efecto de una confirmación, sobrevenida después del descubrimiento del error, y también, según la jurisprudencia, por razón de acontecimientos que convirtieron inmediatamente al comprador en propietario, bien porque el propietario hubiera ratificado la venta estipulada sin contar con él, bien que el vendedor haya adquirido ulteriormente la propiedad, la cual ha pasado automáticamente al comprador; en semejante caso, el comprador, no teniendo ya que temer la evicción, no podría quejarse; lo mismo ocurriría, y la venta sería decididamente nula, si los acontecimientos de que se trata se produjeran en un momento en que el comprador había ya demandado la nulidad y en que la situación estaba, por consiguiente, fijada. Baudry-Lacantinerie respalda esta afirmación.[102]

3.2.2. Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica que adoptan el sistema de la nulidad relativa o anulabilidad de la venta de bien ajeno

Como hemos podido apreciar cuando analizamos los alcances del artículo 1599 del Código Civil Francés y, en especial, lo relativo al carácter de la nulidad en él establecida, la mayoría de comentaristas de dicho cuerpo legislativo se inclinaron por sostener que se trataba de una nulidad relativa, o lo que hoy en día se conoce como anulabilidad.

Conforme se difundía esta interpretación y se consideraban los sólidos argumentos que la abonan, muchas legislaciones fueron inclinándose por entender al contrato bajo comentario como uno atacado por nulidad relativa.

En adelante un análisis de estos cuerpos legales y proyectos legislativos.

---

[102] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo III, página 322.

— *El Codigo Civil Argentino:*

El Código Civil Argentino, obra del notable jurista Dalmacio Vélez Sarsfield, contempla, respecto del contrato de venta de bien ajeno, el principio francés de la nulidad. Pero en ese país ha habido un proceso de crítica doctrinaria y jurisprudencial, e intentos de reforma bastante importante.

La regulación del Código Civil Argentino acerca de los contratos sobre bienes ajenos y, específicamente del contrato de venta de bien ajeno, es muy especial.

Este Código establece dos normas generales acerca de los contratos sobre cosas ajenas: los artículos 1177 y 1178. La primera de las normas citadas establece lo siguiente:
Artículo 1177.- «Las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos. Si el que promete entregar cosas ajenas, no hubiese garantizado el éxito de la promesa, sólo estará obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice.

Si él tuviera culpa de que la cosa ajena no se entregue, debe satisfacer las pérdidas e intereses. Debe también satisfacerlas, cuando hubiese garantizado la promesa, y ésta no tuviere efecto».

El artículo transcripto establece como regla, que las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos. Veamos los elementos de la norma bajo comentario:

(a) Como regla general, las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos;
(b) Si el que promete entregar cosas ajenas no hubiese garantizado el éxito de la promesa, este promitente solo estará obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice;
(c) Si el promitente fuese culpable de que la cosa ajena no se entregue, deberá satisfacer las pérdidas e intereses;
(d) El promitente deberá también satisfacer las pérdidas e intereses cuando hubiese garantizado la promesa y ésta no tuviere efecto.

Es pertinente observar que la segunda parte de este artículo parecería dar a entender que se está asimilando ésta a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. En este caso, el artículo 1177 llega a distinguir cuando lo que se promete es una obligación de medios o una de resultados (más allá de admitir o no en el plano teórico una distinción conceptual en este sentido).

Pero lo que en realidad hace el artículo 1177 es establecer de modo muy claro la regla por la cual resulta perfectamente posible contratar sobre bienes ajenos. Y es que, en principio y salvo los problemas respecto de los contratos de compraventa y permuta, no hay nada que realmente impida la celebración de contratos de tal naturaleza.

Como señala Guillermo Borda,[103] « [...] (la) aplicación de esta regla es particularmente clara en el supuesto de que el contrato no signifique un compromiso de transferir el dominio; ningún inconveniente hay en que la cosa ajena pueda ser objeto de un contrato de locación, de depósito, de comodato, etc».

El citado autor agrega que «[...] inclusive es concebible la validez de un contrato de compraventa de una cosa ajena en algunos supuestos de excepción».

Por su parte, el artículo 1178 establece lo siguiente:

Artículo 1178.- «El que hubiere contratado sobre cosas ajenas como cosas propias, si no hiciere tradición de ellas, incurre en el delito de estelionato, y es responsable de todas las pérdidas e intereses».

La citada norma contempla el supuesto en el cual una de las partes contrata sobre cosas ajenas como si fueran propias. Para el caso se establece que si este contratante no hiciere tradición de las cosas, incurre en el delito de estelionato, siendo responsable, además, de todas las pérdidas e intereses.

[103] BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, página 93.

Pero el artículo 1178 no es el único respecto de esta clase de contratos. También tenemos al numeral siguiente, el 1179:

Artículo 1179.- «Incurre también en el delito de estelionato y será responsable de todas las pérdidas e intereses quien contratare de mala fe sobre cosas litigiosas, pignoradas, hipotecadas, o embargadas, como si estuviesen libres, siempre que la otra parte hubiese aceptado la promesa de buena fe».

Esta norma también se refiere a algunos supuestos, distintos del de los contratos sobre bienes ajenos, sobre el delito de estelionato. Pero no es el caso ocuparnos de ella. Sin embargo, debemos puntualizar nuestra opinión en el sentido de que consideramos impropio que un Código Civil se ocupe de materias de índole penal.

Pero creemos conveniente, para terminar de tratar acerca de la regulación que en la Parte General de Contratos merecen en el Código Civil Argentino los contratos sobre bienes ajenos, que como señaláramos al principio, la redacción del artículo 1177 puede conducir a contemplar varios supuestos; más aún, si lo analizamos conjuntamente con el artículo 1178. En tal sentido, resulta ilustrativa la opinión del profesor Guillermo A. Borda,[104] quien señala que cuando el contrato sobre cosa ajena envuelve una promesa de entregarla, hay que distinguir tres supuestos:

(a) El que ha prometido la cosa no garantizando el éxito de su promesa, caso en el cual solo estará obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice, debiendo satisfacer, si la cosa no se entrega por su culpa, todos los daños y perjuicios consiguientes;
(b) El que ha prometido la entrega de la cosa ajena garantizando su entrega. En este caso, si la cosa no se entre-

[104] BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, página 93.

ga aunque no mediara culpa de su parte, deberá la reparación de los daños;

(c) Si el que prometió la entrega hubiera ocultado que la cosa no le pertenecía, en tal caso incurre en delito de estelionato y será responsable de todas las pérdidas e intereses.

El Código Civil Argentino constituye, en lo referente a la contratación sobre bienes ajenos, una excepción dentro del conjunto de Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica, ya que establece como regla general para todos los contratos, la posibilidad de contratar sobre las cosas ajenas. En este sentido, nos hace recordar la norma contenida en el artículo 1409, inciso 2, del Código Civil Peruano (sobre el artículo 1409, inciso 2, del Código nacional, nos hemos ocupado en dos trabajos anteriores, nuestros libros «*Los Contratos Sobre Bienes Ajenos*», y «*El Bien Materia del Contrato de Compraventa*»).

El Código Civil Argentino, materia de análisis, contiene el concepto del contrato de compraventa, en su artículo 1323, teniendo carácter consensual.

Cuando trata acerca de la cosa vendida (artículo 1327) señala que pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, siempre que su enajenación no sea prohibida.

Sin embargo, contradiciendo el tenor de este último artículo y de los comentados numerales 1177 y 1178, el 1329 establece la prohibición de vender cosas ajenas, cuando señala lo siguiente:

Artículo 1329.- «Las cosas ajenas no pueden venderse. El que hubiese vendido cosas ajenas, aunque fuese de buena fe, debe satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que le resultasen de la anulación del contrato, si éste hubiera ignorado que la cosa era ajena. El vendedor después que hubiese entregado la cosa, no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la cosa. Si el comprador sabía que la cosa era ajena no podrá pedir la restitución del precio».

Este artículo ha sido materia de extensos comentarios por parte de los tratadistas argentinos. Nosotros tomaremos en primer lugar la opinión de Héctor Lafaille,[105] quien señala que «La venta de cosas ajenas no es sino un caso especial del artículo 1177, que se refiere a los objetos de esta naturaleza como materia de los contratos en general. Bajo este aspecto constituye una excepción a la regla [...]».

El propio Lafaille,[106] considera que la nulidad de este tipo de venta tiene su fundamento en el objeto, de modo tal que la exclusión de la cosa ajena respondería a inconvenientes derivados de los bienes que se procura transmitir por este medio.

Pero analicemos los elementos del artículo 1329, bajo comentario:

(a) Se establece como regla particular y privativa del contrato de compraventa, que las cosas ajenas no pueden venderse;

(b) El que hubiese vendido cosas ajenas, aunque fuere de buena fe, deberá satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que le resultasen de la anulación del contrato, siempre y cuando el comprador haya ignorado que la cosa era ajena;

(c) El vendedor después que hubiese entregado la cosa, no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la primera cosa;

(d) Si el comprador sabía que la cosa era ajena, no podrá pedir la restitución del precio.

Aparte del rasgo privativo que tiene el artículo bajo comentario y su carácter disímil respecto de la regla general

---

[105] LAFAILLE, Héctor. *Curso de Contratos*, página 38.

[106] LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, página 39.

(artículo 1177), debemos puntualizar que, a nuestro entender, el artículo 1329 contiene algunas deficiencias, tales como establecer que quien hubiese vendido un bien ajeno deberá responder siempre de los daños y perjuicios causados al comprador, aunque hubiese actuado de buena fe. Además esta norma, como sus similares en muchos otros Códigos Civiles, resulta incompleta ya que no establece la acción de daños y perjuicios para el vendedor que se ha visto perjudicado con un contrato de tales características.

Por lo demás, los supuestos o elementos (c) y (d) nos parecen razonables.

Sin embargo, extraña que a pesar del transcurso de los años, y de serios esfuerzos de reforma al respecto, no se haya variado aún el texto de este artículo, concordante con los primitivos conceptos que sobre el particular tuvieron los legisladores franceses del Código Napoléon.

Naturalmente, los comentaristas del Código Civil Argentino, coinciden en señalar el carácter relativo de dicha nulidad y los múltiples supuestos de excepción pasibles de estar contenidos en la norma bajo comentario. El propio José Olegario Machado[107] lo señalaba, recogiendo las palabras de Marcadé, de la siguiente manera:

> Sin duda que el acto es nulo respecto de él (el vendedor), pero no lo es completamente: el acto es nulo o inexistente como venta, como contrato traslativo de la propiedad, mas no lo es como contrato productivo de obligaciones [...].

Pensamos que no son los términos más afortunados, pero sin embargo es claro el propósito de las expresiones de José Olegario Machado.

En realidad, la redacción del artículo 1329, primer párrafo del Código Civil Argentino, es absolutamente contraria a lo que en él se quiso establecer.

[107] MACHADO, José Olegario. *Op. cit.*, tomo IV, página 189.

Las excepciones son tan numerosas que la norma aludida se constituye en excepción y aquellas en regla general.

Como anota Ernesto Clemente Wayar,[108] habría que completar la redacción del artículo 1329 a fin de darle su real significado, de la siguiente manera: «Las cosas ajenas no pueden venderse, cuando se las ofrece como si fueran propias».

El criterio expresado por Wayar coincide con el recogido por el Proceso de Reforma al Código Civil, que culminó con la formulación del Proyecto de 1936, que analizaremos más adelante.

La segunda norma del Código Argentino sobre el contrato de venta de bien ajeno, es el artículo 1330:

Artículo 1330.- «La nulidad de la venta de cosa ajena, queda cubierta por la ratificación que de ella hiciere el propietario. Queda también cubierta, cuando el vendedor ulteriormente hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida».

Los elementos de esta norma son los siguientes:

(a) La nulidad de un contrato de esta naturaleza, es susceptible de cubrirse por la ratificación que de ella hiciere el propietario;
(b) La nulidad de este contrato también puede salvarse cuando el vendedor, en forma ulterior a la celebración del contrato, hubiese venido a ser sucesor a título universal o singular de la cosa vendida.

Este artículo, destinado a subsanar la nulidad de la venta de lo ajeno, confronta las múltiples objecciones que sobre el particular formulamos en nuestros trabajos anteriores, cuando procedimos a analizar normas similares.

Es interesante observar que el Código Civil Argentino incluye, en la parte relativa a los bienes materia del contra-

[108] WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 206 y 207.

to de compraventa, una norma que trata acerca de la venta de los bienes parcialmente ajenos. En este caso se trata de una norma que regula —a la vez— la venta de la totalidad de un bien proindiviso por uno de sus copropietarios sin el consentimiento de los otros y, también, regula la venta de un bien parcialmente ajeno. El texto de esta norma es el siguiente:

Artículo 1331.- «La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa, es de ningún efecto aún respecto a la porción del vendedor; pero éste debe satisfacer al comprador que ignoraba que la cosa era común con otros, los perjuicios e intereses que le resulten de la anulación del contrato».

— *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936:*

El Proceso de Reforma al Código Civil Argentino promovido en las décadas de 1920 y 1930, proponía cambios bastante importantes respecto de este tema. A diferencia del Código vigente, el Proyecto de 1936, en la Parte General de Contratos, no hacía mención a los bienes ajenos.

En lo relativo al contrato de compraventa se incluía el siguiente artículo:

Artículo 911.- «Será anulable la venta de un bien ajeno que se hiciere como propio. El comprador o el vendedor podrá pedir la anulación antes de la entrega, y aun después de ella, siempre que fueren de buena fe.

Cuando el enajenante hubiere procedido por error, se aplicará lo dispuesto en el artículo 145, si no mediare tradición. Verificada ésta, deberá indemnizarse con arreglo a lo dispuesto en el título décimo séptimo, capítulo II, del presente libro y sección».

Cuando se trata del objeto de la compraventa, en el artículo 911 se señala que será anulable la venta de un bien ajeno que se hiciere como propio.

En este sentido, la redacción antes transcripta nos hace recordar las modificaciones que un sector de la doctrina plantea efectuar sobre el primer párrafo del artículo 1329 del Código Civil de dicho país, y que fueran citadas por Wayar, tal como señalamos al tratar acerca del mencionado cuerpo legal.

El aludido artículo 911 del Proyecto de Reforma de 1936 señala además que el comprador o el vendedor podrán pedir la anulación antes de la entrega, y aun después de ella, siempre que fueren de buena fe. Como vemos, este es uno de los pocos cuerpos normativos que otorgan expresamente al vendedor la facultad de ejercer alguna acción en este sentido.

Además se señala que cuando el enajenante hubiere procedido por error, se aplicará lo pertinente, si no mediare tradición del bien. Cabe resaltar, que este Proyecto de Código, contiene en el artículo bajo comentario, de manera expresa, la concepción que el vicio del cual está atacado el contrato de venta de bien ajeno en el cual una de las partes desconocía el carácter ajeno del bien, es el error, y éste, al ser uno de los vicios de la voluntad, acarrearía la anulación del contrato, acción que también se establece expresamente en la norma bajo comentario. Esta era una precisión positiva, que suscribimos, pero no se mencionaba al dolo, con lo que dicha precisión resultaba incompleta, al ser más frecuente el dolo que el error en la venta de bienes ajenos.

Por otra parte, el referido Proyecto también trataba sobre la venta de lo ajeno, en su artículo 912, norma cuyo texto era el siguiente:

Artículo 912.- «La nulidad de la venta de un bien ajeno, quedará cubierta con la ratificación del propietario, lo mismo que cuando el vendedor sucediere al primero, por título universal o singular».

El artículo 912 establece que la nulidad de la venta de bien ajeno puede quedar cubierta de dos maneras: con la ratificación del verdadero propietario, o cuando el vendedor

del bien deviniese en sucesor a título universal o singular del mismo. Creemos que debieron utilizarse en lugar de la palabra «nulidad», los términos «anulabilidad» o «vicio», ya que hubieran sido más congruentes con la naturaleza y contenido del artículo 911.

En el artículo 913 se contempla el caso de la venta de un bien parcialmente ajeno, pero en el supuesto específico de la copropiedad.

Creemos pertinente recordar que estas propuestas de reforma, que hubiesen sido positivas, nunca llegaron a plasmarse legislativamente.

— *El Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina:*

El referido Anteproyecto, elaborado por el Instituto de Derecho Civil del Ministerio de Justicia de la Nación, cuyo Director era el Doctor Jorge Joaquín Llambías, incluía una norma relativa a la venta de bienes ajenos, la misma que llevaba por sumilla «venta de cosa ajena». El texto de la mencionada norma era el siguiente:

Artículo 1100.- «Si se hubiese vendido una cosa ajena como propia, el comprador podrá demandar la resolución del contrato y el pago de los daños y perjuicios conforme a las normas del Título XI, Capítulo VI, del presente Libro, sin perjuicio de que el vendedor que haya padecido error, puede solicitar la anulación de la convención en los casos y bajo las condiciones que la ley autoriza.

Producida la evicción el comprador de mala fe solo podrá demandar la devolución del precio, pero no los daños y perjuicios.

Si la cosa fuera parcialmente ajena, el comprador podrá demandar la resolución y los daños y perjuicios cuando deba entenderse, según las circunstancias, que no habría comprado sin aquella parte; pero podrá optar por el mantenimiento del contrato respecto de la parte indivisa de

propiedad del vendedor, con disminución proporcional del precio».

— *La Reforma de 1968:*

El siguiente Proceso de Reforma, que concluyó positivamente en 1968, con la Ley 17.711, no introdujo modificación alguna al respecto.

— *El Proyecto de Reforma de 1987:*

Hace trece años, la Argentina vivió un nuevo Proceso de Reforma. Concretamente en el año de 1987 fue publicado el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, aprobado, en ese mismo año, por la Cámara de Diputados de la Nación. Este Proyecto no se tradujo en Ley por veto presidencial.

Del mencionado Proyecto, nos interesan tres normas: los artículos 1323, 1325 y 1328:

Artículo 1323.- «Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra el dominio de una cosa, y ésta a pagar un precio en dinero».

Artículo 1325.- «Pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, siempre que su enajenación no sea prohibida».

Artículo 1328.- «Es válida la venta de cosa total o parcialmente ajena. El vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador».

El artículo 1323 modifica —a nuestro entender, indebidamente— el concepto del contrato de compraventa. El Código Argentino —en su redacción actual— establece, en el artículo 1323, que habrá compraventa cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero. El artículo del Proyecto modifica al artículo vigente en cuatro aspectos: el vendedor no se obliga a transferir propiedad sino dominio; el comprador no se obliga

a recibirla; respecto del precio, se ha creído conveniente eliminar la palabra «cierto»; y, por último, se cambia la nomenclatura del contrato, al dejar de llamarlo compraventa, para volver a la antigua denominación «compra y venta».

El actual artículo 1327, relativo a las cosas que pueden venderse, establece que pueden enajenarse todas aquellas que pueden ser objeto de los contratos, aunque sean cosas futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida, eliminándose una parte de dicha norma en el Proyecto.

El tratamiento que la venta de bienes ajenos recibe en el Código Argentino vigente (artículos 1329 a 1331), que tiene como regla general el que las cosas ajenas no puedan venderse (artículo 1329), es modificado sustancialmente en el Proyecto de 1987, por el artículo 1328, precepto que establece su validez en el caso que el bien materia del contrato sea total o parcialmente ajeno. Se establece además, que el vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador. Esta norma nos parece buena, por su brevedad y la libertad contractual que plantea. Además, en su segundo párrafo, prevé como consecuencia de este contrato, que el vendedor se obligue a transferir, por él mismo, el derecho de propiedad (contrato de compraventa) o hacer transmitir su dominio al comprador por el verdadero propietario, supuesto que escaparía a la esfera del contrato de compraventa, para constituirse, a nuestro entender, en una aplicación legal a las consecuencias del contrato de compraventa, de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

— *El Dictamen del Proyecto de Reforma de 1993:*

A mediados del año 1993, la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, a través de la Comisión Oficial integrada por los Diputados Rodolfo M. Parente y César Arias, aprobó un Dictamen de Proyecto de Reforma al Código Civil.

Este Dictamen, si bien con algunas alteraciones en la numeración (artículos 1323, 1328 y 1331), recogía —en relación al tema que nos ocupa— las mismas propuestas modificatorias que el Proyecto de 1987, motivo por el cual hacemos de aplicación, *mutatis mutandis*, nuestros comentarios al respecto.

— *Código Civil Nicaragüense de 1903:*

Pasando a la legislación de otro país, el Código Civil Nicaragüense de 1903 regula también al contrato de venta de bien ajeno, en su artículo 2568. Esta norma, bastante extensa por cierto, tiene el texto siguiente:

Artículo 2568.- «Las cosas ajenas no pueden venderse. El que hubiese vendido cosas ajenas, aunque de buena fe debe satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que le resultaren de la anulación del contrato, si dicho comprador hubiese ignorado que la cosa era ajena. El vendedor después que hubiese entregado la cosa, no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la cosa. Si el comprador sabía que la cosa era ajena, no podrá pedir la restitución del precio. La nulidad de la venta de cosa ajena es relativa; y por consiguiente, queda cubierta por la ratificación que de ella hiciere el propietario. Queda también cubierta cuando el vendedor ulteriormente hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida».

Esta norma, a nuestro entender, presenta los siguientes elementos:

(a) Se establece como regla general, que las cosas ajenas no pueden venderse;
(b) Si el comprador hubiese desconocido que el bien era ajeno, al momento de la celebración de contrato, y hubiese sufrido daños y perjuicios, éstos deberán ser resarcidos por el vendedor, no interesando si éste hubiese actuado de buena o de mala fe;
(c) El vendedor después de haber efectuado la entrega de

la cosa no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la cosa;

(d) Se establece expresamente que la nulidad de la venta de cosa ajena es relativa;

(e) Como consecuencia de lo establecido en el punto anterior, el artículo deriva que por consiguiente, la nulidad queda cubierta por la ratificación que de ella hiciere el propietario;

(f) Se establece, además, que queda también cubierta cuando el vendedor ulteriormente, al momento de la celebración del contrato, hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida.

Qué mejor ejemplo que el Código Civil Nicaragüense de 1903, para graficar los temores respecto del contrato de venta de bien ajeno. Como vemos, en la primera parte de esta norma se señala de manera muy clara —y como regla general— que las cosas ajenas no pueden venderse, pero más adelante se precisa que la nulidad de la venta de cosa ajena no es absoluta sino relativa, como queriendo aclarar la discusión que generó el tema en Francia.

Esta norma establece, al igual que otros Códigos ya comentados, la obligación del vendedor de resarcir al comprador que desconocía el carácter ajeno del bien por los daños y perjuicios sufridos, no importando, para estos efectos, si el vendedor actuó de buena o de mala fe. Sin duda alguna, como ya lo hemos dicho, normas de este corte son incompletas, en razón de que solo otorgan la respectiva acción al comprador, mas no al vendedor; e injustas, por cuanto no distinguen las consecuencias derivadas de la buena o mala fe del vendedor al momento de la celebración del contrato. Una excesiva protección al comprador, en perjuicio, a nuestro criterio, injustamente, del vendedor.

Sin embargo, sí nos parece muy positivo que, aunque no en sentido afirmativo, sino por el argumento *contrario sensu*, podamos deducir que si después de haber efectuado

la entrega de la cosa, el vendedor no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución del bien, el comprador está facultado para demandar la anulación del contrato, al igual que el comprador, en su caso, con las restricciones antes mencionadas.

Por último, en lo que respecta a la manera de salvar la nulidad relativa, que está contenida en el literal (e), seguimos manteniendo nuestras reservas, sustentadas en los argumentos mencionados oportunamente.

Sin embargo, respecto a la manera de subsanar la nulidad mencionada por nosotros con el literal (f), manifestamos considerarla procedente.

Además, el Código Civil Nicaragüense de 1903 regula en su artículo 2569 el supuesto de venta de un bien parcialmente ajeno, pero en el caso específico de la copropiedad:

Artículo 2569.- «La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa, es de ningún efecto aún respecto a la porción del vendedor; pero éste debe satisfacer al comprador que ignoraba que la cosa era común con otros, los perjuicios e intereses que le resulten de la anulación del contrato.

Es aplicable a este caso lo dispuesto en el artículo que precede».

— *Código Civil Venezolano de 1942:*

De otro lado, el Código Civil Venezolano de 1942, también se pronuncia en el sentido de que el contrato de venta de bien ajeno es anulable (artículo 1483), si el comprador ignoraba que la cosa era de otra persona.

Esta norma también otorga a dicho comprador la acción para demandar al vendedor los respectivos daños y perjuicios causados.

Por último, establece que la nulidad de esta norma no podrá ser alegada nunca por el vendedor, precepto que, como ya hemos comentado en oportunidades anteriores, re-

sulta insuficiente y arbitrario. Como también es insuficiente y arbitraria la norma que otorga acción de daños y perjuicios solo al comprador, por las razones ya esgrimidas:
Artículo 1483.- «La venta de la cosa ajena es anulable, y puede dar lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, si ignoraba el comprador que la cosa era de otra persona.

La nulidad establecida por este artículo no podrá alegarse nunca por el vendedor».

Aunque no es indispensable hacerlo, cabe puntualizar que el Código Civil Venezolano de 1942, respecto al tema tratado en estas páginas, no constituye ningún avance.

Por último, debemos señalar que la norma comentada no sufrió alteración alguna con el Proceso de Reforma que concluyó en el año de 1982.

— *Código Civil Portugués de 1967:*

Y llegamos al Código Civil Portugués de 1967. La Sección IV del Título del Contrato de compraventa regula lo relativo a la venta de bienes ajenos, entre los artículos 892 y 903, es decir, en más de diez normas, constituyendo el tratamiento más meticuloso y extenso que sobre el particular dé Código alguno. En adelante analizamos este tema:
Artículo 892.- «(Nulidad de la venta) Es nula la venta de bienes ajenos siempre que el vendedor carezca de legitimidad para realizarla; pero el vendedor no puede oponer la nulidad al comprador de buena fe, como no puede oponerla al vendedor de buena fe el comprador doloso».

En el artículo 892 se sanciona con nulidad la venta de los bienes ajenos, en el supuesto de que el vendedor carezca de legitimidad para hacerla. Esto resulta obvio, ya que —caso contrario— estaríamos en el supuesto de una venta realizada por alguien que es propietario del bien, o que esté facultado para hacerla en virtud de un mandato o de una disposición legal.

Artículo 893.- «(Bienes ajenos como bienes futuros) La venta de bienes ajenos, no obstante, queda por esto, sujeta al régimen de la venta de bienes futuros si las partes los considerasen de esta calidad».

El artículo 893 admite que el tratamiento aplicable a los bienes ajenos sea el dispuesto para los bienes futuros, en caso las partes los consideren de esta calidad. Pensamos que tal situación es contemplada en virtud de que el Código Portugués habría adoptado aquella teoría por la cual se entendería por bienes ajenos los que todavía no se encuentran en el patrimonio de una persona, incluyendo en éstos a los que pertenecen a terceros, los que no pertenecen a nadie y aquellos que aún no existen.
Artículo 894.- «(Restitución del precio)

1. Siendo nula la venta de bienes ajenos, el comprador que hubiera procedido de buena fe tiene derecho de exigir la restitución íntegra del precio, aunque los bienes hayan disminuido de valor por cualquier otra causa.
2. Pero, si el comprador hubiese obtenido provecho de la pérdida o disminución de valor de los bienes, será el provecho restado del monto del precio y la indemnización que el vendedor tenga que pagarle».

En el artículo 894 se trata acerca de la restitución del precio, en caso el comprador hubiese procedido de buena fe. Esta restitución puede ser por el íntegro del precio, aunque por cualquier motivo los bienes hubiesen disminuido de valor. Sin embargo, si el comprador hubiera obtenido provecho de la pérdida mencionada, ésta se reduciría del monto que por concepto de indemnización el vendedor deba abonarle.

Esta norma es una muestra del rigor y la precisión del Código Portugués. Sin duda es equitativa, ya que hace referencia directa a una hipotética disminución de valor del bien e inclusive a los provechos que el comprador hubiese podido obtener del bien objeto del contrato de compraventa.
Artículo 895.- «(Consolidación del contrato) Luego que el vendedor adquiera por algún modo la propiedad de la cosa o

del derecho vendido, el contrato se torna válido y dicha propiedad o derecho se transfiere para el comprador».

El artículo 895 se refiere a la consolidación del contrato. Esta es una ficción jurídica, ya que como lo expresamos oportunamente, no pensamos que el hecho que acá se invoca, deba ser considerado como determinante para alterar la validez o invalidez de un contrato de tal naturaleza, a pesar de las razones de índole práctica que abonan esta teoría.

En virtud de la norma citada, el contrato que por el artículo 892 es nulo, se convertiría en válido por el solo hecho de que el vendedor haya devenido en propietario de la cosa vendida. Además, se establece que la propiedad de este bien se transfiere para el comprador de un modo inmediato.

Artículo 896.- («Casos en que el contrato no se consolida)

1. El contrato no adquiere, no obstante, validez, si entretanto ocurre alguno de los siguientes hechos:
   a) Demanda judicial de declaración de nulidad del contrato, formulada por uno de los contratantes contra el otro;
   b) Restitución del precio o pago de indemnización; en todo o en parte, con aceptación del acreedor;
   c) Transacción entre los contratantes, en la cual se reconozca la nulidad del contrato;
   d) Declaración escrita, hecha por uno de los estipulantes al otro, de que no quiere que el contrato deje de ser declarado nulo.
2. Las disposiciones de las líneas (a) y (d) del numeral precedente, no perjudican lo dispuesto en la segunda parte del artículo 892».

El artículo 896 establece cuatro causales por las cuales el contrato no se consolida.

Justamente por cuanto no consideramos pertinente ni relevante esta propuesta, no haremos mayores comentarios al respecto.

Artículo 897.- «(Obligación de consolidación)

1. En caso de buena fe del comprador, el vendedor está obligado a salvar la nulidad de la venta, adquiriendo la propiedad de la cosa o derecho vendido.
2. Cuando exista una obligación tal, el comprador puede subordinar el no cumplimiento de ella, dentro del plazo que el tribunal fije, al efecto previsto en la línea (a) del numeral 1 del artículo anterior».

El artículo 897 prevé que en el caso en el cual el comprador haya sido de buena fe, el vendedor estará obligado a efectuar lo necesario para lograr se cumpla el supuesto del artículo 895 (la consolidación del contrato), la que puede ser considerada por nosotros como una norma de economía contractual.

Artículo 898.- «(Indemnización en caso de dolo) Si uno de los contratantes hubiese procedido de buena fe y el otro dolosamente, el primero tiene el derecho a ser indemnizado, en los términos generales, de todos los perjuicios que no hubiese sufrido si el contrato fuese válido desde el comienzo o no hubiese sido declarado conforme venga o no a ser salvada la nulidad».

El artículo 898 establece que si uno de los contratantes hubiese actuado dolosamente, deberá indemnizar al otro por los perjuicios que no hubiera sufrido de ser válido el contrato desde el comienzo, o no hubiese sido celebrado conforme venga o no a ser salvada la nulidad.

De todos los Códigos y Proyectos de Códigos Civiles consultados, el Portugués de 1967, bajo comentario, es el único que otorga la acción de daños y perjuicios, para cualquiera de los contratantes que los hubiese sufrido en razón del actuar doloso del otro u otros contratantes. El resto de Códigos circunscriben dicha acción al comprador que desconocía el carácter ajeno del bien al momento de la celebración del contrato y, teniendo de la otra parte, a un vendedor que en algunos casos podía ser doloso, o inclusive, en otros, no interesaba si lo era o no, con lo que se abría la puerta a

múltiples injusticias. En el caso del Código Portugués, como vemos, responderá solo el contratante que hubiese actuado dolosamente, y cuando haya causado daños y/o perjuicios a la otra parte.

El artículo 898 establece dos supuestos de indemnización por la no convalidación de la venta. Y el artículo 901 contempla el supuesto de garantía del pago de mejoras:

Artículo 901.- «(Garantía del pago de mejoras) El vendedor es garante solidario del pago de las mejoras que deben ser reembolsadas por el dueño de la cosa al comprador de buena fe».

Artículo 902.- «(Nulidad parcial del contrato) Si los bienes fueren solo parcialmente ajenos, el contrato vale en la parte restante por aplicación del artículo 292. Se deben observar las disposiciones anteriores en cuanto a la parte nula y reducirse proporcionalmente el precio estipulado».

El artículo 902 establece el caso de nulidad parcial del contrato en virtud de que solo una fracción y no la totalidad del bien vendido fuese ajena, debiendo reducirse el precio estipulado a la porción del bien que fuese propia.

Este artículo recoge el caso del contrato de venta de un bien parcialmente ajeno, y es positivo el hecho de que no restrinja la aplicación del supuesto a los casos de venta de bienes sujetos al régimen de copropiedad; ya que como hemos visto cuando tratamos acerca del contrato mencionado en nuestro Código Civil vigente, existe, por lo menos, un caso adicional que, de adoptarse dicha restricción, quedaría excluido.

Es pertinente la norma de remisión a lo dispuesto por el artículo 292, precepto que establece que «la nulidad o anulación parcial no determina la invalidez de todo el negocio, salvo cuando se demuestre que éste no hubiere sido concluido sin la parte viciada».

El inciso 1 del artículo 903 establece que lo dispuesto en el artículo 894, en el inciso 1 del artículo 897, en el artículo 899, en el inciso 1 del artículo 900 y en el artículo

901, admite pacto en contrario, excepto si el contratante a quien beneficiase la convención hubiera actuado con dolo, y el otro estipulante, de buena fe. El inciso 3 de este artículo señala que las cláusulas por las que se pacten en contrario de las normas antes citadas, son válidas, sin perjuicio de la nulidad del contrato de compraventa en el que se encuentren insertas, si la nulidad procede de la ilegitimidad del vendedor en los términos de la Sección que contiene a estos artículos.

3.3. La anulabilidad según el Proyecto de Código Civil de Andrés Bello y los Códigos Civiles que lo tomaron como modelo

A pesar de ser susceptible de analizarse dentro del grupo de Códigos Civiles tratados cuando vimos el Sistema de la Nulidad Relativa, pues tiene este carácter, hemos optado por estudiar separadamente, dadas sus peculiares características e importancia, a un grupo de Códigos Civiles que, en lo que respecta al tema en estudio, hemos optado en denominar como «la Corriente de Andrés Bello». Veamos por qué.

Sin duda alguna, en lo que respecta al ámbito latinoamericano, influyó de gran manera en el proceso codificador de este Continente el Proyecto de Código Civil elaborado por el insigne intelectual venezolano Andrés Bello. Este Proyecto, que contenía tres normas acerca del contrato de venta de bien ajeno, los artículos 1995, 2003-A y 2003-B, fue fuente para la elaboración de los Códigos Civiles Chileno (1857), Uruguayo (1868), Colombiano (1873), Venezolano (1880) y Ecuatoriano (1887). También tuvo notable influencia sobre el Código Civil Panameño de 1917.

Analicemos por qué es importante la corriente creada por el Proyecto de Andrés Bello.

El Proyecto Bello fue, hasta donde tenemos conocimiento, el primer Proyecto de Código Civil de América Latina (y no podemos asegurar si más allá de nuestro Continente),

que establece de manera expresa que el contrato de venta de bien ajeno puede ser un contrato perfectamente válido. Este Proyecto de Código señalaba, en su artículo 1995, que la venta de la cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida. El Código Civil Chileno recogió esta norma en su artículo 1815, pero con el agregado de que no se extingan por el paso del tiempo. El Código Civil Uruguayo recoge esta norma en su artículo 1669, pero concluye el artículo señalando que esta venta vale, mientras «no se extinga por la prescripción». Los Códigos Colombiano y Ecuatoriano optan por similar conclusión que el Código Civil Chileno, en sus respectivas normas (los artículos 1871 y 1781).

Respecto de este último Código, Barros Errázuriz[109] señala que «La razón de esta disposición es que nuestra ley, siguiendo la tradición del Derecho Romano, considera la compraventa como un título que produce obligaciones y que confiere un derecho personal para exigir la entrega; pero el contrato no produce el cambio de dominio, el cual sólo se opera una vez efectuada la entrega o tradición, que es el modo de adquirir».

Alessandri y Somarriva[110] comparten los conceptos vertidos por Barros, señalando que como consecuencia del artículo 1815, no podría decirse que para que la compraventa sea válida, se requiera que la cosa vendida sea de propiedad del vendedor. Este autor encuentra la razón de esta disposición, en que según la legislación chilena la compraventa por sí sola no transfiere el dominio, sino que solamente es un título que habilita para adquirirlo.

El Proyecto de Código Civil de Andrés Bello, en el artículo 2003-A, señala que la venta de cosa ajena, ratificada

[109] BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Op. cit.*, tomo II, página 371.
[110] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, tomo IV, páginas 372 a 374.

después por el dueño, confiere al comprador el dominio de ella desde la fecha de la venta. Esta norma fue adoptada íntegramente por el Código Chileno, en el artículo 1818. Lo propio ocurre con el primer párrafo del artículo 1681 del Código Civil Uruguayo, artículo 1874 del Código Civil Colombiano y el artículo 1785 del Código Civil Ecuatoriano. Según Alessandri y Somarriva, comentando el mencionado artículo 1815 del Código Chileno, a través de esta norma, la venta de cosa ajena produce amplios efectos, como si en realidad fuera de cosa propia. Sin embargo, mantenemos nuestras críticas formuladas en páginas anteriores, cuando nos referimos a normas de la misma naturaleza en Códigos Civiles de otros países.

La tercera y última norma que contiene el Proyecto de Andrés Bello respecto a la venta de bienes ajenos, es el artículo 2003-B, relativo a la consolidación de la propiedad, en el caso de haberse vendido bienes del mencionado carácter. En tal sentido, la aludida norma señala que vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la venta. Esta norma tiene un segundo párrafo que señala que por consiguiente, si el vendedor le vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella en el primer comprador. El artículo 2003-B del Proyecto Bello tuvo su primera materialización legislativa a través del artículo 1819 del Código Civil Chileno. Posteriormente, el Código Civil Uruguayo, recogió, aunque no en los mismos términos, el aludido principio, en la segunda parte del artículo 1681. El Código Civil Colombiano repite la norma original en su artículo 1875. El Código Civil Ecuatoriano solo adopta una parte de la norma, concretamente el primer párrafo de la misma, a través de su artículo 1786.

Sin duda alguna, el artículo 2003-B del Proyecto Bello, bajo análisis, es una norma importante, relativa a la consolidación de la propiedad. Es un precepto de avanzada para

la época en que se promulgó, y que podríamos calificar como de «economía contractual».

Es interesante observar que el Código Civil Panameño de 1917 también recogió el principio trazado por el artículo 1995 del Proyecto Bello, específicamente, con la redacción del artículo 1815 del Código Civil Chileno, esto, en el artículo 1227. Sin embargo, la norma panameña señala que la venta de bien ajeno es nula para el caso de los bienes inmuebles.

Algo que presentimos, es que esta excepción se debe al sistema de transferencia de propiedad panameño respecto de los bienes inmuebles, con lo cual, de ser así, ese Código estaría retrocediendo conceptualmente, en más de un siglo respecto al particular.[111]

---

[111] Las normas a que hemos hecho referencia, al tratar acerca de la Corriente de Andrés Bello, son las siguientes:

— *Proyecto de Código Civil elaborado por Andrés Bello:*

Artículo 1995.- «La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida».

Artículo 2003-A.- «La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador el dominio de ella desde la fecha de la venta».

Artículo 2003-B.- «Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la venta. Por consiguiente, si el vendedor la vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella en el primer comprador».

— *Código Civil Chileno:*

Artículo 1815.- «La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo».

Artículo 1818.- «La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta».

Artículo 1819.- «Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición.

Por consiguiente, si el verdadero propietario la vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella en el primer comprador».

— *Código Civil Uruguayo:*

Artículo 1669.- «La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por la prescripción».

— *Proyecto de Código Civil Colombiano:*

Antes de terminar el estudio de los países que siguieron el modelo del Proyecto Bello, cabe señalar que existe un reciente Proyecto de Reforma al Código Civil Colombiano (de la década de 1980), que se aparta —respecto del contrato de venta de bien ajeno— de la redacción del Código vigente, pero que continúa considerando válida entre las partes una convención de estas características. Ello puede ser observa-

---

Artículo 1681.- «La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta.

Lo mismo sucede si el vendedor adquiere el dominio de la cosa ajena después de entregada al comprador, y por consiguiente si el vendedor la vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella transferido al primer comprador».

— *Código Civil Colombiano:*

Artículo 1871.- «La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo».

Artículo 1874.- «La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta».

Artículo 1875.- «Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición.

Por consiguiente, si el vendedor la vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella en el primer comprador».

— *Código Civil Ecuatoriano:*

Artículo 1781.- «La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el transcurso del tiempo».

Artículo 1785.- «La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal, desde la fecha de la venta».

Artículo 1786.- «Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mira al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición».

— *Código Civil Panameño de 1917:*

Artículo 1227.- «La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso del tiempo.

Tratándose de bienes inmuebles, la venta de cosa ajena es nula».

do de la lectura del artículo 629 del mencionado Proyecto: *Artículo 629.-* «La venta de cosa ajena es inoponible al propietario de la misma, salvo que medie su ratificación.

Quien a sabiendas vende cosa ajena y se encontraba en imposibilidad de adquirirla, debe indemnizar al comprador los perjuicios que sufra».

3.4. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como un contrato resoluble

El criterio que considera al contrato de venta de bien ajeno como susceptible de resolución por incumplimiento tiene larga data en doctrina, a pesar de que recién se plasmó legislativamente en el Código Civil Italiano de 1942.

Sostiene Colmet de Santerre, precursor de esta doctrina,[112] lo siguiente:

> La venta es, ante todo, un contrato que pone a cargo del vendedor la obligación de transferir la propiedad de la cosa vendida al comprador; sin duda cuando el vendedor es propietario de esta cosa, si está en un cuerpo cierto, la transferencia de propiedad tendrá lugar inmediatamente [...] de ahí que nada se opone a que la venta no pueda tener por objeto la cosa ajena, no hay aquí nada de ilícito, ni nada de imposible. Solamente, cuando ello es así, si el vendedor no ejecuta su obligación de transferir inmediatamente la propiedad del objeto vendido al comprador, este tiene el derecho de demandar la resolución de la venta por causa de inejecución de la obligación. Es así como la venta de cosa ajena es, no nula, sino resoluble.

Esta opinion no es recogida por ningún otro autor.[113]

[112] COLMET DE SANTERRE. Citado por FOIGNET, René. *Op. cit.*, tomo I, página 420.
[113] FOIGNET, René. *Op. cit.*, tomo I, página 417; y LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo III, página 108.

Foignet señala que Colmet de Santerre estaba equivocado por confundir en su razonamiento la venta y la transferencia de la propiedad de los bienes. Laurent califica su posición de «inadmisible», ya que «el término nulo (en el que se incluye a las nulidades absoluta y relativa) no significa jamás 'resoluble'», señalando que hay que «tomar la ley tal cual ella es».

Crítica similar formula al respecto Josserand[114] cuando señala que «Tal opinión choca directamente con el texto del artículo 1599, que establece la nulidad y no la resolución de la venta de la cosa ajena; no cuadra con las soluciones jurisprudenciales que indicaremos más adelante, ni con los efectos que la ley hace producir a la venta de la cosa ajena, que constituye sobre todo un justo título para la usucapión de diez a veinte años y juega así un papel que no podría tener un título resuelto».

Esta opinión también es compartida por los Mazeaud,[115] cuando expresan que «En verdad, si el legislador no hubiera establecido ninguna disposición relativa a la venta de la cosa ajena, el comprador tendría derecho a pedir la resolución judicial. Pero, precisamente, el artículo 1599 sanciona la imposibilidad de la transmisión, y no la sanciona con la resolución judicial, sino con la nulidad, lo cual es muy diferente».

Para concluir los comentarios sobre esta corriente de opinión, consideramos necesario citar las cuatro razones que Baudry-Lacantinerie[116] da para refutarla:

(1) La resolución que se ha llamado una nulidad, no puede ser demandada más que por el comprador (argumento del artículo 1184);
(2) La acción que la ley atribuye a este efecto dura 30 años: esta es la duración normal de las acciones de resolución;

[114] JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 25.
[115] MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, página 92.
[116] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo III, página 95.

(3) La resolución no existe más que cuando ha sido pronunciada por la Justicia, la que puede acordar una prórroga al vendedor para ejecutar su obligación (argumento del artículo 1184);
(4) Si el vendedor deviene propietario antes de que la resolución haya sido pronunciada, la propiedad pasa inmediatamente al comprador quien ya no podrá más, obtener la resolución (argumento del artículo 1138).

De los Códigos Civiles consultados, existen tres: el Código Civil Italiano de 1942, el Código Civil Boliviano de 1976 y el Código Civil Paraguayo de 1987, que optan por el Sistema de la Resolución del contrato de venta de bien ajeno.

Este sistema creado, hasta donde conocemos, por el primero de los Códigos citados, tiene sus más remotos orígenes doctrinarios en la discusión que sobre el carácter de la nulidad del artículo 1599, se dio en Francia. Para ello, se pueden recordar los conceptos y las críticas que Foignet formula a Colmet de Santerre, único defensor en ese entonces de este criterio.

— *Código Civil Italiano de 1942:*

El Código Italiano de 1942 regula, en sus artículos 1478 a 1480, los supuestos de venta de un bien total y parcialmente ajeno. Sin duda alguna, este Código Civil ha influido mucho en las normas correspondientes al contrato de compraventa en el Código Civil Peruano de 1984, motivo por el cual ya hemos comentado algunos aspectos respecto de aquel cuando tratamos acerca de este último.

Acerca del artículo 1478 del Código Italiano, no vamos a precisar mayores términos, ya que fue ampliamente desarrollado en la mencionada parte relativa al Código Civil Peruano de 1984. Sin embargo, recordaremos aquella norma, sumillada como «Venta de cosa ajena»:
Artículo 1478.- «Venta de cosa ajena. Si en el momento del

contrato la cosa debida no era de propiedad del vendedor, éste está obligado a procurar su adquisición al comprador.

El comprador se convierte en propietario en el momento en que el vendedor adquiere la propiedad del titular de ella».

Esta norma tiene los siguientes supuestos y consecuencias:

(a) Se celebra un contrato de compraventa;
(b) El bien objeto de la prestación en que consiste la obligación de dar del vendedor, es un bien ajeno;
(c) El vendedor está obligado a procurar la adquisición de dicho bien al comprador;
(d) El comprador se convierte en propietario en el momento en que el vendedor adquiere la propiedad del titular de ella.

El artículo siguiente (1479), está sumillado como «Buena fe del comprador»:
Artículo 1479.- «Buena fe del comprador. El comprador puede pedir la resolución del contrato si, cuando lo ha concluído ignoraba, que la cosa no era de propiedad del vendedor y si entretanto el vendedor no le ha hecho adquirir su propiedad.

Salvo lo dispuesto por el artículo 1223, el vendedor está obligado a restituir al adquirente el precio pagado, aun cuando la cosa disminuya de valor o se deteriore; debe además reembolsarle los gastos y los pagos hechos legítimamente por el contrato. Si la disminución de valor o el deterioro derivan de un hecho del comprador, del monto indicado se debe detraer la utilidad que el comprador ha obtenido.

El vendedor está obligado además a reembolsar al comprador los gastos necesarios y útiles hechos para la cosa y, si era de mala fe, también los gastos suntuarios».

El artículo antes transcripto tiene los siguientes elementos:

(a) Se presume la existencia de un contrato de venta de bien ajeno, de acuerdo a las características del artículo 1478;
(b) El comprador puede pedir la resolución del contrato si, cuando lo ha concluido, ignoraba que la cosa no era de propiedad del vendedor y, si entretanto, el vendedor, no le ha hecho adquirir su propiedad;
(c) Salvo lo dispuesto en el artículo 1223, el vendedor está obligado a restituir al adquirente el precio pagado, aun cuando la cosa disminuya de valor o se deteriore;
(d) El vendedor está obligado a restituir al adquirente los gastos y los pagos hechos legítimamente por el contrato;
(e) Si la disminución de valor o el deterioro derivan de un hecho del comprador, del monto indicado se debe detraer la utilidad que el comprador ha obtenido;
(f) El vendedor también está obligado a reembolsar al comprador los gastos necesarios y útiles hechos para la cosa, siendo indiferente si el vendedor ha actuado con buena o mala fe.
(g) Si el vendedor hubiese actuado de mala fe, también deberá reembolsar los gastos suntuarios efectuados por el comprador respecto del bien.

Consideramos que de todos los elementos que contiene el artículo bajo comentario, el más importante es el segundo, ya que es aquel que introduce el sistema de la resolución del contrato. Esta resolución, puede ser interpuesta por el comprador que desconocía el carácter ajeno del bien y si entretanto el vendedor no le ha hecho adquirir la propiedad de dicho bien. Para el Sistema Italiano, el vicio que se señala afecta o ataca a un contrato de venta de bien ajeno consiste en la imposibilidad del vendedor de efectuar la transferencia de propiedad del bien al comprador, o más concretamente el hecho objetivo de que dicha transferencia no se ha producido. Para ilustrar esta posición citaremos a Messi-

neo,[117] quien señala, refiriéndose al artículo bajo comentario, lo siguiente:

> Por el contrario, si el comprador (aún culposamente) ignoraba en el momento de la conclusión de la venta (el conocimiento posterior no le perjudica: artículo 1147, tercer apartado) el carácter ajeno de la cosa, tiene derecho a la resolución del contrato (artículo 1479, primer apartado), en cuanto él no consigue (hecho sobrevenido) la propiedad de la cosa, que es, para él, la finalidad principal de la compra.

El Sistema Italiano se caracteriza por establecer expresamente la acción mencionada en favor del comprador y en el supuesto ahí señalado y, de este modo, surgiría la interrogante de si otorgando la acción de resolución, y correspondiendo ésta, que por su naturaleza se deriva de un hecho sobreviniente al momento de la celebración del contrato, cabría la posibilidad de demandar la acción de anulabilidad del acto jurídico, derivado del hecho que alguno de los contratantes incurrió, ya sea en error o en dolo, como vicios de la voluntad, por desconocer que el bien no era de propiedad del vendedor.

Consideramos que esta interrogante admite discusión y, que de optar por el criterio negativo, se estaría limitando, de manera arbitraria, la acción (en este caso, solo la de resolución del contrato) al comprador, no contemplándose para el vendedor el ejercicio de ninguna acción. Este es el riesgo del Sistema de la Resolución. Nosotros consideramos más amplio prever también la anulabilidad del acto.

Pero, sin embargo, cabe señalar que el Sistema de la Resolución tiene algo positivo. Al otorgarse al comprador la acción de resolución por el simple hecho objetivo de que el vendedor ha incumplido con efectuar la transferencia de

---

[117] MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo V, página 61.

propiedad del bien, éste se constituye en un elemento objetivo de muy fácil probanza, lo que contrasta con la prueba del error o del dolo. Pero no por esta consideración creemos que la posición que respaldamos deje de tener también solidez técnica, por razones similares a las que expusimos cuando tratamos acerca de la rescisión en el Código Civil Peruano de 1984.

El Sistema de la Resolución del Contrato resulta incompleto, ya que regula, exclusivamente, las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien. No precisa el vicio y la acción correspondiente al contrato de venta de bien ajeno en el que una o las dos partes contratantes desconocían el carácter ajeno del bien.

Por lo demás, respecto de los otros elementos del artículo bajo comentario, debemos señalar que este Código incurre en las mismas omisiones de muchos otros, en el sentido de solo prever para una de las partes la obligación de restituir los pagos y gastos hechos por la otra, en razón legítima del contrato, olvidando que puede darse el supuesto de que sea la otra parte la que incurra en ellos.

La tercera y última norma que trata sobre el contrato de venta de bien ajeno en el Código Civil Italiano de 1942, es el artículo 1480, que regula el supuesto y consecuencias de la compraventa de un bien parcialmente ajeno de su vendedor:

Artículo 1480.- «Venta de cosa parcialmente ajena: Si la cosa que el comprador consideraba de propiedad del vendedor era solo en parte de propiedad ajena, el comprador puede pedir la resolución del contrato o el resarcimiento del daño a tenor del artículo anterior, cuando deba considerarse según las circunstancias, que no habría adquirido la cosa sin aquella parte de la que no ha llegado a ser propietario, igualmente puede obtener solo una reducción del precio además del resarcimiento del daño».

Consideramos que los elementos de esta norma son suficientemente claros, motivo por el cual nos limitaremos a señalarlos:

(a) Se celebra un contrato en el cual el bien objeto de la prestación que es materia de la obligación de dar del vendedor es parcialmente ajeno;
(b) El comprador, según el supuesto del artículo 1479, está facultado para demandar la resolución del contrato o el resarcimiento del daño, cuando deba ser considerado, según las circunstancias, que no habría adquirido la cosa sin aquella parte de la que no ha llegado a ser propietario;
(c) El comprador, igualmente, podrá obtener sólo una reducción del precio, además del resarcimiento del daño.

— *Código Civil Boliviano de 1976:*

Otro Código Civil que opta por el Sistema de la Resolución, es el Código Civil Boliviano de 1976. Este cuerpo legislativo contiene tres normas respecto de los bienes ajenos, los artículos 596, 597 y 598.

El artículo 596 sanciona con resolución la venta de los bienes ajenos, si el comprador, al momento de la venta, ignoraba que la cosa tenía tal condición. Se exceptúa el caso en el cual el vendedor antes de la demanda, hubiese hecho adquirir tal calidad al comprador.

Este artículo establece, además, las consecuencias de los casos en los cuales el incumplimiento se deba o no a culpa del vendedor. Además se establece la obligación del vendedor de restituir los gastos útiles y necesarios (mejoras) hechos en el bien y aun los suntuarios si es que hubiese actuado de buena fe.

Para el caso de venta de un bien ajeno, se da al comprador una opción entre solicitar la resolución del contrato o el resarcimiento del daño, si es que de acuerdo a las circunstancias de celebración del contrato, el comprador no

hubiera adquirido la cosa sin la parte de la cual no ha llegado a ser propietario.

Si de acuerdo a las circunstancias resultase lo contrario, el comprador solo podrá, además del resarcimiento, solicitar la reducción del precio pactado:

Artículo 598.- «(Conocimiento del carácter ajeno de la cosa) Si el comprador sabía que la cosa era ajena, sólo puede pedir la restitución del precio cuando no se había convenido en que la venta es a su riesgo y peligro».

El artículo 598 establece una norma bastante particular en lo que se refiere al tratamiento de los bienes ajenos. En virtud de ella se establece que si el comprador tenía conocimiento del carácter ajeno de la cosa, solo puede pedir la restitución del precio cuando no se había convenido en que la venta era su riesgo y peligro. Esta norma resulta sumamente interesante ya que es la primera vez (dentro de lo que tenemos conocimiento) que un Código que admite la validez de la venta de los bienes ajenos reduce un problema que en otros Códigos resulta complicado de manera innecesaria, a una fórmula tan sencilla como la que comentamos: simplemente este Código concluye —en otras palabras— en que la venta de bien ajeno en estricto es un contrato perfectamente válido, pues nada obsta para que una persona compre un bien que él y el vendedor conocen perfectamente que es ajeno; y que como consecuencia de la celebración de este acto, y producto de la absoluta o relativa inseguridad contractual que él ofrece, se vea sujeto a los avatares del mismo; pero podría dar lugar a la comisión de ciertas injusticias, como hemos visto en páginas anteriores de este trabajo. El Código Civil Boliviano acuerda que si es que las partes no hubiesen convenido en que la venta es a riesgo y peligro del comprador, éste podrá solicitar la restitución del precio. De lo contrario no podrá hacerlo.

La redacción de la última parte del artículo bajo comentario nos hace recordar el tratamiento legislativo que dan muchos Códigos a la llamada «compraventa de esperanza incierta». Sin duda alguna, la opción tomada por el legislador boliviano nos parece novedosa.

— *Código Civil Paraguayo de 1987:*

El Código Civil latinoamericano más reciente que contempla el Sistema de la Resolución, es el Código Civil Paraguayo de 1987, el mismo que regula al contrato de venta de bien ajeno en sus artículos 743 a 745.

El artículo 743 señala, como regla general, que los bienes ajenos pueden ser materia de este contrato.

Se establece además, que si al momento de la contratación el bien era ajeno, el vendedor está obligado a procurar su adquisición al comprador. Esta redacción pareciera dar a entender que se está estableciendo la obligación alternativa del vendedor de transferir él mismo la propiedad del bien o hacer que éste llegue a ser de propiedad del comprador por otra vía, la que podría consistir en un contrato que el propietario celebre respecto de aquel. Además se establece que el comprador adquirirá el dominio del bien en cualquiera de estos dos casos cuando el verdadero propietario ratifique su consentimiento a dicha venta, o cuando el vendedor devenga en sucesor del bien materia del contrato.

Con respecto a la interpretación que hemos señalado, referente a una probable obligación alternativa que surgiría del texto del artículo bajo comentario, esta norma nos hace recordar la última parte del artículo 1478 del Código Civil Italiano, cuyos elementos mencionamos en páginas anteriores.

En el artículo 744 se concede al comprador la posibilidad de demandar la resolución del contrato si al momento de su celebración ignoraba que el bien era ajeno y además con posterioridad a su celebración, el vendedor no le ha hecho adquirir su propiedad en virtud de cualquiera de las posibilidades establecidas en el primer párrafo del artículo 743.

Sin duda alguna, el artículo bajo comentario es prácticamente una transcripción del texto del artículo 1479 del

Código Civil Italiano de 1942, predecesor del Sistema de la Resolución del contrato de venta de bien ajeno, razón por la cual le son de aplicación nuestros comentarios al respecto. Estos también son extensivos a todo el contenido del artículo 744, ya que como veremos en el párrafo siguiente, se repite casi de manera textual la norma del mencionado Código europeo.

De darse el supuesto de la primera parte del artículo 744, el vendedor estará en la obligación de devolver al comprador el precio, si es que éste hubiese sido pagado, independientemente del estado actual de la cosa, además de los gastos legítimos hechos en razón del contrato, deduciendo éstos de la utilidad obtenida por el comprador, si la disminución del valor o el deterioro del bien son resultado de una acción culposa de éste.

Por último, se señala que el vendedor debe reembolsar además los gastos útiles y necesarios hechos en la cosa y, si era de mala fe, aun los gastos hechos en mejoras suntuarias.

La única diferencia entre ambas normas (la paraguaya y la italiana), es que el Código latinoamericano sistematiza mejor, en tres incisos, al mencionado artículo.

El artículo 745 contempla el caso de la venta de un bien parcialmente ajeno. Para éste, en el supuesto de haber actuado el comprador creyendo que el bien era de propiedad del vendedor, se le otorga la facultad de demandar la resolución del contrato y la indemnización correspondiente, en los términos establecidos por el artículo 744, pero solo en el caso en que la parte que no era de propiedad del vendedor hubiese sido determinante para la contratación. Del artículo bajo comentario, también puede deducirse, que de no ser fundamental, el comprador solo podrá obtener una reducción del precio y el resarcimiento del daño.

Esta norma también es copia casi textual del artículo 1480 del Código Civil Italiano.

3.5. Códigos Civiles que se abstienen de pronunciarse sobre el tema de la venta de bien ajeno

Por otra parte, tenemos a un grupo de Códigos Civiles que no incluyen norma alguna acerca del contrato de venta de bien ajeno, al que hemos denominado como «El Sistema Abstencionista». En dichos países, en ciertos casos, ha resucitado la vieja discusión francesa. Nosotros vamos a efectuar un rápido vistazo a dichos cuerpos legislativos en lo que respecta al particular.

El Código Civil Austríaco de 1811 no contiene normas respecto de los contratos sobre bienes ajenos, en cada uno de los contratos nominados a los que otorga tratamiento.

El Código Civil Español regula al contrato de compraventa a partir de su artículo 1445. En lo que a éste concierne, no contiene norma alguna respecto del contrato de venta de bien ajeno. Esta ausencia, sin duda, generó polémica entre los comentaristas de ese cuerpo legislativo. De un lado tenemos a quienes consideraban a esta venta como nula, como es el caso de Modesto Falcón[118] quien señala lo siguiente:

> La venta de cosas ajenas es nula, porque nadie puede transmitir un dominio que no le pertenece, mas con todo esta venta produce ciertos efectos entre vendedor y comprador, según los casos. Si sabía el comprador que el vendedor no era dueño de lo que vendía, cuando se vea obligado a restituir a su legítimo dueño las cosas que compró, no tendrá derecho a reclamar la restitución del precio más que en el caso concreto de que el vendedor se bubiera obligado a la evicción. Si ignoraba el comprador que el vendedor no era dueño de lo que le vendía, tendrá en todo caso derecho a que le reintegre el precio y abonen además los daños y perjuicios. La presunción de ignorancia ampara al comprador, porque es regla ge-

[118] FALCÓN, Modesto. *Op. cit.*, tomo IV, página 200.

neral de derecho que la buena fe se presume, mientras no conste lo contrario.

Si el primitivo comprador de una cosa careció de buena fe, porque sabía que no era del vendedor, este hecho, como personal, sólo a él le perjudica; los que después adquieran por título legal aquella cosa, pueden prescribirla. Si una cosa ajena se vende y el comprador toma posesión de la misma, habrá de restituirla a su dueño, pero si vuelve a poder del vendedor por cualquier título legal, y éste la vuelve a vender, el primer comprador tiene un derecho preferente sobre el segundo. Lo contrario sucederá, si uno vende a otro cosa ajena y después la vende también su legítimo dueño, el segundo comprador tiene un derecho preferente sobre el primero, porque su título procede del dueño legítimo.

La opinión contraria es sostenida por Colin y Capitant,[119] quienes señalan que «En el Derecho Español la compraventa (...) no es traslativa de propiedad, sino productora de obligaciones. De ahí que no sea condición esencial, para que la compraventa produzca los efectos que le son propios, que la cosa vendida pertenezca al comprador. Aunque no le pertenezca, nacerá para él la obligación de entregarla y, caso de que no realice la entrega, la obligación de indemnizar daños y perjuicios».

Pero este es un tema superado en España, tal como manifiesta uno de los más renombrados modernos tratadistas de ese país, Manuel Albaladejo,[120] quien se pronuncia, dentro de lo que significa un mayoritario criterio doctrinal, por la validez de la venta de la cosa ajena; pero bien hace en anotar que aquella, «[...] a pesar de las contundentes razones que la abonan, no ha sido, sin embargo, enjuiciada siempre con claridad por la jurisprudencia y la

[119] COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Curso Elemental de Derecho Civil*, tomo IV, páginas 104 y 105.
[120] ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 17.

doctrina, que a veces, por confusión de conceptos la han rechazado».

Tal vez las palabras de Albaladejo sirvan para entender lo que ha pasado en el Perú, la Argentina y otros países.

Otro Código Civil, en este caso, de los extremadamente importantes que no incluye norma alguna respecto a los bienes ajenos, es el Alemán (B.G.B.).

Sin embargo, los más renombrados comentaristas del Derecho Civil de ese país, Enneccerus, Kipp y Wolff, señalan que se pueden vender no solo las cosas y derechos propios, sino también, los ajenos; y que en tal caso, si el vendedor no puede procurar las cosas viene obligado a indemnización.[121]

Otros Códigos que no se ocupan del contrato de venta de bien ajeno, son: el Código Civil Venezolano de 1880, el Código Civil Hondureño de 1906, el Código de las Obligaciones de Suiza de 1912, el Código Civil Chino de 1930, el Código Civil Brasileño y el Proyecto de ese mismo país aprobado por la Cámara de Diputados en el año de 1984. Sin embargo, esto ya fue precisado en páginas anteriores de este trabajo, motivo por el cual no haremos mayores alusiones sobre el particular.

Para terminar con nuestros comentarios respecto del tratamiento que recibe el contrato de venta de bien ajeno en diversos Códigos Civiles extranjeros, no podemos omitir hacer referencia a una norma bastante interesante, comprendida en el Código Civil Cubano de 1988. Concretamente se trata del artículo 340, literal A. Si bien es cierto que esta norma no regula de manera expresa el contrato bajo comentario, señala, dentro de las obligaciones del vendedor, la de advertir al comprador de los derechos de terceras personas sobre el bien vendido, obligación que, entendemos, comprende el poner en su conocimiento el carácter total o par-

[121] ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 16.

cialmente ajeno del bien. Esta norma establece además que, si se incumple aquella obligación, el vendedor deberá responder por los daños y perjuicios que ocasione dicho incumplimiento.

De acuerdo al artículo 1371 del Código Civil Peruano, la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración. Será factible —por lo tanto— que si en un contrato de venta de bien ajeno, el vendedor no se ha hecho propietario del bien hasta el momento fijado para su entrega, deba al comprador los daños y perjuicios correspondientes, que deberá abonarle si es que se le demanda para tal efecto.

Sin embargo, cabe hacer algunos comentarios acerca de la resolución en materia de la venta de bien ajeno.

En el caso de la compraventa de bienes futuros, regulada en los artículos 1534, 1535 y 1536 del Código Civil Peruano, es posible pactar este contrato en cualquiera de los modos establecidos por las normas citadas.

El artículo 1534 establece que en el caso de la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia. Consideramos que sería plenamente factible, en el caso del contrato de venta de bien ajeno que las partes estableciesen un pacto de tal naturaleza, condicionado, no a la existencia del bien, como es obvio, sino al hecho de que el verdadero propietario del bien transfiera su propiedad al vendedor del mismo.

De acuerdo al artículo 1535, cabe la posibilidad, en lo que respecta a la compraventa de bien futuro, que el comprador asuma el riesgo de la cuantía y calidad del bien. Consideramos que esta norma es privativa de la compraventa de bienes futuros, ya que al desconocerse cuáles serán las características numéricas o cuantitativas y cualitativas de un bien que todavía no tiene las características referidas en relación al contrato, será perfectamente factible —y hasta lógico— poder establecer un pacto de tal naturaleza.

Sin embargo, nos parece interesante detenernos en el caso previsto por el artículo 1536, ya que en este supuesto el comprador no asume, en la compraventa de esperanza incierta, solo el riesgo de la cuantía y calidad del bien sino también el de su propia existencia, razón por la cual aun si el bien no llegase a «existir» (dentro de lo que el artículo 1536 entiende por existencia), deberá pagar al vendedor el íntegro del precio pactado por el bien, tal como si éste hubiese llegado a «existir».

¿Acaso cabe un pacto de similares características respecto a la venta sobre bienes ajenos?

Naturalmente que en los mismos términos no; pero sin embargo cabría introducir teóricamente, para el caso de la venta de bien ajeno, el elemento de la «posibilidad legal de transferir la propiedad».

Tal como en el supuesto del artículo 1536 el comprador puede asumir respecto del bien futuro el riesgo de su existencia, cabría la posibilidad, dentro de lo que significa un contrato de venta de bien ajeno, que el comprador asuma el riesgo de que el vendedor tenga o no, al momento previsto para que opere la tranferencia de propiedad del bien la «posibilidad legal de transferir la propiedad» del mismo.

En caso que en una venta de bien ajeno el comprador haya asumido el riesgo citado en el párrafo anterior, de producirse en el momento previsto para que opere la transferencia de propiedad del bien, la imposibilidad legal de transferir dicha propiedad, el comprador se vería en la obligación de cancelar el íntegro del precio del bien, a pesar de recibir nada a cambio.

Sin embargo, no obstante esta posibilidad es admisible teóricamente, es difícil se dé en la práctica, ya que si bien sería un contrato aleatorio, se estaría dejando su ejecución, en la inmensa mayoría de casos, subordinada a la exclusiva voluntad de una de las partes, puesto que de ser el contrato uno en el cual el comprador no hubiese asumido el riesgo de la posibilidad legal de transferir la propiedad, el vendedor

tendría necesidad de hacer todas las gestiones requeridas para hacerse dueño del mismo; de lo contrario, estaría obligado a resarcir al comprador los daños y perjuicios sufridos por tal incumplimiento, además de verse privado de cualquier contraprestación. En cambio, de haber asumido el comprador el riesgo de la posibilidad de la transferencia de propiedad del bien, un vendedor de mala fe, estaría amparado legalmente para abusar de su posición contractual, ya que se vería beneficiado, pues el no cumplimiento de su obligación, igualmente estaría recompensado por parte del comprador, con la ejecución de una obligación que no tendría correspondencia. Además, en un supuesto de tal naturaleza, el contrato no sería resoluble.

3.6. Códigos Civiles que consideran a la venta de bien ajeno como contrato rescindible. La singular posición del Código Civil Peruano de 1984

Unicamente el Código Civil Peruano de 1984 considera que la venta de bien ajeno es rescindible; ello, a través de lo establecido por los artículos 1539 y 1540 de dicho cuerpo legal. El resto de Códigos Civiles, como ha sido visto, se inclinan por establecer las acciones de nulidad, anulabilidad, resolución o, por último, guardan silencio al respecto, con lo que se tendrían que aplicar —en esos casos— los respectivos principios generales.[122]

---

[122] En este sentido podríamos establecer la siguiente relación:
(a) Códigos Civiles que sancionan al contrato de venta de bien ajeno con nulidad absoluta:
Código Civil Francés (artículo 1599), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1327), Código Civil de Costarricense de 1888 (artículo 1061: solo aplicable a bienes inmuebles), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 679), Anteproyecto Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1046), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2124), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1794), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1018), Código Civil Belga (artículo 1599), Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1459).

Ahora nos corresponde el análisis de la singular posición adoptada por el Código Civil Peruano de 1984.

Los elementos planteados por el artículo 1539 son los siguientes:

(a) Que se haya celebrado un contrato de compraventa de bien ajeno;
(b) Este contrato es rescindible a solicitud del comprador, reuniendo dos supuestos:
(b.1) Si el comprador desconocía que el bien no pertenecía al vendedor;
(b.2) Si el vendedor no ha adquirido el bien antes de la citación con la demanda.

El artículo 1539, dada su redacción y el contenido de las dos normas que lo preceden, plantea una serie de interrogantes que a nuestro entender pueden tolerar más de una respuesta coherente.

Como hemos señalado en su momento, el artículo 1537, que debería ser la norma que contuviese el principio general de la venta de bienes ajenos, no lo contiene, al remitir la regulación de este problema a los artículos 1470, 1471

(b) Códigos Civiles que sancionan con nulidad relativa o anulabilidad al contrato de venta de bien ajeno:
Código Civil Argentino (artículos 1329 y 1330), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2568), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1394), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1483), Código Civil Portugués de 1967, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 911).
(c) Códigos Civiles que sancionan con resolución al contrato de venta de bien ajeno:
Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 596, inciso I), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 744).
(d) Códigos Civiles que sancionan con rescisión al contrato de venta de bien ajeno:
Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1539).

y 1472, relativos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, y estaría, aparentemente, negando la posibilidad de que el contrato de venta de bien ajeno en estricto, exista dentro de nuestro Código Civil y que siempre debería estar sometido a la regulación de la figura antes mencionada de cuya naturaleza difiere absolutamente.

Sin embargo, encontramos que en el artículo 1539 el Código Civil Peruano trata expresamente de la venta de bien ajeno. Esto nos lleva a plantear dos situaciones:

(a) A pesar de ser cierto que en el artículo 1539 se trata de la venta de bien ajeno, ésta estaría regulada por las normas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, en virtud de ser un pacto por el cual una parte (en este caso el vendedor), se compromete a obtener que otra (el comprador) adquiera la propiedad de un bien, y estar comprendido, por tanto, dentro del supuesto general del artículo 1537.

(b) Podría plantearse el caso, dada la redacción del artículo 1539, que éste establezca un supuesto absolutamente distinto del comprendido en los artículos 1537 y 1538, permitiendo el Código Civil que se contrate expresamente una venta de bien ajeno en estricto, y que establezca, para el caso en el cual el comprador desconocía el carácter ajeno del bien, la posibilidad de que éste pueda demandar judicialmente la rescisión del contrato celebrado.

En adelante el desarrollo de estos criterios:

(a) De sostener la primera de las interpretaciones señaladas, llegaríamos a la conclusión de que el Código Civil Peruano impide que se contrate expresamente una venta de bien ajeno en estricto, sin que este contrato se rija por las reglas propias del contrato de compraventa

y no siempre por las de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Podríamos llegar, en tal línea de pensamiento, a elaborar razonamientos nada claros respecto de esta figura, si señaláramos que la norma del artículo 1537 impide que se pacte un contrato de venta de bien ajeno, en estricto.

Llegaríamos a concluir en situaciones tales que el conocimiento o desconocimiento del carácter ajeno del bien sería determinante, según la regulación de nuestro Código Civil, para saber si lo que los contratantes han celebrado es una venta de bien ajeno o una promesa de la obligación o del hecho de un tercero, figura esta última que (por la innecesaria redacción del artículo 1537) habría que aplicar también al caso mencionado en el artículo 1539, en el que comprador y vendedor conocen que el bien es ajeno (ver última parte del artículo 1537).

Entonces, nos encontraríamos ante la curiosa situación de que:

(a.1) Si ambas partes saben que el bien es ajeno, el comprador no podría solicitar la rescición del contrato, pero este contrato del cual no podría pedir su rescisión no sería uno de compraventa, sino uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

(a.2) Si el comprador (por lo menos) desconoce que el bien era ajeno al momento de contratar, sí podría solicitar la rescisión del contrato celebrado, el que sería una venta de bien ajeno.

Estamos constatando cuán perjudicial resulta el haber incluído en el artículo 1537 la norma de remisión a la figura contenida en los artículos 1470 y siguientes.

Llegaríamos al absurdo de que no estaría expresamente legislada la venta de bien ajeno en estricto, es decir, cuando vendedor y comprador saben que el bien es ajeno y desean celebrar un contrato de compraventa y no uno de promesa de la obligación o del hecho de un ter-

cero, pero sí se contempla el caso en el cual el comprador cree que el bien es propio del vendedor y lo compra. Se considera este caso como compraventa y se otorga al comprador la facultad de solicitar su rescisión.

¿Es que acaso el legislador habría preferido legislar como compraventa un supuesto en el cual el comprador no ha expresado, necesariamente, su voluntad verdadera sobre otro en el que ambas partes saben perfectamente que quieren comprar y vender un bien ajeno?

¿Podría acaso entenderse que el artículo 1539 también se está refiriendo a un caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero y no a un contrato de compraventa? (Al fin y al cabo esto sería congruente con los artículos 1537 y 1538, precedentes).

(b) Consideramos que el segundo de los supuestos que hemos anotado es el correcto.

Después de estudiar el Código Civil Peruano, hemos llegado a la firme convicción de que los artículos 1537 y 1538 regulan la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, y que los artículos 1539, 1540, 1541 y 1542, regulan el contrato de venta de bien ajeno.

Lo que ocurre, es que todo el problema y confusión respecto del contrato de venta de bien ajeno en el Código Civil ha sido generado por la indebida, y ya criticada, redacción del artículo 1537 y por el hecho de que el artículo 1538 sea consecuente con éste.

En síntesis, el Código Civil Peruano contiene una doble e innecesaria regulación del problema. Hubiera bastado con los artículos 1539 y siguientes. Así todo sería más preciso.

La disposición contenida en el artículo 1409, inciso 2, que prescribe que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes ajenos, nos parece determinante para considerar que el resto del Código Civil y más aún, cuando regula lo relativo a los contratos que incluyen prestaciones de dar, debe seguir la misma línea. Sobre todo en el contrato más frecuente que incluye una obligación de dar por excelencia: la compraventa.

Por ello creemos que el artículo 1539, bajo comentario, no está referido, contrariamente a los dos artículos que le preceden, a un caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero; pensamos esto puesto que se señala que el comprador que desconocía el carácter ajeno del bien, ya no podría plantear la acción de rescisión en caso el vendedor adquiera el bien antes de la citación con la demanda; y es lógico que sea así, pues el vendedor ya estará en aptitud de transferir al comprador la propiedad del bien, pues es a esto a lo que se comprometió en el contrato: a transferirle propiedad él mismo, y no a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero. Con esto vemos que el Código Civil, dentro de su confusión, llega a contemplar y distinguir ambos modos de adquisición de la propiedad del bien para el comprador.

Otro elemento determinante que veremos luego, por el cual se ratifica la tesis de que el artículo 1539 contempla una compraventa y no una promesa de la obligación o del hecho de un tercero, es la prevista reducción de precio del bien, regulada en el artículo 1540.

Entonces llegaríamos a la conclusión que de acuerdo al artículo 1539, la venta de bien ajeno en estricto, sería válida y que sólo podría ser declarada (a través de una acción de rescisión) si el comprador hubiese creído que el bien vendido era propio del vendedor.

En tal sentido, la mayoría de Códigos Civiles consultados que regulan la venta de bien ajeno en estricto, otorgan al comprador que desconocía el carácter ajeno del bien una acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato, ya sea ésta, de acuerdo a la regulación general que se da sobre el particular, una de nulidad, de anulabilidad, de resolución o rescisión. En cambio, respecto del comprador que conocía el carácter ajeno del bien, a pesar de que la mayoría de Códigos nada señala, los que sí lo hacen le prohiben interponer cualquier acción destinada a hacer perder eficacia al contrato.

Otro aspecto que muchas veces no se contempla en el tratamiento de este tema, es el caso del vendedor de buena fe, para el cual la mayoría de Códigos no otorgan expresamente acción alguna. Es el caso del Código Civil Peruano.[123]

[123] Para poder observar mejor cuál es el tratamiento legislativo que a nivel de los Códigos consultados y de las variantes planteadas se da sobre el particular, hemos elaborado la relación que seguidamente transcribimos:
(a) Códigos Civiles que permiten expresamente al comprador que desconocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:
Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 679: nulidad); Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383: anulabilidad); Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1394: anulabilidad); Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479, si entre tanto el vendedor no le ha hecho adquirir la propiedad del bien al comprador: resolución); Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 596, inciso I, a menos que el vendedor antes de la demanda hubiese hecho adquirir la propiedad del bien al comprador: resolución); Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1483: anulabilidad); Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1539, a menos que el vendedor adquiera el bien antes de la citación con la demanda: rescisión); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 744, si el vendedor no ha hecho adquirir la propiedad del bien al comprador: resolución); Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1459: nulidad); Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 911: anulabilidad).
(b) Códigos Civiles que permiten expresamente al comprador que conocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:
Ninguno.
(c) Códigos Civiles que prohíben expresamente —o por argumento a contrario— al comprador que conocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:
Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383: anulabilidad); Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1394: anulabilidad); Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479: resolución); Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 596, inciso I: resolución); Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1483: anulabilidad); Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1539: rescisión); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 744: resolución); Código Civil Italiano de 1865 (artículo 1459: nulidad); Proyecto de Reforma de Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 911: anulabilidad).
(d) Códigos Civiles que permiten al comprador de un bien ajeno interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia, pero que no distinguen si para interponer tal acción debió desconocer o no el carácter ajeno del bien:
Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 679: nulidad); Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1018: nulidad).

3.6.1. El problema de la rescisión del contrato

Sobre el tema de la rescisión de la venta de bien ajeno, la doctrina peruana ha asumido dos posiciones distintas: una favorable y una adversa. En adelante, nos referiremos a ambas:

3.6.1.1. Posición favorable a la rescisión del contrato

De acuerdo a lo expresado por la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984,[124] la iniciativa de establecer la rescición de este contrato partió del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, quien fuera Ponente del Título referido al contrato de compraventa en el seno de la Comisión Reformadora.

(e) Códigos Civiles que permiten expresamente al vendedor que desconocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:
Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 679: nulidad); Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 911: anulabilidad).
(f) Códigos Civiles que permiten expresamente al vendedor que conocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:
Ninguno.
(g) Códigos Civiles que prohíben expresamente al vendedor que conocía el carácter ajeno del bien interponer alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato:
Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 679: nulidad); Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1483: anulabilidad).
(h) Códigos Civiles que contemplan alguna acción para lograr la pérdida de eficacia del contrato, pero que no mencionan expresamente quién puede ejercer esa acción:
Código Civil Francés; Código Civil Peruano de 1852; Código Civil Argentino; Código Civil Nicaragüense de 1903; Anteproyecto de Código Civil Boliviano elaborado por Ángel Ossorio y Gallardo de 1943; Código Civil Portugués de 1967; Código Civil Mexicano de 1927; Código Civil Guatemalteco de 1973; Código Civil Panameño de 1917; Código Civil Belga.

[124] COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. *El Bien Materia de la Venta.* En: Diario Oficial *El Peruano.* Separata Especial, páginas 12 y 13. Lima, lunes 11 de febrero de 1991.

En adelante las expresiones de la Comisión Revisora sobre el particular:

> Durante los debates para la aprobación de este precepto, el Doctor Jack Bigio Chrem expresó que con motivo de la elaboración del Proyecto de Código Civil de 1981 había intercambiado correspondencia con el doctor Manuel de la Puente y Lavalle sosteniendo la conveniencia de que este contrato fuera considerado anulable y no rescindible, tesis que no fue compartida por el Doctor De la Puente quien presentó su anteproyecto, estimando el contrato como rescindible. Igual temperamento siguió el Proyecto de Código Civil de 1981 que incluyó esta figura en el artículo 1569.
>
> Que, con el transcurso de los años y habiendo meditado con detenimiento sobre la materia, consideraba que la solución más aconsejable era la de aceptar la solución del Proyecto de Código Civil de 1981, esto es, la de facultar al comprador a optar por la rescisión del contrato.
>
> Agregó que mantener la solución del artículo 1394 del Código Civil de 1936 de admitir el contrato como anulable, implica necesariamente imponer al comprador la difícil prueba del error o del dolo. Sugirió que el legislador, en aras de proteger el derecho del comprador debería optar por el remedio de la rescisión por cuanto mediante esta acción la probanza del actor es mucho más simple. Ello se explica en tanto que la anulabilidad exige prueba en relación al dolo o al error y la acción rescisoria la exige sólo en lo relativo al hecho preciso de que el comprador ignoraba que el bien no era de propiedad del vendedor en el momento de la celebración del contrato.
>
> De otro lado, expresó, que la acción rescisoria, por tratarse de una acción personal prescribe en el plazo de 10 años, tal como establece el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil. En cambio, si se establece la acción de anulabilidad ésta se encuentra expedita sólo dentro de los 2 años de la celebración del contrato, de acuerdo al inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil.
>
> Indicó, asimismo, que en días recientes le había encargado a la alumna de la Pontificia Universidad Católica del Perú doña Ana Lucía Camaiora Iturriaga, un estudio comparativo sobre los diferentes plazos de prescripción y caducidad que contenía el quinto Proyecto de Código Civil de febrero de 1984 aprobado por la Comisión Revisora, a fin de evitar las contradicciones que se habían advertido en el Código Civil de 1936, entre el plazo de prescripción de la acción real (20 años) y los de prescripción adquisitiva de dominio con y sin buena fe (10 y 30 años, respectivamente).
>
> Que al recibir dicho trabajo había reparado, que si la Comisión Revisora proyectaba establecer un plazo de prescripción de 2 años para la acción de anulabilidad del acto jurídico, en la hipótesis de que se trata, de mantenerse la doctrina del artículo 1394 del Código Civil de 1936 de considerar la venta de bien ajeno como anulable, se podría dar el caso que a los 2 años y un día de celebrado el contrato, en la práctica, el comprador no podría solicitar la anulación del contrato por razón de error o dolo, ya que el vendedor estaría en condiciones de deducir exitosamente la excepción de prescripción extintiva.
>
> Que, en tal situación el comprador se encontraría al descubierto, ya que en el caso de los inmuebles, no podría invocar la prescripción adquisitiva, según la cual se requiere una posesión de 5 ó 10 años, según que el comprador tenga buena o mala fe. Que por todo ello, proponía que se le permita plantear la acción de rescisión, que es una acción personal, y siendo la intención de la Comisión Revisora establecer el plazo de ésta en 10 años, dicho plazo concuerda con el plazo máximo de la prescripción adquisitiva de dominio, con lo cual la situación del comprador se encontraría debidamente protegida.
>
> La Comisión Revisora, por las razones expuestas aprobó la propuesta del Doctor Bigio con el voto unánime de los Doctores Fernández Arce, Haya de la Torre, Castro Becerra y Velaochaga Miranda. (En la misma sesión, la Comisión Revisora acordó por unanimidad expresar su agradecimiento y felicitación a doña Ana Lucía Camaiora Iturriaga por la valiosa contribución que había efectuado al país).

Por su parte, el propio De la Puente[125] señalaba, a título de exposición de motivos, lo siguiente:

> Se ha visto que es requisito indispensable para que sea válida la llamada venta de la cosa ajena que el comprador conozca esta situación al momento de celebrarse el contrato. Si el comprador ignora que el bien no pertenece al vendedor en dicho momento, no puede conocer que el vendedor no se está obligando a transferirle la propiedad del bien, que es la finalidad del contrato de compraventa, sino únicamente se está obligando a obtener el asentimiento del verdadero dueño, o sea algo que no depende de su voluntad, por lo cual la posibilidad del comprador de obtener la propiedad del bien es bastante más remota.
>
> Esto justifica que, en este caso, se conceda al comprador el derecho de pedir, cuando conozca que el bien es ajeno, la rescisión del contrato, para evitar que tenga que quedar a la espera de que el vendedor le procure la propiedad del bien a través del verdadero dueño. El comprador, en virtud de este derecho de rescisión, puede, en cuanto se entere que el bien no pertenece al vendedor, obtener de inmediato la devolución del precio, si es que lo ha pagado, o liberarse de la obligación de pagarlo, si aún no lo hubiera hecho. El vendedor, por su parte, quedará liberado de su obligación de transferir al comprador la propiedad del bien.

Sobre el particular, el Doctor Max Arias-Schreiber[126] sostiene lo siguiente:

> Al examinar el artículo 1537 señalamos que tenía un elemento condicionante, cual era que ambas partes supiesen que estaban celebrando un contrato de compraventa de bien ajeno. Pero si el comprador lo ignorase y no supiese, en consecuencia, que su derecho quedaba sujeto en definitiva al asentimiento del verdadero dueño o tercero, la situación se presenta distinta, y distinta es también la solución. Este comprador, en efecto, no tendrá por qué aceptar que su derecho al dominio esté mediatizado y por lo tanto le asiste la facultad de plantear la rescisión de la compraventa, con todos sus consecuentes efectos.

[125] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, página 210.
[126] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, página 50.

En 1991, cuando aparece la Primera Parte de la excelente obra del Doctor Manuel de la Puente, titulada «El Contrato en General», el notable maestro vuelve a referirse al tema de la rescisión.

En tal sentido, y haciendo alusión a los comentarios que efectuáramos sobre el tema de la rescisión en la venta de bien ajeno en nuestro primer trabajo,[127] expresa[128] lo siguiente:

> Se ha sostenido que la acción que debe concederse al comprador es la de anulación por error, debido a que dicho comprador ignoraba, al momento de celebrarse el contrato, que el bien era ajeno. Pienso que esto no es así, ya que el comprador sabía desde ese momento que existía la posibilidad de que el bien fuera ajeno, de tal manera que el hecho de que así sea no ha determinado que el comprador incurra en error.

Sobre la rescisión a que faculta el artículo 1539 en favor del comprador que desconocía el carácter ajeno del bien al momento de la celebración del contrato, Manuel de la Puente se ha vuelto a pronunciar en un reciente trabajo,[129] con las siguientes consideraciones:

[127] CASTILLO FREYRE, Mario. *Los Contratos Sobre Bienes Ajenos*, página 178.
[128] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*, primera parte, tomo III, páginas 444 y 445.
[129] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*, páginas 83 y 84.

Puede darse que en el curso del plazo suspensivo inicial a que debe estar sujeto todo contrato de compraventa de bien ajeno, el comprador conozca que el bien es ajeno y que, consecuentemente, el vendedor tendrá que adquirir la propiedad del bien de su verdadero dueño para luego transferirla oportunamente al comprador.

Se ha visto que en la compraventa de bien ajeno el comprador se encuentra en la incertidumbre respecto a si el bien pertenece o no al vendedor.

El conocimiento de la ajenidad del bien hace cesar esa incertidumbre, pero en un sentido desfavorable para el comprador desde que sabrá que el vendedor no está actualmente en aptitud de transferirle directamente la propiedad del bien, sino que dicho vendedor tendrá que seguir el azaroso camino de obtener que el verdadero dueño le adjudique la propiedad del bien, para él, a su vez, transferirla al comprador. Este camino es azaroso por cuanto existe el álea o riesgo de que el verdadero dueño no adjudique la propiedad del bien al vendedor.

Tomando esto en consideración y con la finalidad de paliar el impacto del riesgo que corre el comprador, el artículo 1539 le concede la opción entre mantener la vigencia del contrato de compraventa o solicitar su rescisión, con lo cual el comprador quedará liberado de su obligación de pagar el precio.
La razón por la cual la acción concedida al comprador sea la de rescisión radica en que la incertidumbre sobre el riesgo existía desde el momento de la celebración del contrato y la certeza de que el bien es ajeno no hace sino materializar un riesgo que se encontraba en potencia desde dicho momento. El bien ya era propio o ajeno del vendedor cuando se celebró el contrato.

Debe tenerse presente que el conocimiento por el comprador durante el plazo suspensivo inicial de la ajenidad del bien no significa que el vendedor haya incumplido su obligación de transferirle la propiedad del bien, desde que esa obligación sólo va a ser exigible al vencimiento de dicho plazo. No cabe, pues, entablar dentro de tal lapso una acción de resolución judicial por incumplimiento del vendedor.

Se ha sostenido que la acción que debe concederse al comprador es la de anulación por error, debido a que dicho comprador ignoraba, al momento de celebrarse el contrato, que el bien era ajeno. Pienso que esto no es así, ya que el comprador sabía al momento de celebrar el contrato que, por razón del principio contenido 1409 del Código Civil, en todo contrato de compraventa en que no se indica quién es el dueño del bien existe la posibilidad de que el bien sea ajeno, desde que ello está permitido. Cuando después de celebrado el contrato de compraventa el comprador conoce que el bien es ajeno del vendedor, lo único que ocurre es que se convierte en certeza algo que antes era sólo una posibilidad, pero no que el comprador haya comprado creyendo razonablemente que el bien era propio del vendedor.

3.6.1.2. Posición contraria a la rescisión del contrato

Esta posición nos corresponde, y seguimos creyendo en ella, por los fundamentos que sobre el particular hemos expresado en anteriores investigaciones[130] y en el presente trabajo, por lo que no vamos a incidir sobre el particular.

3.6.2. Posibilidad de ratificación o consolidación de la venta por parte del propietario del bien

Como hemos visto, a pesar de no contener el artículo 1599 del Código Civil Francés ninguna disposición en tal sentido, diversos comentaristas de este Código y la inmensa mayoría de la jurisprudencia francesa del siglo XIX avalaban la posibilidad de que la nulidad establecida por el artículo 1599 para la venta de bien ajeno, fuese subsanada en virtud de la ratificación posterior que hiciese el propietario del bien respecto de dicha venta. Sobre este punto ya señalamos las opiniones de Foignet, los Mazeaud, Planiol y Baudry-Lacantinerie.

---

[130] CASTILLO FREYRE, Mario. *Los Contratos Sobre Bienes Ajenos*, páginas 172 a 181; y CASTILLO FREYRE, Mario. *El Bien Materia del Contrato de Compraventa*, página 304.

Nosotros compartimos la opinión de Foignet en el sentido de que esta solución, si bien tiene bondades en el ámbito práctico, es contraria al Derecho, ya que la confirmación de un acto anulable sólo puede ser efectuada por una de las partes y nunca por un tercero.

En adición a estos comentarios, podríamos sostener que en el caso de producirse la venta de un bien ajeno y que en esa legislación esta figura estuviese atacada de algún vicio que pueda acarrear la invalidez del contrato, la ratificación del propietario, sólo podría revestir, en la mayoría de casos, la forma de un nuevo contrato entre el verdadero propietario y el comprador del contrato original, lo que no impediría que el contrato original haya sido incumplido por parte del vendedor, ya que la propiedad le será transferida al comprador o adquirente en virtud de un segundo contrato. ¿Qué otra forma podría revestir la ratificación del propietario, distinta a la señalada? Creemos que ninguna otra. Por tal razón, ya estaríamos hablando de un segundo contrato y no del original, el mismo que habría sido incumplido.

Hemos podido encontrar algunos Códigos Civiles que sostienen el principio de la ratificación por el propietario, señalando que aquella salva al contrato del vicio del cual estaba atacado.[131]

---

[131] Estos Códigos son los siguientes:

Código Civil Argentino (artículo 1330, primera parte); Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 912); Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1064); Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2568); Código Civil Colombiano (artículo 1874); Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 2003-A); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 743, segundo párrafo); Código Civil Ecuatoriano (artículo 1785); Código Civil Chileno (artículo 1818).

Los Códigos Civiles de Costa Rica, Ecuador y Chile, asignan al comprador los derechos de tal desde el momento de la celebración del contrato. El Código de Colombia se los asigna desde el momento de la ratificación por el propietario.

En el Código Civil Peruano de 1984 no se recoge este principio, lo que nos parece acertado por las razones anteriormente señaladas.

3.6.3. Posibilidad de convalidación del vicio que hace rescindible a la venta de bien ajeno

Como es sabido, el acto anulable es susceptible de confirmación, tema que se encuentra regulado en los artículos 230, 231 y 232 del Código Civil Peruano.[132]

Sin embargo, no existen normas relativas a la posibilidad de confirmar un contrato rescindible, por parte del contratante que se haya perjudicado en dicho contrato con la existencia del vicio. No obstante ello, pensamos que resultarían aplicables, por analogía, las normas relativas a la confirmación del acto jurídico.

Por lo demás, si la parte perjudicada dejase transcurrir el plazo de prescripción de diez años que el Código Civil establece para dicha acción (artículo 2001, inciso 1), se estaría produciendo, tácitamente, una confirmación del acto que era rescindible.

4. Jurisprudencia peruana del artículo 1539

En referencia a este punto, hemos encontrado las siguientes Ejecutoria Supremas.

---

[132] Los textos de los referidos numerales son los siguientes:

Artículo 230.- «Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo».

Artículo 231.- «El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad».

Artículo 232.- «La forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma».

Una primera señala que «la venta de un inmueble hecha por el usufructuario es anulable a instancia de la parte perjudicada».[133]

En otra Ejecutoria Suprema, los Tribunales Peruanos dictaminaron que «Es anulable la venta de un bien que ya había sido vendido anteriormente por el mismo vendedor».[134]

Una tercera Resolución señaló que «Es anulable, por tratarse de venta de cosa ajena, la hecha por el mandatario sin poder suficiente».[135]

Asimismo, encontramos sentado el principio de que «La acción anulatoria de venta de lo ajeno está taxativamente concedida por la ley en favor del comprador. Por eso, es infundada la demanda de reivindicación, nulidad de contrato y pago de frutos interpuesta por la hija de la vendedora por parte de un inmueble, cuya mitad fue de propiedad del padre de la demandante, en forma indivisa. La circunstancia de que se haya dado a la demandante posesión provisional de los bienes de su padre ausente, no es razón para acceder a la demanda, porque la legislación civil vigente no reconoce la institución de la posesión provisional de bienes».[136]

Mediante Resolución Suprema de fecha 7 de mayo de 1970, nuestros Tribunales dictaminaron que «La venta de cosa ajena es anulable».[137]

También encontramos que se resolvió en el sentido que «La acción anulatoria de un contrato de compraventa de

---

[133] ANALES JUDICIALES, 1927, página 263. En: GUZMÁN FERRER, Fernando. *Op. cit.*, tomo III,

[134] ANALES JUDICIALES, 1913, página 42. Resolución del Tribunal, número 1934, página 97. En: GUZMÁN FERRER, Fernando. *Op. cit.*, tomo III.

[135] RESOLUCIÓN DE TRIBUNAL de 1937, página 447. En: GUZMÁN FERRER, Fernando. *Op. cit.*, tomo III.

[136] REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. 1970, página 1221. En: GUZMÁN FERRER, Fernando. *Op. cit.*, tomo III.

[137] REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA, número 317, Año XXIX, página 715.

cosa ajena está taxativamente concedida por la ley en favor del comprador, y, por tanto, no puede ser ejercida por quien no intervino en el contrato».[138]

En otro caso, los Tribunales Peruanos dictaminaron que «No hay venta de lo ajeno. Son nulas todas las consecuencias que se devienen de ella».[139]

Finalmente, encontramos una Ejecutoria Suprema de fecha 7 de noviembre de 1995, en la cual nuestros Tribunales dictaminaron que «La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiere sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiere el bien, antes de la citación con la demanda».[140]

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1539

Este artículo podría ser derogado

Fundamento

Para arribar a la solución del artículo 1539 actual no se requiere sino aplicar los principios que el propio Código Civil recoge en Derecho de Obligaciones y la Parte General de Contratos.[141]

---

[138] REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA, 1972, página 490. En: GUZMÁN FERRER, Fernando. *Op. cit.*, tomo III.

[139] ANALES JUDICIALES, 1941, página 62. En: GUZMÁN FERRER, Fernando. *Op. cit.*, tomo III.

[140] LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ejecutorias, tomo III.

[141] En ocasión anterior (CASTILLO FREYRE, Mario. *El Bien Materia del Contrato de Compraventa*, página 446) consideramos conveniente proponer la modificatoria del artículo 1539, por un numeral que tuviera la siguiente redacción:
Artículo 1539.- «En los casos de anulación previstos en los artículos 1537 y 1538, la parte contra quien aquella se declare deberá pagar a la otra una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, si hubiese actuado dolosamente.

Si el contrato fuese anulado, el vendedor deberá devolver el precio recibido; salvo que hubiese actuado dolosamente, caso en el cual deberá reembolsar al comprador el valor que tendría el bien vendido al momento de efectuar dicho pago al comprador.

En caso de que el contrato fuese anulado, el contratante que hubiese pagado indebidamente intereses y tributos del contrato, o efectuado gastos relativos al mismo, tendrá derecho al reembolso de éstos por el otro contratante, salvo que hubiese actuado dolosamente.

En caso de haberse introducido mejoras en el bien, por parte del comprador y el contrato fuese anulado, aquel pierde todo derecho sobre las mismas, si hubiese actuado dolosamente».

Nuestro artículo 1539 preveía que en los casos de anulación contemplados en nuestros artículos 1538 y 1539, la parte contra quien aquella se declare debería pagar a la otra una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, pero en el exclusivo caso de haber actuado dolosamente. Con esta redacción, pensábamos remediar el gravísimo defecto del actual artículo 1541 del Código Civil, ya que éste establece la obligación para el vendedor de pagar al comprador la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, independientemente de si éste hubiese actuado o no con dolo.

Creíamos que con la redacción del actual artículo 1541 del Código Civil se contravenía lo dispuesto por el artículo 207 del Código Civil, en el sentido de que si un acto es anulado por error, no da lugar a indemnización entre las partes; ya que al haber establecido que ese acto es rescindible y no anulable, la norma del artículo 207, hoy en día no sería de aplicación al caso, dándose la injusticia de un vendedor de buena fe que eventualmente deba pagar indemnización de daños y perjuicios al comprador.

En tal sentido, creíamos que nuestra propuesta de artículo 1539 era justa. Además, considerábamos que debería pagar indemnización de daños y perjuicios cualquier contratante doloso respecto del otro contratante, y no circunscribir dicha obligación al vendedor.

Además proponíamos introducir una disposición en el sentido de que si el contrato fuese anulado, el vendedor debería devolver el precio recibido, pero si hubiese actuado de mala fe, no solo debería reembolsar el precio recibido, sino el valor que tendría el bien vendido al momento de efectuar dicho pago al vendedor. Esta última inclusión, tenía por sentido impedir se produzca una injusticia respecto del comprador que hubiese viciado su voluntad por dolo del vendedor o de tercero, y evitar asimismo, un enriquecimiento indebido por parte del vendedor.

El actual artículo 1541 del Código Civil establece que el vendedor debe reembolsar al comprador los gastos, intereses y tributos del contrato, efectivamente pagados por el comprador, y todas las mejoras introducidas por éste. Nos parecía inadecuado solo haber previsto el reembolso de los gastos, intereses y tributos por parte del vendedor, y que le asistiría igual derecho para reclamar su devolución en caso el contrato fuese anulado. Sin embargo, considerábamos necesario y justo impedir que un contratante

que hubiese actuado dolosamente se beneficie por un hipotético reembolso de los mismos.

Respecto de las mejoras, nos parecía de equidad considerar que en caso de que el contrato fuese anulado, el comprador doloso perdiera cualquier derecho sobre las mismas.

Pero todos nuestros reparos y temores no ameritaban la creación de una norma, pues la solución se obtiene en virtud de los principios generales de Derecho de Obligaciones y de la Parte General de Contratos.

VENTA DE BIEN PARCIALMENTE AJENO

Artículo 1540.- «En el caso del artículo 1539, si el bien es parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio».

Fuentes nacionales del artículo 1540

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; el Código Civil de 1852; el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936; ni en el Código Civil de 1936.

El tema es abordado por primera vez por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, en su artículo 15: «Si en el caso del artículo 13 el bien es sólo parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre pedir la resolución del contrato o pedir la reducción del precio.— En el primer caso, es de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior»; luego es tratado por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1571: «Si en el caso del artí-

culo 1569 el bien es sólo parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre pedir la resolución del contrato o la reducción del precio.— En el primer caso, es de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior»; y por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el numeral 1503: «En el caso del artículo 1502, si el bien es parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio».

Fuentes y concordancias extranjeras

Guardan concordancia con lo establecido por el artículo 1540 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, el Código Civil Argentino (artículo 1331), el Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1064), el Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2569), el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1480), el Código Civil Portugués de 1967 (artículo 902), el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 597), el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 660), el Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 745), el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1328) y el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 913).[1]

---

[1] Los textos de los artículos mencionados son los siguientes:
— *Código Civil Argentino:*
Artículo 1331.- «La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa, es de ningún efecto aun respecto a la porción del vendedor; pero éste debe satisfacer al comprador que ignoraba que la cosa era común con otros, los perjuicios e intereses que le resulten de la anulación del contrato».
— *Código Civil Costarricense de 1888:*
Artículo 1064.- «La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa, como perteneciéndole por entero, es válida en cuanto a la parte del vendedor, mas si el comprador ignoraba el vicio de la venta, podrá rescindirla».
— *Código Civil Nicaragüense de 1903:*
Artículo 2569.- «La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa indivisa, es de ningún efecto aún respecto a la porción del vendedor; pero este debe satisfacer al comprador que ignoraba que la cosa era común con otros, los perjuicios e intereses que le resulten de la anulación del contrato.
Es aplicable a este caso lo dispuesto en el artículo que precede».
— *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936:*
Artículo 913.- «Si uno de los comuneros hubiera vendido la totalidad del bien, y el acto quedare ulteriormente sin efecto por aplicación de las reglas del condominio, deberá satisfacer los daños y perjuicios al comprador de buena fe».
— *Código Civil Italiano de 1942:*
Artículo 1480.- «Venta de cosa parcialmente ajena.— Si la cosa que el comprador consideraba de propiedad del vendedor era sólo en parte de propiedad ajena, el comprador puede pedir la resolución del contrato o el resarcimiento del daño a tenor del artículo anterior, cuando deba considerarse según las circunstancias, que no habría adquirido la cosa sin aquella parte de la que no ha llegado a ser propietario, igualmente puede obtener sólo una reducción del precio además del resarcimiento del daño».
— *Código Civil Portugués de 1967:*
Artículo 902.- «(Nulidad parcial del contrato) Si los bienes fueren sólo parcialmente ajenos, y el contrato vale en la parte restante por aplicación del artículo 292, se deben observar las disposiciones anteriores en cuanto a la parte nula y reducirse proporcionalmente el precio estipulado».
— *Código Civil Boliviano de 1976:*
Artículo 597.- «(Venta de cosa parcialmente ajena).
Cuando la cosa es sólo parcialmente ajena, el comprador puede pedir la resolución del contrato o el resarcimiento del daño, conforme al artículo anterior, si, de acuerdo a las circunstancias, el comprador no hubiera adquirido la cosa sin la parte de la cual no ha llegado a ser propietario. En caso contrario puede pedir la reducción en el precio además del resarcimiento».
— *Proyecto de Código Civil Colombiano:*
Artículo 660.- «Si el vendedor, por no ser propietario de la cosa o estar gravada, se encuentra imposibilitado para cumplir la obligación de proporcionarle propiedad o el respectivo derecho al comprador, podrá éste pedir directamente la restitución inmediata del precio aumentado en un 20%, sin necesidad de instaurar previamente la acción de resolución judicial a que se refieren los artículos 472 a 474. Si persevera en el contrato podrá pedir directamente la indemnización de perjuicios.
Si la cosa pertenecía sólo en parte al vendedor, podrá el comprador ejercer la acción mencionada en el párrafo anterior o pedir una reducción del precio pagado. Esta misma norma se aplicará cuando sobre la cosa existiere un gravamen no denunciado por el vendedor».
— *Código Civil Paraguayo de 1987:*
Artículo 745.- «Si la cosa que el comprador creía ser de la propiedad del vendedor era sólo en parte de propiedad ajena, podrá el comprador pedir

Análisis

1. Supuestos de venta de bien parcialmente ajeno

Son diversos los supuestos que la doctrina nacional entiende como susceptibles de estar comprendidos dentro de los alcances del artículo 1540, bajo comentario.

A continuación, pasaremos revista a los mismos:

1.1. Venta de un conjunto de bienes de los cuales algunos son propios y otros son ajenos

Sobre la pertinencia de este supuesto nos hemos pronunciado el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle[2] y el autor de estas páginas,[3] aunque se han disipado nuestras reservas relativas a considerar a esta hipótesis como una de venta de bien parcialmente ajeno.

Respecto a nuestra posición inicial acerca de este punto, ha hecho reciente alusión el Doctor Manuel de la Puente, cuando ha expresado[4] lo siguiente: «CASTILLO no está convencido de la conveniencia de incluir, dentro de los supuestos de compraventa de bien parcialmente ajeno, la primera

---

la resolución del contrato con el resarcimiento del daño a tenor del artículo anterior cuando, según las circunstancias, deba considerarse que él no habría adquirido la cosa sin aquella parte de la que no ha llegado a ser propietario; e igualmente puede obtener sólo una reducción del precio, además del resarcimiento del daño».

— *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987:*
Artículo 1328.- «Es válida la venta de cosa total o parcialmente ajena. El vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador».

[2] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, página 211.

[3] CASTILLO FREYRE, Mario. *Los Contratos Sobre Bienes Ajenos,* página 189; y CASTILLO FREYRE, Mario. *El Bien Materia del Contrato de Compraventa,* página 302.

[4] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa,* página 68.

posibilidad, ya que si bien resulta evidente que lo que priorizaría en un contrato de esta naturaleza sería el hecho de que los bienes estén siendo vendidos como conjunto, y éste debiese ser tomado como un todo, como una unidad, no por venderse los bienes en esta forma, éstos dejarían de tener individualidad propia. No por ello se dejaría de estar vendiendo algunos bienes totalmente propios y algunos otros totalmente ajenos».

1.2. Venta de un bien cuya propiedad no sea exclusiva del vendedor, sino que la comparta en calidad de copropietario con otra(s) persona(s)

Sobre este supuesto también nos hemos pronunciado el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle,[5] y el suscrito.[6]

1.2.1. Contradicción existente entre los artículos 1540 y 978 del Código Civil

El artículo 977 del Código Civil recoge la regla general por la cual se rigen los bienes sujetos a condominio. Esta norma establece que cada copropietario puede disponer de su cuota ideal y de los respectivos frutos, pudiendo también gravarlos.

Pero la siguiente es norma la que reviste singular importancia en relación al artículo 1539, bajo comentario. Se trata del artículo 978, precepto que señala que si un copropietario practica sobre todo o parte de un bien, acto que importe el ejercicio de propiedad exclusiva, dicho acto solo

---

[5] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, página 211.

[6] CASTILLO FREYRE, Mario. *Los Contratos Sobre Bienes Ajenos*, páginas 189 a 191; y CASTILLO FREYRE, Mario. *El Bien Materia del Contrato de Compraventa*, página 302.

será válido desde el momento en que se adjudica el bien o la parte a quien practicó el acto.

Se entiende que esta norma, al referirse a «acto que importe el ejercicio de propiedad exclusiva», puede comprender actos de disposición, llámense donación o venta del bien en condominio.

Los dos artículos bajo análisis, el 1540 y el 978 prevén, entonces, la posibilidad de que un copropietario venda un bien ejerciendo sobre él derechos que no tenía en exclusividad.

Pero el artículo 1540 combina, a su vez, dos figuras que vienen a ser lo mismo: la venta de la totalidad de un bien en condominio por uno de sus condóminos y que dicho bien tenga el carácter de parcialmente ajeno.

Como vemos, estos dos artículos se ocupan, bajo diferente regulación, de un mismo asunto, ya que un bien en condominio es obviamente un bien parcialmente propio y por lo tanto, parcialmente ajeno.

Si la normatividad y efectos de ambos artículos fuese la misma, aparte de la innecesaria doble regulación, no se plantearía ningún problema, pero lamentablemente, no es así.

El artículo 978 otorga validez a la venta en esas condiciones, solo desde el momento en que se adjudica el bien (entiéndase la totalidad del bien) o la parte al copropietario que practicó dicha venta. La adjudicación de la totalidad o de la parte correspondiente, se entendería, según aquello de que haya dispuesto dicho copropietario.

En otras palabras, para el artículo 978, una venta de estas características, en principio no es válida, por no contar el copropietario con la facultad de disponer de una parte material del bien indiviso, ya que sobre él no se ha realizado la partición correspondiente. El copropietario es dueño de una cuota ideal sobre el bien. Es decir, ese bien, en parte le pertenece y en parte no. En parte es propio y en parte es ajeno.

El problema para los artículos 1539 y 1540 estriba en que el contrato, mientras no se plantee la acción de rescisión, es un contrato que surte efectos. En cambio para el artículo 978, no es válido mientras no se produzcan los supuestos en él contemplados.

Consideramos que el problema derivado del conflicto que plantea uno de los tres supuestos del artículo 1540 y el artículo 978, podría ser solucionado aplicando el principio de especificidad, es decir, que cuando estemos frente a un caso de compraventa de un bien sujeto al régimen de copropiedad, y uno de sus copropietarios venda una parte materialmente individualizada de dicho bien o la totalidad del mismo, sería de aplicación el artículo 978 y cuando nos encontremos frente a cualquiera de los otros dos supuestos pasibles de ser comprendidos por el artículo 1540, este resultaría aplicable.

Pero mayor será el problema, de acuerdo al artículo 1540, en caso ambas partes contratantes conozcan que el bien en condominio es solo parcialmente ajeno, con lo que este contrato sería válido desde el momento de su celebración, a diferencia del supuesto del artículo 978, que lo considerará válido solo desde un probable momento posterior a dicha celebración.

1.3. Venta de un bien cuya propiedad no sea exclusiva del vendedor, sino que la comparta con otra(s) persona(s), pero no en calidad de copropietarios sino de propietarios de partes materialmente individualizadas del bien

Para poder precisar aún más estos conceptos, debemos señalar que este supuesto debe ser analizado en función de la finalidad unitaria a la que está destinado un bien considerado en sí mismo o en relación al contrato del cual sea objeto de una prestación. En este sentido, por ejemplo, si lo que se ha pactado es un contrato de compraventa de un te-

levisor antiguo y este aparato está conformado por algunas partes que son de propiedad del vendedor (por ejemplo, la pantalla y todos los transistores) y por otras que no son de propiedad del vendedor (por ejemplo, las patas y el armazón), pero, como vemos, cada una de estas partes está perfectamente individualizada, es obvio que hablamos de un bien parcialmente propio y a la vez, parcialmente ajeno. Pero en este caso, si bien podríamos decir que estamos frente a un contrato en el cual se están vendiendo algunos bienes propios (la pantalla, por ejemplo) y algunos bienes ajenos (las patas), este razonamiento no lo consideramos sostenible, ya que los bienes mencionados no tienen una utilidad práctica de acuerdo a los dos criterios esgrimidos anteriormente, es decir, formando parte del televisor. Este es el bien y no aquellos.

Sin embargo, debemos admitir que una hipótesis como la descrita sería más de laboratorio que de la práctica cotidiana.

1.4. Venta de un bien perteneciente a la sociedad conyugal, por parte de uno solo de los cónyuges

Sobre este supuesto no habíamos reparado en nuestras anteriores investigaciones. Sin embargo, vamos a ocuparnos del mismo, dada la enorme importancia teórica y práctica que presenta.

De acuerdo a lo prescrito por el Código Civil Peruano, en su artículo 301, «En el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad».

En el artículo 302 se establece cuáles son los bienes propios de cada cónyuge, en tanto que en el artículo 310 se prescribe que son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión así como los frutos y productos de todos los bienes propios y

de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor.

Asimismo, en virtud de lo prescrito por el artículo 311, inciso 1, para la calificación de los bienes (propios o sociales) se requiere la existencia de determinadas reglas, la primera de las cuales informa que todos los bienes se presumen sociales salvo prueba en contrario.

Por otra parte, en el artículo 315 del mencionado cuerpo legal se establece que para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.

Así, expuestas las normas en vigencia sobre el régimen patrimonial en el matrimonio, queda claro que si alguno de los cónyuges desea disponer (enajenar) un bien propio de la sociedad conyugal, necesariamente deberá contar con el asentimiento del otro cónyuge.

Ahora bien, si uno de los cónyuges procediera a vender por sí solo (es decir, sin intervención expresa o tácita del otro) un bien social, cabría preguntarnos —en primer lugar— si estamos en presencia de una venta de bien parcial o totalmente ajeno; y, en segundo término correspondería cuestionar si es que dicho contrato es nulo o rescindible.

En relación al carácter de un bien social, consideramos que resulta claro que el mismo pertenece a la sociedad conyugal, entendida como una institución autónoma y distinta de los cónyuges, quienes son los representantes de dicha sociedad conyugal. Pero el régimen de propiedad que plantea una sociedad conyugal no es similar al de la copropiedad, así como tampoco se rige por sus mismas reglas, sino por conceptos diferentes y especiales.

Entonces queda claro que si uno de los cónyuges vende un bien de la sociedad conyugal, sin el asentimiento del otro, nos encontraremos en presencia de una venta de bien totalmente ajeno, ya que la persona vendedora no es siquie-

ra parcialmente propietaria de dicho bien, el mismo que pertenece en su totalidad a la sociedad conyugal.

En segundo lugar, trataremos de absolver la interrogante en el sentido de si al producirse el supuesto mencionado, nos encontraríamos frente a un acto nulo o ante uno rescindible.

Pensamos que por más que se quiera, no podría argumentarse la nulidad como consecuencia de lo prescrito en el primer párrafo del artículo 315 del Código Civil. Dicha norma, si bien imperativa, no establece sanción de nulidad para el acto celebrado en estos términos.

Pensamos que en relación al cónyuge no interviniente, el contrato celebrado no surtiría efecto alguno, pues los contratos solo surten efecto entre las partes que los celebran y sus herederos (argumento del artículo 1363 del Código Civil, que recoge el antiguo principio romano *res inter alios acta*). Esto equivale a decir que los efectos de dicho acto celebrado no por la sociedad conyugal, sino por una persona que por sí sola no la representa, resulta equivalente a la venta de un bien totalmente ajeno. Así, si la persona afectada no hubiese sufrido despojo del bien, dicho acto no le afectaría en la práctica. Si hubiese sido despojada del mismo, podría intentar interponer una acción reivindicatoria para recuperar el bien, ya que esta acción no constituiría un acto de desposesión, sino un acto de administración de los bienes de la sociedad, para cuyos efectos se encuentra facultado cualquiera de los cónyuges, en virtud a lo establecido por el primer párrafo del artículo 314 del Código Civil.

En relación a los derechos del comprador perjudicado, estos son los mismos que otorga el artículo 1539 y los complementarios establecidos en el artículo 1541 del Código Civil Peruano, de los cuales nos ocupamos oportunamente a lo largo de este trabajo.

Finalmente, consideramos que para evitar problemas de orden interpretativo, hubiera sido conveniente que la redac-

ción del artículo 315 del Código Civil fuese distinta, tema del que nos hemos ocupado en una anterior investigación.[7]

Por último, debemos expresar nuestra opinión favorable a que el artículo 315 no sancione con nulidad la omisión de la participación del cónyuge en la celebración del contrato. La práctica enseña que si ese fuese el caso, más del 90% de contratos de compraventa de este tipo serían nulos por celebrarse sin autorización ni participación del otro cónyuge.

De otro lado, independientemente de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 315 en el sentido que lo establecido en el primer párrafo de la norma no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges, debemos decir que de solo analizar la eventualidad de que se exigiera la participación de ambos cónyuges en caso de adquisición de

---

[7] En nuestra obra *Tentaciones Académicas* (CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones Académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984,* tomo II, páginas 364 y 365) expresamos las siguientes consideraciones sobre el particular, fundamentalmente en torno a una eventual modificación del artículo 315 del Código Civil:

Artículo 315.- «Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere de la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.

Si se contraviniera lo estipulado en este artículo, el acto será ineficaz».

Fundamento.- Con el último párrafo que hemos agregado al artículo 315, buscamos evitar erróneas interpretaciones acerca de la naturaleza de los actos de disposición o gravamen de los bienes de la sociedad conyugal por parte de uno solo de los cónyuges.

Además evitaríamos el problema de concordancia que existe actualmente entre este numeral y el artículo 1540 del Código Civil, que advirtiéramos en el año 1990 en nuestra obra «Los Contratos Sobre Bienes Ajenos» (CASTILLO FREYRE, Mario. *Los Contratos Sobre Bienes Ajenos*, páginas 190 y 191), en la eventualidad que podamos considerar que un contrato de esta naturaleza sea una venta de bien parcialmente ajeno o una venta de bien totalmente ajeno, actos que, como sabemos son válidos, pero pueden llegar a ser ineficaces.

bienes, tal situación sería absolutamente contraria a las necesidades del tráfico mercantil.

Por último, podríamos pensar que el supuesto del primer párrafo del artículo 315 del Código Civil sería uno de falta de legitimación para obrar; ello, pues las nulidades se encuentran taxativamente enumeradas por el Código Civil, de ahí que, como ha sido dicho, el acto sería ineficaz respecto del cónyuge que no participó en su celebración, pero no sería nulo.

2. Opción del comprador entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio

Como hemos venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, el Código Civil Peruano, en sus artículos 1537 y 1538 no contempla la venta de bien ajeno. Contiene en ellos la figura de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero y la novación legal de la promesa en una compraventa. Pero en los artículos 1539 y 1540 sí regula al contrato de venta de bien ajeno.

Sería absurdo pensar que los artículos 1539 y 1540 tratan acerca de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

La opción del comprador ignorante de que el bien era ajeno está entre demandar judicialmente la rescisión del contrato de compraventa que ha celebrado y demandar judicialmente la reducción del precio del bien. Esta reducción es del precio del bien, por lo que no podría referirse a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero de la que no se podrá tomar ninguna referencia para efectuar dicha reducción en el monto contractualmente convenido, ya que el precio del bien sería establecido en un segundo contrato, este sí de compraventa, celebrado entre el tercero y el promisario.

Pero ahora nos enfrentamos a otro problema: ¿A cuál de los tres supuestos señalados sería aplicable la facultad de reducción del precio del bien?

Sin duda alguna podría serlo para los casos en que parte de la totalidad de bienes vendidos sean ajenos y parte no (primer supuesto) y para el caso en que parte materialmente determinada sea propia y otra, de igual condición, ajena (tercer supuesto).

Pero para el caso en que el bien vendido se halle en situación de copropiedad, la facultad del artículo 1540 sería inaparente, ya que está destinada a que el comprador, al solicitar la reducción del precio, lo haga para, por un precio menor, tener la seguridad de recibir en propiedad la parte del bien o de los bienes sobre los que contrató, que en realidad le pertenezcan al vendedor y, de este modo, no correr ningún riesgo de imposibilidad material de cumplimiento futuro respecto de aquella parte del bien o de los bienes que al momento de la contratación no pertenecen al vendedor.

En el caso de los bienes sujetos al régimen de copropiedad, al comprador no le otorgaría mayor ventaja (o una ventaja definitiva) obtener la reducción del precio pactado, ya que de vender el copropietario una parte materialmente determinada del bien o la totalidad del mismo, según las normas relativas a la partición, para que dicha operación sea válida sería necesario que se le adjudique en propiedad la parte material vendida o la totalidad del bien, de ser el caso. Antes, el bien continuaría siendo indiviso y el comprador no tendría ninguna seguridad respecto de que posteriormente el vendedor le pueda transferir su propiedad.

El artículo 1540 contempla, al igual que el numeral 1539, la posibilidad de solicitar judicialmente la rescisión del contrato. Aquí también son aplicables los comentarios que sobre la rescisión hicimos cuando tratamos acerca de la última norma citada. A este respecto el Código Civil Peruano de 1984 no es el único que contempla u otorga la facultad al comprador que desconocía el carácter de parcialmente ajeno del bien, de demandar judicialmente la rescisión del

contrato. En este sentido el Código Civil Costarricense de 1888, en su artículo 1064, es del mismo parecer.[8]

3. Magnitud de la parte ajena del bien para que proceda la rescisión del contrato

Uno de los puntos sobre los cuales no se pronuncia el artículo 1540 del Código Civil Peruano, es el relativo a la magnitud que debe tener la parte ajena del bien en relación a la integridad del mismo.

Estimamos que dada la importancia que tiene el hecho de ser propietario de la integridad de un bien y, por tanto, poder ejercer a plenitud los derechos que ello implica, no se

[8] Seguidamente, haremos una enumeración de los Códigos Civiles que contemplan el contrato de venta de un bien parcialmente ajeno, según la causal de invalidez o de ineficacia que se establece para el particular:

(a) Códigos Civiles que sancionan con la nulidad total el contrato de venta de bien parcialmente ajeno:
Código Civil Argentino (artículo 1331); Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2569); Código Civil Portugués de 1967 (artículo 902, cuando se demuestra que el contrato no hubiera sido concluido por la parte viciada).

(b) Códigos Civiles que sancionan con resolución el contrato de compraventa de una cosa parcialmente ajena, cuando la parte ajena haya sido determinante para la celebración del contrato:
Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1480); Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 597); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 745).
Estos Códigos Civiles también otorgan al comprador el derecho a solicitar la respectiva indemnización.
Para cuando la parte ajena no haya sido determinante en la celebración del contrato, el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1480) solo concede al comprador la posibilidad de solicitar la reducción del precio, además del resarcimiento del daño; en tanto el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 509) y el Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 745), también conceden similar acción.

(c) Códigos Civiles que establecen expresamente la validez del contrato de compraventa de un bien parcialmente ajeno:
Código Civil Portugués de 1967 (artículo 902, salvo cuando se demuestre que el contrato no hubiera sido concluido sin la parte viciada); Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1328).

podría hablar aquí de porcentajes o fracciones que resulten necesarios para demandar la rescisión del contrato.

En este sentido bastará que una parte del bien, por más mínima que fuere, sea ajena, para que proceda dicha rescisión, la misma que (a diferencia del problema planteado en el caso del artículo 1533, referido a la compraventa de bienes parcialmente pasados) nunca podría ser calificada de arbitraria o de que configure un supuesto de abuso del derecho.

Concluyendo nuestro análisis del artículo 1540, citamos aquella Ejecutoria Suprema de fecha 6 de abril de 1995, según la cual:

> La venta hecha por el cónyuge de un bien de propiedad de la sociedad conyugal, no está afectada de nulidad. El acto jurídico traslativo estaría limitado a la cuota o parte que le correspondería cuando se liquide el régimen patrimonial de sociedad de gananciales, por lo que la venta estaría sujeta a un plazo indeterminado.[9]

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1540

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Nuestra derogatoria se inspira en que se llegaría a similar solución en virtud de los principios generales que contiene el propio Código Civil.

[9] LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ejecutorias*, tomo II, páginas 38 y 39.

OTRAS CONSECUENCIAS DE LA VENTA DE BIEN AJENO

Artículo 1541.- «En los casos de rescisión a que se refieren los artículos 1539 y 1540, el vendedor debe restituir al comprador el precio recibido, y pagar la indemnización de daños y perjuicios sufridos.

Debe reembolsar igualmente los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por el comprador y todas las mejoras introducidas por éste».

Fuentes nacionales del artículo 1541

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; el Código Civil de 1852; el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por la Comisión Reformadora de 1926; ni en el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936.

El tema fue abordado por primera vez en el Código Civil de 1936, artículo 1394: «La venta de la cosa ajena es anulable a solicitud del comprador, salvo que éste hubiese sabido que la cosa no pertenecía al vendedor. Puede además demandar al vendedor la restitución del precio y el pago de los

daños y perjuicios»; luego en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, artículo 14: «En el caso de la resolución a que se refiere el artículo anterior, el vendedor deberá devolver al comprador el precio que haya recibido, aun cuando el bien disminuya su valor o se deteriore.— Además, el vendedor deberá indemnizar al comprador los perjuicios que haya sufrido y reembolsarle los gastos e impuestos del contrato que efectivamente haya pagado y todas las mejoras introducidas por él»; en el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1570: «En el caso de la resolución a que se refiere el artículo anterior, el vendedor deberá devolver al comprador el precio que haya recibido, aun cuando el bien disminuya su valor o se deteriore.— Además, el vendedor deberá indemnizar al comprador por daños y perjuicios que haya sufrido y reembolsarle los gastos e impuestos del contrato que efectivamente haya pagado y todas las mejoras introducidas por él»; y en el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, artículo 1504: «En los casos de rescisión a que se refieren los artículos 1502 y 1503, el vendedor debe restituir al comprador el precio recibido, y pagar la indemnización de daños y perjuicios sufridos.— Debe reembolsar igualmente los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por el comprador y todas las mejoras introducidas por éste».

Análisis

1. Obligaciones que surgen de los supuestos de rescisión de la venta de bien total o parcialmente ajeno

Podríamos considerar a los siguientes como elementos constitutivos del artículo 1541 del Código Civil Peruano:

(a) Debe haberse producido alguno de los supuestos de demanda judicial de rescisión del contrato a que se refieren los artículos 1539 y 1540;
(b) El vendedor debe restituir al comprador el precio recibido;
(c) El vendedor debe pagar al comprador la indemnización por los daños y perjuicios sufridos;
(d) El vendedor debe pagar al comprador los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por este último;
(e) El vendedor debe reembolsar al comprador todas las mejoras introducidas por este en el bien.

La norma contenida en este artículo tiende a restablecer el equilibrio contractual en caso que el comprador que hubiese ignorado el carácter de total o parcialmente ajeno del bien se hubiese visto perjudicado en alguno de los supuestos contemplados en los elementos (b) a (c) del artículo 1541, antes señalados.

Ya el artículo 1349 del Código Civil Peruano de 1936 contenía una disposición en el sentido que el comprador que había contratado desconociendo el carácter ajeno del bien, podía demandar al vendedor la restitución del precio y el pago de los daños y perjuicios.[1]

---

[1] Algunos de los Códigos consultados se pronuncian en favor de imponer al vendedor la obligación de restituir el precio recibido. En tal sentido encontramos los Códigos siguientes:

Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1383); Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1394); Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479, segundo párrafo); Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1794); Proyecto Boissonade de Código Civil Japonés de 1890 (artículo 679); Código Civil Portugués de 1967 (artículo 894); Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 596, inciso 2); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 744).

Respecto a la obligación del vendedor de reembolsar al comprador los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por este último, encontramos los siguientes Códigos Civiles:

Código Civil Argentino (artículo 1329); Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2568); Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479, segundo

1.1. Obligación del vendedor de restituir al comprador el precio recibido

Si bien es cierto que el Código Civil impone al vendedor la obligación de devolver el precio recibido, en caso se rescinda el contrato, entendemos que hubiera sido de justicia establecer que en caso hubiese actuado de mala fe, no solo deba devolver el precio, sino el valor que tendría el bien al momento de efectuar dicho pago al comprador. Esto tendría el sentido de impedir una injusticia derivada de una eventual desvalorización de la moneda y evitar, asimismo, un enriquecimiento indebido por parte del vendedor.

En otras palabras, consideramos que si el vendedor hubiera actuado de buena fe, debería imponérsele una obligación de carácter netamente nominalista, en tanto si hubiese actuado de mala fe, ella debería tener carácter valorista.

1.2. Obligación del comprador de restituir el bien (en caso de haberlo recibido) al vendedor o a su verdadero propietario

Esta es una consecuencia lógica y natural de la rescisión producida, ya que cuando un contrato se rescinde se trata de volver las cosas al estado en que se encontraban al momento de su celebración. En tal sentido es que el comprador deberá entregar el bien, ya sea al vendedor que no era propietario del mismo (en caso no se identifique al verdadero propietario) o al propietario del bien (en el supuesto

párrafo); Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1018); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 744).

Respecto a la obligación del vendedor de reembolsar todas las mejoras introducidas por este en el bien, encontramos los siguientes Códigos:

Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479); Código Civil Portugués de 1967 (artículo 901); Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 596, inciso III); Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 744).

que sea conocido fehacientemente), ya que es esta persona a quien le corresponde poseerlo, salvo casos excepcionales, como podría ser el supuesto en el cual se esté discutiendo judicialmente la propiedad del bien entre el vendedor y un tercero, hipótesis en la que procedería la consignación.

1.3. Obligación del vendedor de pagar al comprador una indemnización por los daños y perjuicios causados

Esta obligación que la ley impone al vendedor, naturalmente supone que el mismo haya actuado con culpa leve, culpa inexcusable o dolo, vale decir que exista causa imputable al vendedor. Resulta evidente que si dichos daños y perjuicios se hubiesen causado en ausencia de culpa (por causa no imputable), no debería resarcimiento alguno.

No debemos olvidar, por más que se trate de un supuesto excepcional, que dichos daños y perjuicios también podrían haber sido ocasionados por causa imputable al comprador, caso en el cual sería este contratante el responsable de la indemnización de los daños y perjuicios.

Finalmente, podríamos encontrarnos ante el supuesto de concurrencia de culpas, caso en el cual se aplicarían las consecuencias previstas por el artículo 1326 del Código Civil Peruano, norma que establece que si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven.

Es necesario recordar, que si se hubiese previsto como acción para lograr la invalidez del acto la de anulabilidad, y se tratase de un supuesto de error, resultaría aplicable lo previsto por el artículo 207 del propio Código, en el sentido que la anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes.

1.4. Obligación del vendedor de reembolsar al comprador los gastos del contrato en que este último hubiese incurrido

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1541 del Código Civil, el vendedor debe reembolsar al comprador los gastos del contrato en que este último hubiese incurrido, norma que nos parece de justicia.

Sin embargo creemos inadecuado el que solo se haya previsto el reembolso de dichos gastos pagados por el comprador. Consideramos que podría ocurrir también que fuese el vendedor quien hubiera pagado dichos gastos, y que le asistiría igual derecho para reclamar su devolución en caso el contrato fuese anulado o rescindido. Sin embargo, consideramos necesario y justo impedir que un contratante que hubiese actuado dolosamente se beneficie por un hipotético reembolso de los mismos.

Finalmente, debemos agregar que estas expresiones relativas al tema del reembolso de los gastos, las hacemos extensivas al reembolso de los intereses y tributos del contrato, efectivamente pagados, razón por la cual cuando analicemos esos puntos omitiremos referirnos al particular.

1.5. Obligación del vendedor de pagar al comprador intereses legales

Nos parece adecuado el que se haya establecido la obligación de pago al comprador de los intereses legales, puesto que ellos, teniendo la calidad de compensatorios, deberán suplir la imposibilidad que tuvo el comprador de hacer uso de ese dinero desde el momento en que pagó el precio.

1.6. Obligación del vendedor de reembolsar al comprador el monto pagado por este por concepto de tributos relativos al contrato

Entendemos que el Código Civil en la norma bajo comentario, está haciendo alusión a todos los tributos que hubiera tenido que pagar el comprador, dependiendo de la naturaleza de la operación.

1.7. Obligación del vendedor de pagar al comprador el valor de todas las mejoras que este hubiere introducido en el bien

Resulta adecuado que el artículo 1541 establezca la obligación del vendedor de reembolsar al comprador el valor de todas las mejoras que este hubiere introducido en el bien.

Sin embargo, estimamos que habría que distinguir los casos en que dicho vendedor haya actuado con buena o mala fe. Creemos que de haber actuado de mala fe debería reembolsar solamente el valor de las mejoras necesarias y útiles, y el de las de recreo, en la medida que no pudiesen ser retiradas del bien sin destruirlas.

Si el vendedor hubiera actuado de buena fe, debería reembolsar solamente el valor de las mejoras necesarias y útiles que hubiese introducido el comprador.

A todo ello debemos agregar que si el comprador hubiera actuado de mala fe, el vendedor (independientemente de su actuación de buena o mala fe) solo estaría obligado al reembolso de las mejoras necesarias y útiles, pero nunca de las de recreo.

1.8. Obligación del vendedor de responder, en su caso, por el saneamiento por evicción

Este punto resulta en extremo interesante, pues nos permite analizar la relación existente entre la venta de bien ajeno y el saneamiento por evicción.

Como se recuerda, la evicción es la privación total o parcial, temporal o definitiva que sufre el adquirente como consecuencia de un fallo que reconoce un mejor derecho de tercero sobre el adquirido. Al producirse esta situación el

adquirente tiene derecho de exigir al transferente que sanee su título a fin de que pueda gozar adecuadamente de la propiedad, posesión o uso del bien que ha adquirido.

Nuestro Código Civil otorga un tratamiento específico al tema del saneamiento por evicción, en sus artículos 1491 a 1502, definiendo en ellos el ámbito de dicha figura.

La venta de bien ajeno constituye un contrato mediante el cual el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de un bien al comprador, con la particularidad de que dicho bien, con la transferencia, no pertenece —en propiedad— al vendedor al momento de la celebración del contrato.

En nuestros libros «Los Contratos Sobre Bienes Ajenos»[2] y «El Bien Materia del Contrato de Compraventa»,[3] hicimos referencia a una serie de contratos típicos en los cuales podríamos aplicar la teoría de la contratación sobre bienes ajenos; concretamente: la compraventa, la permuta, el suministro, la donación, el arrendamiento, el comodato y el depósito.

De estos contratos, solo los seis primeros implican o pueden generar la obligación de una de las partes de transferir a la otra, ya sea la propiedad, el uso o el goce de un bien. En este sentido, a dichos contratos podrían aplicarse las normas relativas al saneamiento por evicción.

Como vemos, el ámbito comprendido por los contratos antes mencionados no escapa a los efectos jurídicos que concurren en los temas que nos ocupan, vale decir, el de la contratación sobre bienes ajenos y el del saneamiento por evicción.

Consideramos que la relación existente entre ambos temas es intensa e importante.

La evicción —como lo precisáramos anteriormente— es entendida como la privación, por fallo firme, de los derechos

---

2 CASTILLO FREYRE, Mario. *Los Contratos Sobre Bienes Ajenos.*

3 CASTILLO FREYRE, Mario. *El Bien Materia del Contrato de Compraventa.*

que tiene el adquirente a la propiedad, posesión, uso o goce del bien materia de los contratos mencionados, el mismo que puede tener carácter de futuro, ajeno, afectado en garantía, embargado o sujeto a litigio; ello en virtud de lo dispuesto por el artículo 1409 del Código Civil.

Solo después de producida la evicción es que recién nace la obligación de saneamiento, según la cual queda el transferente sujeto a indemnizar al adquirente por todo lo que este pueda haber sufrido como desmedro, incluyendo la reparación de los daños y perjuicios, en su caso.

En ese sentido, no existe saneamiento sin previa evicción; no obstante, puede haber evicción sin saneamiento. La evicción es —por lo general— consecuencia de la acción reivindicatoria de un tercero; y el saneamiento, por su parte, es efecto de la eviccion.

¿En qué podría consistir el mejor derecho del tercero sobre el bien adquirido por el contratante evicto?

Pues, como debe constituirse en una perturbación jurídica de alguno de los derechos adquiridos por el contratante, podría ser:

(a) El mismo derecho de propiedad;
(b) El derecho de posesión del bien;
(c) El derecho de usufructo sobre el bien, como sería una servidumbre de paso, por ejemplo;
(d) Algún embargo;
(e) Algún derecho real de garantía (prenda, hipoteca o anticresis);
(f) Cualquier derecho adicional que implique una perturbación de Derecho de la tranquila, plena y pacífica posesión del bien por parte del referido contratante.

De lo antes expuesto, podemos constatar fácilmente, que el tema del saneamiento por evicción tendrá relación directa con el de la contratación sobre bienes ajenos, cuando el bien que adquiera en posesión, usufructo o propiedad el

contratante evicto haya sido un bien ajeno respecto de quien se lo transfirió por cualquiera de los títulos mencionados; y sea justamente por tratarse de un bien ajeno, que el verdadero propietario del mismo ejercite una acción (que en la mayoría de veces se tratará de una acción reivindicatoria) para recuperar la plena propiedad sobre el bien cuya posesión, usufructo o propiedad ha sido transferida indebidamente a otra persona.

Resulta evidente que de haber ocurrido uno de los supuestos antes mencionados, no será fácil para el propietario desposeído del bien, reclamarlo.

Si se tratase de un bien mueble y salvo que hubiera sido adquirido con infracción de la ley penal o si se tratare de un bien extraviado, como la posesión vale título, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 948 del Código Civil, quien lo hubiese comprado, habría también adquirido la propiedad del mismo, siempre y cuando hubiera actuado de buena fe. De ser uno de estos supuestos o, inclusive, si el bien hubiese sido adquirido con infracción de la ley penal o extraviado, pero luego hubiese sido vendido en una tienda o establecimiento comercial, el comprador adquirirá la plena y segura propiedad del mismo, ya que dicho bien se convertirá en irreivindicable (argumento del artículo 1542). De modo tal que tratándose de bienes muebles, será muy difícil plantear la acción reivindicatoria de los mismos y tener éxito en dicho proceso. Exceptuamos, sin embargo, de esta generalización el caso de los bienes registrados, para los que se deberán aplicar otros criterios, tal como es analizado por nosotros cuando —en otra investigación—abordamos el problema que se suscita en nuestro Código Civil en el tratamiento de la concurrencia de acreedores, la transferencia de propiedad y los Registros Públicos.[4]

[4] OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, primera parte, tomo I, páginas 486 y siguientes. Lima, 1994.

Para el caso de los bienes inmuebles, siempre y cuando estos hayan estado debidamente inscritos a nombre del verdadero propietario en los Registros Públicos, será factible la reivindicación de los mismos; de lo contrario, de no haber tenido su inscripción en regla, se derivarán los problemas relativos a la concurrencia de acreedores.

Entonces, si el bien que fue adquirido en uso, usufructo o propiedad era ajeno y su propietario entabla un proceso judicial contra el mencionado adquirente por tener un anterior y mejor derecho sobre el mismo, y tiene éxito en su pretensión, ocurrirá que el adquirente contractual de dicho bien se verá privado —total o parcialmente— del derecho que le hubiese sido transmitido en apariencia.

Es en este punto donde encontramos —de manera más certera— la relación existente entre la contratación sobre bienes ajenos y el saneamiento por eviccion.

Ahora bien, como sabemos, existen reglas generales para la regulación del tema de la contratación sobre bienes ajenos, concretamente el artículo 1409, inciso 2, del Código Civil, que permite la contratación sobre esta clase de bienes. También existe una regulación particular para el caso de cuatro contratos sobre bienes ajenos: la compraventa (artículos 1537 a 1542), la permuta (artículo 1603, por adopción de las normas de la compraventa), la donación (artículo 1627) y el arrendamiento (artículo 1671), preceptos sobre los que no nos vamos a ocupar, pues fueron materia de extenso tratamiento en nuestra antes citada obra «Los Contratos Sobre Bienes Ajenos».

Pero también tenemos los artículos ubicados dentro de las normas relativas a los contratos en general (por tanto, también de aplicación a los mencionados contratos típicos) que regulan el tema del saneamiento por evicción.

No es nuestra intención realizar un estudio a profundidad acerca del saneamiento por evicción, ya que dicho tema podría ser, fácilmente, materia exclusiva de una extensa investigación particular. Lo que buscamos en este punto es

analizar el tema del saneamiento por evicción relacionándolo directamente con el de la contratación sobre bienes ajenos y, en especial, con el contrato de venta de bien ajeno.

Dentro de tal orden de ideas, en adelante abordamos las relaciones existentes entre la venta de bien ajeno y el saneamiento por evicción, estableciendo las semejanzas y diferencias existentes entre ambas figuras a la luz de nuestro Código Civil.

1.8.1. Posibilidad de trato entre el comprador de lo ajeno y el propietario del bien

El artículo 1493 del Código Civil, referente al saneamiento por evicción (que como sabemos se produce cuando el adquirente de un bien es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión del mismo por efecto de una sentencia que reconoce a un tercero un mejor derecho sobre él, naciendo como consecuencia obligaciones para el vendedor), estipula la posibilidad del comprador de evitar la evicción mediante un pago que hace al tercero que alega mejor derecho, librando de esa manera al transferente de las consecuencias del saneamiento, salvo gastos del adquirente y la indemnización correspondiente de daños y perjuicios cuando haya habido dolo o culpa.

En la venta de bien ajeno en la cual el comprador desconocía, al momento de la celebración del contrato, el carácter ajeno del bien, habiendo tomado conocimiento de dicho carácter con posterioridad a su conclusión, el Código Civil no otorga expresamente al comprador la facultad de tratar directamente con el propietario, pagándole el precio del bien para salvar la responsabilidad del vendedor; sin embargo, consideramos que no existe fundamento alguno para rechazar en la práctica esta posibilidad.

Resulta evidente que en el supuesto en que el comprador conocía, al momento de la celebración del contrato, el

carácter ajeno del bien, no procedería la acción de saneamiento por evicción.

1.8.2. Derecho a exigir el saneamiento por evicción o la indemnización de daños y perjuicios

El artículo 1500 del Código Civil señala las situaciones en las cuales se puede considerar que el adquirente pierde todo derecho a exigir el saneamiento. Entre ellas, el inciso 4 priva al adquirente de optar por dicha acción cuando al celebrar el contrato conocía que el bien era litigioso o ajeno.

La posición del Código Civil Peruano, en lo que al contrato de venta de bien ajeno respecta, se basa en el criterio de que solo quien ha actuado en la ignorancia de que compraba un bien ajeno, puede exigir que se reparen íntegramente los daños y perjuicios y se le restituya el íntegro del precio pagado.

Aprovechamos lo dicho con relación al precio para resaltar que nuestro Código, al referirse al contenido de la evicción, no lo hace en función al precio, sino al valor del bien, punto sobre el que trataremos en un apartado posterior.

El Código Civil Argentino en su artículo 2106 prescribe que «cuando el adquirente de cualquier modo conocía el peligro de la evicción antes de la adquisición, nada puede reclamar al enajenante por efectos de la evicción que sucedía, a no ser que ésta hubiere sido expresamente convenida».

Se considera, en definitiva, como peligro de evicción, la naturaleza ajena del bien; por lo tanto, si conocía de esta situación pre-existente, nada podría reclamar. Sin embargo, el Código Argentino ofrece una salida al comprador que de todas maneras se perjudica con la evicción, cual es que previamente haya pactado que, pese a conocer del peligro de evicción, procedía en su caso la acción correspondiente.

1.8.3. Posibilidad de planteamiento de la acción de saneamiento por evicción en la venta de bien ajeno

Consideramos que en la venta de bien ajeno también habría la posibilidad de ejercer la acción de saneamiento por evicción, cuando el comprador que desconocía el carácter ajeno del bien al momento de la celebración del contrato se vea privado de su derecho por el verdadero propietario, en virtud de una sentencia judicial.

Sin embargo, para el caso materia de análisis, que es contemplado por los artículos 1500, inciso 4 y 1539 del Código Civil Peruano, no procede el saneamiento desde el momento en que el comprador conocía del carácter ajeno del bien.

1.8.4. Evicción parcial y venta de bien parcialmente ajeno

Encontramos una diferencia muy importante respecto a las acciones que se conceden en uno y otro caso cuando se trata de evicción parcial o de venta de un bien parcialmente ajeno.

En el primero de los casos (saneamiento por evicción), se otorga la acción de resolución, cuando la parte del bien cuyo derecho se pierde, es de tal importancia con respecto al todo que lo haga inútil para la finalidad de la adquisición. En el segundo de los casos (venta de bien parcialmente ajeno), se otorga al comprador de buena fe la posibilidad de rescindir el contrato o demandar la reducción del precio (artículo 1540).

1.8.5. Importancia de la magnitud de la pérdida para el ejercicio de la acción en los casos de evicción y de venta de bien parcialmente ajeno

En el caso del saneamiento por evicción parcial se contempla la posibilidad de que el adquirente demande la reso-

lución del contrato si la parte del derecho sobre la que ha recaído dicha evicción fuese de tal importancia con respecto al todo que lo haga inútil para la finalidad de la adquisición (artículo 1501). Sin embargo, en el caso del contrato de venta de bien parcialmente ajeno no se establece el requisito de la magnitud de la pérdida, contemplándose simplemente la opción que tiene el comprador entre demandar la rescisión del contrato o solicitar la reducción del precio.

El Código Civil Argentino en su artículo 2125, al referirse a la evicción parcial, señala una alternativa. Así, el comprador puede optar por la rescisión o por la indemnización de daños y perjuicios, de ser el caso. Respecto a la solución que establece el Código Civil Argentino, Spota precisa que tal derecho a la rescisión debe mantenerse dentro del plano de la institución, es decir, sin abuso del derecho.

1.8.6. Acciones de rescisión o resolución del contrato

Observamos que para el caso del contrato de venta de bien total o parcialmente ajeno (artículos 1539 y 1540) el Código contempla la acción de rescisión del contrato por considerar que el desconocimiento del carácter ajeno del bien es un vicio coexistente o concomitante al momento de la celebración del mismo.

Sin embargo, en el saneamiento por evicción observamos que para la evicción parcial se contempla la acción de resolución del contrato, mas no se contempla acción alguna para el supuesto en que la evicción sea total. Sin embargo, entendemos que la acción aplicable también sería la de resolución, pues el vicio que afecta al contrato es de ocurrencia posterior a su celebración (el fallo administrativo o judicial firme que prive del derecho de propiedad al comprador de lo ajeno).

Respecto a la acción otorgada por el Código Civil en la venta de bien ajeno, cuando el comprador desconocía el carácter ajeno del bien, manifestamos en nuestros anteriores

trabajos una opinión en sentido favorable a la anulabilidad del contrato y adverso a la rescisión del mismo.

1.8.7. Precio o valor

Observamos que el artículo 1501 se refiere al derecho del adquirente (comprador) de recibir el valor de la parte del bien cuyo derecho pierda; mientras que en el artículo 1540 puntualiza que el comprador tiene derecho, como segunda posibilidad, a la reducción del precio.

Comprendemos que las diferencias entre uno y otro término resultan muy sutiles a la vista; sin embargo, el concepto de valor abarca una esfera más amplia, pudiéndose incluir en él situaciones comprendidas en una cotización de mercado o que impliquen circunstancias muchas veces hasta de carácter subjetivo.

Ahora bien, de acuerdo a lo que señalamos en nuestras anteriores investigaciones al analizar el artículo 1541 del Código en materia de compraventa de bien total o parcialmente ajeno, debió establecerse la devolución —por parte de quien vendió lo ajeno— del valor del bien, y no del precio del mismo, tal como ha sido contemplado en el mencionado artículo, situación que haría tener un régimen uniforme a ambos supuestos.

1.8.8. Venta de un bien en copropiedad del cual una parte es ajena o de varios bienes interdependientes de los cuales uno o varios son ajenos

El artículo 1502, referente al saneamiento por evicción, hace mención expresa a la facultad de resolución por la que puede optar el adquirente cuando se le transfieran dos o más bienes interdependientes o en conjunto, si por razón de la evicción pierde derecho sobre alguno de ellos.

En la venta de bien ajeno (artículo 1540) no se hace referencia expresa al caso de bienes en copropiedad o a aquellos adquiridos en conjunto siendo alguno (s) ajeno (s). En todo caso —lo recordamos—, creemos que dentro del concepto de parcialmente ajeno se pueden determinar hasta tres supuestos:

(a) La venta de un conjunto de bienes, de los cuales algunos son propios y otros son ajenos.
(b) La venta de un bien cuya propiedad no sea exclusiva del vendedor, sino que la comparta en calidad de copropietario con otra (s) persona (s).
(c) La venta de un bien cuya propiedad no sea exclusiva del vendedor, sino que la comparta con otra (s) persona (s), pero no en calidad de copropietario sino de propietarios de partes materialmente individualizadas del bien, sin haberse efectuado la independización del mismo.

1.8.9. Plazos de prescripción o caducidad

En el caso del saneamiento por evicción encontramos en las causales por las cuales el adquirente pierde el derecho a pedir el saneamiento, la del artículo 1500, inciso 5, por la que dicho derecho no puede ejercitarse si una vez transcurrido un año, desde la fecha de la evicción, no se demandó el saneamiento.

Consideramos importante este supuesto porque involucra un castigo a la negligencia del comprador que, facultado por la evicción, nada hace por reparar dicha situación dentro de un lapso más o menos considerable.

En la venta de bien ajeno no hallamos plazo de caducidad para la acción de rescisión. Así, ésta puede interponerse en cualquier momento, a partir de cuando el comprador de buena fe tenga conocimiento de la naturaleza del carácter ajeno del bien, hasta el plazo de prescripción de dicha acción, que al ser una acción personal es de 10 años (artículo 2001, inciso 1).

1.8.10. Finalidad para la que se adquirió el bien

Respecto a la finalidad para la que se adquirió el bien, hay una diferencia importante entre la venta de bien ajeno y el saneamiento por evicción.

El artículo 1495, inciso 1, prescribe que el saneamiento comprende el valor del bien al momento de la evicción, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido; mientras que el artículo 1541 señala que en el caso de rescisión de la venta de bien ajeno, ésta incluye, entre otros deberes, la restitución al comprador del precio recibido, sin estipular que dicho precio sea en función de la finalidad para la que el bien fue adquirido.

Ello contribuye a reforzar nuestra opinión en el sentido de que el concepto de valor comprende un marco interpretativo más amplio, el mismo que podría incluir el destino y hasta los elementos objetivo y subjetivo de la causa de adquisición del bien.

1.8.11. Intereses

En el artículo 1495, inciso 2, relativo al saneamiento por evicción, se estipula el momento a partir del cual los intereses comenzarán a contarse para determinar el pago a realizar (vale decir, desde la fecha en que se expide la sentencia que resulta firme); y además se consideran como tales a los intereses legales.

En el artículo 1541 referente a la venta de bien ajeno, por el contrario, se hace mención a los intereses del contrato, y no se señala desde qué momento se cuentan, determinándose que son los efectivamente pagados por el comprador. Esto puede llevar a diferentes interpretaciones, como la que nos conduce a pensar, sobre la base de esta última apreciación, que se trata de los que se pagaron desde la celebración del contrato y durante el tiempo en el que supuestamente la obligación de transferir la propiedad por

parte del vendedor debía cumplirse (caso de la compraventa a plazos).

Es dable resaltar, aparte de la diferencia antes mencionada, la existente entre uno y otro artículo respecto al tipo de interés. Así, el numeral 1495, inciso 2, prescribe que deben ser los intereses legales, en tanto que el artículo 1541 hace referencia a los intereses emanados del contrato, que no pueden ser otros que los convencionales. Evidentemente, a falta de un monto pactado de intereses, pero habiéndose establecido la existencia de éstos, regirá la tasa del interés legal.

La razón de haberse señalado el interés legal en el artículo 1495, inciso 2, reside en el hecho de que al ser la evicción sobreviniente al contrato celebrado, no pudieron haberse pactado intereses respecto a ella.

1.8.12. Mejoras

En ambos casos, tanto en la venta de bien ajeno como en el saneamiento por evicción, se incluye el pago de las mejoras. En el artículo 1541, relativo a la venta de bien ajeno, se hace alusión a la totalidad de las mejoras; mientras que en el artículo 1495, inciso 6, referente al saneamiento por evicción, se alude a todas las mejoras hechas de buena fe por el adquirente no abonadas por el evincente. El hecho de que en el caso de la venta de bien ajeno no se mencione el elemento de la buena fe del comprador, es indiferente, ya que este resulta un supuesto fundamental para interponer cualquier acción derivada de la venta de un bien ajeno, lo que nos lleva a afirmar que el tratamiento dado a las mejoras es similar en ambos casos (saneamiento por evicción y venta de bien ajeno).

1.8.13. A quiénes corresponde el pago de las mejoras

En cuanto al pago de las mejoras, habría que añadir una diferencia más en función de a quiénes corresponde pagarlas.

En el supuesto del artículo referente al saneamiento por evicción (1495, inciso 6), la ley señala que son pagadas o por el transferente o por el tercero que tiene un mejor derecho, debiendo hacerse las compensaciones correspondientes en caso que este último lo haya hecho. En la venta de bien ajeno, es efecto de la rescisión del contrato el pago de las mejoras (artículo 1541), pero quien lo hace es el transferente, no el verdadero propietario. Sin embargo, creemos que al no haber disposición en contrario, también sería de aplicación lo establecido en el artículo 1496 —referente al saneamiento por evicción— precepto que señala que si las mejoras son abonadas al adquirente, habiendo sido hechas por el transferente, su valor será considerado a cuenta de lo que tenga que pagar éste a aquél.

1.8.14. Frutos y costas

En el artículo 1495, inciso 3, relativo al saneamiento por evicción, se hace mención a los frutos; mientras que en el numeral 1541, referente a la venta de bien ajeno, no hay estipulación alguna al respecto. Tampoco se consideran en este último a las costas, lo que resulta totalmente congruente, puesto que sí es dable mencionarlas en el saneamiento por evicción, si tenemos en cuenta que este procede ante la privación total o parcial del derecho de propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de una resolución judicial o administrativa firme.

Nuestro Código estipula, en el artículo 1495, inciso 3, la alternativa de devolver los frutos devengados por el bien durante el tiempo que los poseyó de buena fe, o su valor si fue obligado a devolverlos con el mismo bien.

1.8.15. Indemnización de daños y perjuicios

Es regla general que una vez producida la evicción, el vendedor deba indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el comprador.

Al respecto señala Borda que es indiferente la buena o mala fe del enajenante, puesto que la indemnización no depende de su conocimiento sobre la pertenencia del bien, sino que dicha obligación tiene su origen en la obligación de asegurar al comprador la veracidad de los derechos transmitidos. Por el contrario, sí resulta imprescindible determinar la buena o la mala fe del comprador, ya que solo quien desconoce el carácter ajeno del bien (en su caso) puede reclamar una reparación integral. Mas no lo podrá hacer quien conociera de esta situación, al que solo se le restituirá el precio porque este, al celebrar el contrato, acepta el riesgo al que su derecho está sujeto.

Sobre el tema del tratamiento distinto entre los artículos 1495, inciso 7 y 1541, podemos decir que en el primero de los preceptos nombrados, se hace la precisión de que éstos se deberán solo cuando el transferente incurra en dolo o culpa al celebrar el contrato. En el segundo no se sanciona la culpa, ni el dolo, porque este artículo está referido a los casos de los numerales 1539 y 1540, en los que se supone el desconocimiento por parte del comprador del carácter ajeno del bien y, en tal sentido, se considera que el vendedor ni siquiera lo conocía.

Concluimos señalando que en ambos supuestos, el comprador perjudicado podrá demandar a su correspondiente vendedor, la indemnización de daños y perjuicios.

1.8.16. Derecho controvertido

En la venta de bien ajeno lo que está en discusión es el derecho de propiedad del bien. En el saneamiento por evicción se discute la procedencia y el monto de la indemni-

zación de los daños y perjuicios ocasionados al comprador, por haberse visto privado del uso, la posesión o la propiedad del bien en virtud de una resolución administrativa o judicial firme.

1.8.17. Requisito para la procedencia de las acciones

El planteamiento de la acción de rescisión, en la venta de bien ajeno, no implica la preexistencia de una sentencia judicial o resolución administrativa firme que prive del derecho de propiedad al comprador. Para el saneamiento por evicción, es requisito indispensable la existencia de una sentencia o resolución judicial o administrativa firme.

1.8.18. Necesidad o no de la perturbación de algún derecho

El saneamiento por evicción se produce cuando hay una perturbación de algún derecho (propiedad, posesión, uso o goce). En la venta de bien ajeno la acción de rescisión se ejercita, no necesariamente cuando existe una perturbación sobre el derecho del comprador, sino que se puede dar antes, en previsión de una perturbación posterior.

Con esta diferencia, damos por concluido el análisis de las situaciones que separan a una y otra figura en nuestro ordenamiento civil, y las eventuales alternativas de solución a los problemas que de ellas puedan surgir.

1.9. Obligación del vendedor de responder, en su caso, por el saneamiento por hecho propio del transferente

Finalmente, resulta obvio que, de ser el caso, resultarán aplicables al tema de la venta de bien ajeno las obligaciones impuestas por las normas de saneamiento por hecho

propio del transferente.[5] todo ello, claro está, si los actos ejecutados por el transferente en perjuicio del adquirente, lo han sido con posterioridad o de modo coetáneo al momento de la celebración del contrato.[6]

2. El contrato de venta de bien ajeno, según el conocimiento o desconocimiento de las partes respecto del carácter ajeno del bien

Luego de haber analizado el tema de la venta de bien ajeno y la normatividad que al respecto otorgan los artículos 1537 a 1541 del Código Civil Peruano, resulta imprescindible referirnos a los supuestos y consecuencias que se pueden presentar en relación al conocimiento o desconocimiento que tengan los contratantes del carácter ajeno del bien.

En adelante, el mencionado análisis:

---

[5] Los referidos numerales tienen el siguiente texto:
Artículo 1524.- «El transferente está obligado al saneamiento por hecho propio que disminuye el valor del bien, o reduce sus cualidades para ese efecto».
Artículo 1525.- «En razón del saneamiento por hecho propio del transferente, el adquirente puede ejercer las acciones previstas en los artículos 1511 y 1513. Estas acciones son excluyentes».
Artículo 1526.- «Los plazos de las acciones de que trata el artículo 1525 son los indicados en el artículo 1514».
Artículo 1527.- «Si el transferente entabla acción judicial destinada a enervar cualesquiera de los derechos sobre el bien que corresponden al adquirente en virtud del contrato, tiene este la facultad de deducir la excepción de saneamiento, cuyo objeto es poner definitivamente fin al juicio».
Artículo 1528.- «Es nulo el pacto mediante el cual se pretende liberar o limitar la obligación de saneamiento del transferente por un hecho voluntario suyo.
Sin embargo, puede ser válida, a juicio del juez, la exoneración o limitación del saneamiento por hechos concretos, cuya justificación debe expresarse en el contrato».

[6] Para mayor ilustración acerca del tema del saneamiento por hecho propio del transferente, recomendamos al lector la consulta de dos obras del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato Privado,* tomo II, páginas 348 a 358; y DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General,* segunda parte, tomo VI, páginas 561 a 595).

2.1. Contrato de venta de bien ajeno en el que ambas partes conocen el carácter ajeno del bien

Como analizamos oportunamente cuando vimos los elementos y alcances del artículo 1537, esta norma plantea ciertos equívocos, dada su redacción y ubicación. Pero también concluimos en que el mencionado artículo no regula un caso de venta de bien ajeno, sino uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Por lo tanto, y apoyándonos en el artículo 1409, inciso 2, que permite, en general, la contratación sobre bienes ajenos, podemos llegar, como primera conclusión a que en el supuesto que nos ocupa, el contrato sería perfectamente válido, y al no darse o no presentarse ninguno de los vicios de la voluntad, como es el caso del error o del dolo, ni tampoco ningún supuesto legal de rescisión, este contrato no podría ser atacado en su validez o eficacia. Naturalmente, podría resolverse, si de acuerdo a lo establecido por el artículo 1371, con posterioridad al momento de su celebración, sobreviene una causal que permita ejercitar la mencionada acción a alguna de las partes. Pero esto último es algo natural en todo contrato y no privativo de uno de venta de bien ajeno.

Obviamente, quienes contraten en estas condiciones, sabiendo ambas partes que el bien es ajeno, lo están haciendo en virtud de su libre voluntad, y dentro del marco jurídico que impone nuestra legislación civil.

Por lo general quienes contraten en tales términos, lo harán en la creencia o confianza que el vendedor llegará a hacerse propietario del bien vendido, entre el momento de la celebración del contrato y el momento previsto para la entrega del bien y la transferencia de su propiedad.

Pero cabe la posibilidad de que el vendedor no llegue a hacerse propietario del bien en ese lapso. En este caso deberá responder frente al comprador por los daños y perjuicios que irrogue su incumplimiento a este último, ya que no

podrá acogerse a lo estipulado por el artículo 1317, en el sentido que el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación por causas no imputables, ya que en este caso, al asumir expresamente la obligación de transferir la propiedad de un bien que sabía que era ajeno, ha asumido la existencia del peligro derivado de una hipotética imposibilidad de no ejecutar la mencionada obligación.

Vale decir, que de no producirse la entrega y transferencia de propiedad del bien en el plazo estipulado, el comprador podría demandar al vendedor la resolución del contrato, de acuerdo a lo previsto por el ya mencionado artículo 1371 y por el artículo 1428, a la par que demandar la respectiva indemnización de daños y perjuicios, en virtud de lo previsto por el artículo 1317, además de lo señalado por el propio artículo 1428.

Un contrato de venta de bien ajeno en el cual ambas partes conocen tal carácter del bien, reviste desde el momento de su celebración, el peligro de que el vendedor no ejecute la obligación de transferir la propiedad del bien. Es por ello, que nosotros consideramos que en casos como el que es materia de análisis, si es que el comprador estaba obligado a cumplir en primer lugar con su prestación, y luego el vendedor en obligación de, posteriormente, transferir la propiedad del bien, el comprador no podría interponer la excepción de caducidad de término, prevista en el artículo 1427 del Código Civil Peruano, ya que en un contrato de tales características, el peligro del incumplimiento de la prestación a cargo del vendedor, no habrá surgido con posterioridad a la celebración del contrato, sino coetáneamente a la celebración del mismo.

Pero si las prestaciones debieran ser ejecutadas simultáneamente, es obvio que gozaría del derecho de deducir la excepción de incumplimiento.

Pero sin embargo, admitimos que este es un tema sumamente discutible.

2.2. Contrato de venta de bien ajeno en el que el comprador desconoce y el vendedor conoce el carácter ajeno del bien

Sin duda alguna, este es el caso que ha sido regulado de una manera más detallada no solo por el Código Civil Peruano, sino por la mayoría de Códigos Civiles consultados para la realización de este trabajo. Tal vez sea el más regulado porque se considera que es la hipótesis más frecuente en la práctica; pero con ello se está cometiendo el grave error de partir, en la regulación del contrato de venta de bien ajeno, de aquellos casos en los que la venta o la voluntad de alguno de los contratantes están afectadas de algún vicio, y no hacerlo, en cambio, desde el supuesto en el cual ambas partes sepan que el bien es ajeno, hipótesis que hemos visto en el punto anterior.

El Código Civil Peruano de 1984 dedica la mayor parte de su regulación respecto del contrato de venta de bien ajeno, al caso en el cual el comprador desconoce el carácter ajeno del bien. Se trata, como hemos visto anteriormente, de los artículos 1539, 1540 y 1541. Aquí no vamos a reiterar términos ya expresados respecto de estas normas, sino que nos limitaremos a efectuar un análisis de las consecuencias que traería el hecho de que en un contrato de tales características, el comprador lo celebre con desconocimiento del carácter ajeno del bien.

En primer lugar, y de acuerdo a lo previsto por el artículo 1539, el contrato será rescindible a solicitud de dicho comprador, a menos que el vendedor adquiera la propiedad del bien antes de la citación con la demanda.

Si el bien solo fuera parcialmente ajeno, en virtud del artículo 1540, dicho comprador podrá optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio.

Además, en virtud de lo establecido por el artículo 1541, si es que el comprador ha demandado la rescisión del contrato, el vendedor le deberá restituir el precio recibido, y

pagar la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, de ser el caso; además de reembolsarle los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por el comprador y todas las mejoras introducidas por este.

Como podemos apreciar, no es difícil deducir o establecer las consecuencias que se derivarían del supuesto en el cual se celebre el contrato de compraventa con desconocimiento del comprador y conocimiento del vendedor respecto del carácter ajeno del bien, ya que aquellas están expresamente establecidas por las normas del Código Civil.

Por último, cabe recordar que, si bien con poco criterio técnico, pero sí práctico, se otorga a dicho comprador la acción de rescisión del contrato, esta acción beneficia a dicho comprador más que si se le hubiese otorgado la acción de anulabilidad del acto jurídico, sobre todo en cuanto a su plazo de prescripción y, en menor medida, respecto de la facilidad de su probanza.

Sin duda, como señalamos en alguna oportunidad, en un contrato de estas características, lo más frecuente es que el comprador haya incurrido en error *in cualitate*, pero, sobre todo, que el vendedor haya actuado dolosamente ocultando el carácter ajeno del bien, o aparentando que sea propio. Dado lo anteriormente dicho, cabría al comprador ejercitar la acción de anulabilidad del acto jurídico, en virtud de lo establecido por los artículos 201 y 210 del Código Civil. Pero, sin embargo, al haberse otorgado al comprador la acción de rescisión del contrato, por serle ésta más conveniente que la de anulabilidad, será poco frecuente que opte por la segunda acción.

Pero entendemos que a pesar de no preverse expresamente la acción de anulabilidad para el caso bajo comentario, ésta podría ejercitarse, en virtud de las normas generales de Acto Jurídico.

2.3. Contrato de venta de bien ajeno en el que el comprador conoce el carácter ajeno del bien, mientras el vendedor desconoce dicho carácter

Este supuesto tal vez sea, en la práctica, el menos frecuente, ya que es difícil que una persona venda un bien, que crea que es suyo, pero que en realidad no le pertenezca; pero, además, será aun más raro que en un contrato de tales características, el comprador o adquirente, sí conozca el carácter ajeno del bien. Raro, pero no imposible de ocurrir en la práctica.

Concretamente, este caso de excepción no ha sido regulado por el Código Civil Peruano, así como tampoco por las demás legislaciones consultadas.

Un supuesto típico en el cual el vendedor pueda desconocer el carácter ajeno del bien, es el caso en que una persona venda a otra uno o varios bienes que ha creído haber heredado de otra en virtud de un título que tiene visos de juridicidad, pero que luego se declara nulo o ineficaz, es decir, el caso conocido en doctrina como la venta de bienes por parte del heredero aparente. Y tampoco será imposible que dichos bienes sean adquiridos maliciosamente por alguien que conozca el verdadero carácter de los bienes y el hecho de que el título de heredero que aparentemente ostenta el vendedor, luego sea susceptible de ser anulado presentan algún vicio de nulidad.

El ejemplo del párrafo anterior puede ser extensivo, en su naturaleza, a otros supuestos similares. Por ello, en este momento, queremos preguntarnos si es que un vendedor como el citado, no merece protección legal alguna. Consideramos que sí la merece.

El haber contemplado solo normas protectivas del comprador de buena fe que desconocía el carácter ajeno del bien (situación común en los Códigos de nuestra tradición jurídica), puede hacer suponer que dicha protección no favorece al vendedor de similar condición. Pero esto es solo

parcialmente cierto. Lo que ocurre es que el vendedor de tales características no se verá amparado por las normas específicas de los artículos 1537 a 1541, es decir, que no podrá, en ningún caso, entablar una acción de rescisión del contrato frente al comprador que sí conocía el carácter ajeno del bien. Pero sí podría demandar la anulación del acto jurídico celebrado, en virtud de lo dispuesto por los artículos 201 y 210 del Código Civil, ya sea si incurrió en error o en dolo, respectivamente.

Pero esto pone en evidencia que, en similares condiciones, el vendedor no estará igualmente protegido que el comprador, lo cual es —a todas luces— injusto.

De otro lado, ¿por qué el vendedor deberá ejercitar necesariamente una acción distinta a la que preferentemente se contempla para el comprador? Esto se debe a una técnica inadecuada del Código Civil sobre el tema bajo comentario.

2.4. Contrato de venta de bien ajeno en el que ambas partes desconocen el carácter ajeno del bien

Este caso, al igual que el antes tratado, es de dación poco frecuente, pero sin embargo, será más factible de presentarse, ya que aquí no se requiere que el comprador conozca el carácter ajeno del bien vendido. Es claro que como ninguna de las dos partes conoce el carácter ajeno del bien, ninguna de ellas podrá haber actuado de manera dolosa, por lo que esta opción quedaría descartada.

Es evidente que el caso más frecuente será aquel en el cual ambas partes hayan incurrido en error *in cualitate*.

Sin duda, este es el caso en el cual podremos graficar de la mejor manera posible las injusticias y la falta de equidad que encierra el tratamiento legislativo del Código Civil Peruano al respecto.

En un supuesto de esta naturaleza, el comprador que desconocía el carácter ajeno del bien, gozará de todas las acciones que en su favor se contemplan en los artículos

1539 a 1541 y que fueran comentadas cuando abordamos el caso en el cual el comprador desconoce y el vendedor conoce el carácter ajeno del bien. Pero mientras el comprador gozará de todas esas prerrogativas, el vendedor no cuenta con ninguna específica.

Esto, naturalmente, no equivale a decir que no tenga ninguna acción; lo que ocurre, es que podrá plantear solo las previstas para anular en general los actos jurídicos, por haber viciado su voluntad por efectos de dolo o de error, como en este caso.

3. Bienes susceptibles de estar comprendidos en las cuatro hipótesis anteriormente desarrolladas

Previamente a abordar el tema planteado, consideramos necesario recordar cuál es el tratamiento que el Código Civil Peruano de 1984 otorga al respecto, a manera de disposiciones generales sobre Registros Públicos.

En virtud del artículo 2012, se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. La norma siguiente, el artículo 2013, señala que el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez. Por último, el artículo 2014 establece que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. Se señala además que la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

El contenido de las normas antes citadas nos servirá, sobre todo, para efectos de ver la situación de los bienes inmuebles.

3.1. Contrato de venta de bien ajeno en el que el comprador desconoce el carácter ajeno del bien, mientras el vendedor conoce dicho carácter

3.1.1. Bienes muebles no registrables

En este supuesto, si el bien es entregado (se ha hecho tradición del mismo) al comprador, este último adquirirá su propiedad, en virtud de lo establecido por el artículo 948, salvo que el bien sea uno extraviado o adquirido con infracción de la ley penal.

Sin embargo, en virtud de lo establecido por el artículo 1542, aun si el bien haya sido uno perdido o adquirido con infracción de la ley penal, el comprador adquirirá su propiedad, si es que es adquirido en una tienda o en un local abierto al público, y si es amparado con factura o póliza del vendedor, ya que en supuestos como este, el ex-propietario del bien no podrá reinvindicarlo, tal como veremos cuando nos ocupemos del artículo 1542.

3.1.2. Bienes inmuebles

En esta ocasión, debemos hacer una subdivisión, entre aquellos bienes inmuebles que por lo menos han sido registrados en los Registros Públicos y aquellos que nunca lo han sido.

3.1.2.1. Inmuebles registrados

3.1.2.1.1. Inmueble registrado a nombre del vendedor, pero que en realidad pertenece a otra persona

En este supuesto, el comprador adquiriente está amparado en virtud del contenido del artículo 2012 del Código Civil.

También lo respalda lo dispuesto por el artículo 2013.

Naturalmente, su buena fe se presumirá mientras no se pruebe la inexactitud del registro (artículo 2014, segundo párrafo), es decir, mientras no se demuestre que de los títulos o documentos que obrasen en los Registros Públicos se pudiese deducir que los datos que aparecen en el libro o ficha correspondientes a la titularidad del bien, son falsos.

3.1.2.1.2. Inmueble registrado a nombre de una persona distinta al vendedor, la misma que es propietaria del bien

Este caso nunca podría presentarse, pues en virtud de lo dispuesto por el artículo 2012, se presume, sin admitir prueba en contrario, que el comprador conocía tal situación.

3.1.2.2. Inmuebles no registrados

En este supuesto, el comprador podrá desconocer el carácter ajeno del bien, y tal desconocimiento será reconocido por la ley y, de este modo, poder acogerse a las acciones que el Código Civil establece en su favor y que ya comentamos oportunamente.

3.2. Contrato de venta de bien ajeno en el que ambas partes desconocen el carácter ajeno del bien

3.2.1. Bienes muebles

En este supuesto, el comprador adquirirá la propiedad del bien, si es que el vendedor ha hecho tradición del mismo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 948, y con las salvedades en él establecidas. Naturalmente, para que pueda darse este supuesto, no debe tratarse de bienes perdidos ni adquiridos con infracción de la ley penal.

Pero, por lo general, el comprador que desconocía el carácter ajeno del bien, estará protegido por la presunción legal del artículo 912.

3.2.2. Bienes inmuebles

3.2.2.1. Inmuebles registrados

3.2.2.1.1. Inmueble registrado a nombre del vendedor, pero que en realidad pertenece a otra persona

Sin duda alguna, este será un supuesto de escasa dación, en la práctica, pero sin embargo debemos señalar que nada obsta para que se dé el caso en que a pesar de que el bien figura inscrito en el registro a nombre del vendedor, ambas partes tengan conocimiento de que en realidad no pertenece a este último.

Naturalmente, que en este supuesto no tendrán efecto ni protegerán al comprador (de llegarse a demostrar que tenía conocimiento del carácter ajeno del bien), las presunciones legales establecidas por los artículos 2012 y 2014 del Código Civil.

3.2.2.1.2. Inmueble registrado a nombre de una persona distinta al vendedor, la misma que es propietaria del bien

Este supuesto sería imposible de presentarse, en virtud de la presunción establecida en el artículo 2012.

3.2.2.2. Inmuebles no registrados

En este caso, al no encontrarse registrado el bien inmueble, será no poco frecuente que ambas partes desconozcan tal condición, por haber incurrido en error.

Será usual en casos como el tratado, que el vendedor haya incurrido en error de derecho. En este supuesto ambos contratantes podrán ejercer las acciones comentadas en páginas anteriores, cuando abordamos el tema materia de análisis en el punto relativo al contrato de venta de bien ajeno según el conocimiento o desconocimiento de las partes respecto al carácter ajeno del bien.

3.3. Contrato de venta de bien ajeno en el que el comprador conoce el carácter ajeno del bien, mientras el vendedor desconoce dicho carácter

3.3.1. Bienes muebles

Este supuesto es susceptible de presentarse, tal como hemos visto al tratar el punto respectivo en páginas anteriores.

3.3.2. Bienes inmuebles

3.3.2.1. Inmuebles registrados

3.3.2.1.1. Inmueble registrado a nombre del vendedor, pero que en realidad pertenece a otra persona

De todos los supuestos susceptibles de presentarse dentro del comentado acápite 3.3, a nuestro entender, este será el de más común ocurrencia.

Naturalmente, que en este caso, el comprador no gozará de la protección otorgada por los artículos 2012 y 2014 del Código Civil.

3.3.2.1.2. Inmueble registrado a nombre de una persona distinta al vendedor, la misma que es propietaria del bien

Este supuesto no podrá presentarse, en virtud de la presunción establecida en el artículo 2012 del Código Civil, específicamente, en lo que respecta al vendedor.

3.3.2.2. Inmuebles no registrados

Este caso es factible de presentarse, y se regirá por lo mencionado en páginas anteriores.

3.4. Contrato de venta de bien ajeno en el que ambas partes conocen el carácter ajeno del bien

3.4.1. Bienes muebles

En bienes de esta naturaleza, es perfectamente factible la dación de este supuesto. Naturalmente que el comprador no se verá amparado por la presunción del artículo 948.

3.4.2. Bienes inmuebles

3.4.2.1. Inmuebles registrados

3.4.2.1.1. Inmueble registrado a nombre del vendedor, pero que en realidad pertenece a otra persona

La dación de este supuesto es factible, y el comprador no estará protegido por la ley, pudiendo el propietario del inmueble ejercer contra él la acción reivindicatoria, en virtud de lo dispuesto por los artículos 923 y 927 del Código Civil.

3.4.2.1.2. Inmueble registrado a nombre de una persona distinta al vendedor, la misma que es propietaria del bien

Este supuesto también es factible, siendo de aplicación para el mismo nuestros comentarios hechos en el punto inmediato anterior.

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1541.

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Estimamos que la solución que plantea esta norma es idéntica a la que se arriba en virtud de los principios generales del propio Código Civil Peruano. De ahí que la misma resulta innecesaria.

COMPRAVENTA DE BIENES MUEBLES EN TIENDAS O ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO

Artículo 1542.- «Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente».

Fuentes nacionales del artículo 1542

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; el Código Civil de 1852; el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936; ni en el Código Civil de 1936.

Es dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936 que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, aborda el tema en su artículo 16: «No son reivindicables los bienes vendidos por vendedores profesionales en

tiendas o locales abiertos habitualmente al público, sin perjuicio de los derechos del propietario de los bienes vendidos para ejercitar las acciones que puedan corresponderles contra el que las vendiere indebidamente»; luego lo hace el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en su artículo 1572: «No son reivindicables los bienes vendidos por vendedores profesionales en tiendas o locales abiertos habitualmente al público, sin perjuicio de los derechos del propietario de los bienes vendidos para ejercitar las acciones que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1505: «Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor; queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que corresponda contra quien los vendió indebidamente».

Análisis

El artículo 1542 del Código Civil Peruano presenta los siguientes elementos:

(a) Debe haberse celebrado un contrato de compraventa;
(b) El bien objeto de la prestación en que consiste la obligación del vendedor en este contrato, es un bien mueble ajeno;
(c) El bien es vendido en una tienda o un lugar abierto al público;
(d) La mencionada venta está amparada por una factura o por una póliza del vendedor;
(e) Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente.

Este artículo constituye una norma bastante especial, pues, como vimos, no tiene antecedentes en la legislación civil de nuestra tradición jurídica, sino que está inspirada en el artículo 82 del Código de Comercio Peruano de 1902, el mismo que se basa en el artículo 85 del Código de Comercio Español.

1. Ámbito de aplicación de la norma

Podríamos señalar que el artículo bajo comentario no constituye una norma general para los casos de venta de bienes ajenos, sino la regulación de un caso particular o modalidad de excepción para el supuesto de venta de bienes ajenos, específicamente, cuando éstos se venden en lugares tales como tiendas o establecimientos abiertos al público.

Adicionalmente, el artículo 1542 no está destinado a regular las relaciones obligacionales entre comprador y vendedor del bien ajeno, ya que se constituye en una norma destinada, como veremos más adelante, a otorgar seguridad jurídica al comprador que en los locales mencionados en el párrafo anterior ha adquirido bienes ajenos.

2. Diferencias y semejanzas con el artículo 948 del Código Civil

Consideramos indispensable señalar que esta norma no especifica si el carácter de irreivindicable favorece al adquirente de buena o mala fe. El texto del artículo 1542 no hace ninguna distinción respecto de aquel comprador que adquiere el bien con conocimiento o desconocimiento del carácter ajeno del bien. Al no hacerse tal especificación, la aludida norma estaría otorgando protección al adquirente de mala fe, es decir, a aquel que compró conociendo el carácter ajeno del bien.

Con esta disposición, el Código Civil estaría yendo contra el antiguo principio jurídico de que la ley no debe ampa-

rar a quien actúa de mala fe. Adicionalmente, esta norma podría constituirse en una injusta excepción a lo establecido en el artículo 948. Como recordamos, este precepto establece que quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo; ya que mientras el artículo transcripto exige el requisito de la buena fe, el artículo 1542 no lo hace. Además, la norma del artículo 948 exceptúa de la regla contenida en el mismo a los bienes perdidos y a los adquiridos con infracción de la ley penal; bienes que de acuerdo al artículo 1542 podrían ser adquiridos en propiedad por alguien que aun de mala fe los compre en tiendas o establecimientos abiertos al público.

En la Exposición de Motivos de la Comisión Revisora del Código Civil de 1984[1] se señala que se trata de un caso en que al comprador le es indiferente si el vendedor es propietario o no de la cosa vendida, ya que le basta actuar por quien tiene la apariencia jurídica de ser propietario. Además establece que se trata de evitar que la expectativa y confianza del comprador sea defraudada imponiendo su adquisición de propiedad por encima de los intereses de terceros, aunque se trate del anterior propietario.

3. Aplicación práctica

Nosotros estamos absolutamente de acuerdo con que se den todas las protecciones del caso a quien, bajo los requisitos contemplados por el artículo 1542, compra un bien en alguna tienda o local abierto al público, pero siempre y cuando, a quien se esté protegiendo, sea una persona que desconozca el carácter ajeno del bien. Lo que planteamos,

[1] COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. *Op. cit.*, páginas 13 y 14.

es que se presuma que quien adquiere bajo las condiciones establecidas en el artículo 1542, es un adquirente de buena fe y que, por lo tanto, debe estar protegido su derecho de propiedad, por sobre aquel del anterior propietario. Sin embargo, consideramos de justicia el que esta presunción admita prueba en contrario por parte del anterior propietario, que se halle interesado en reivindicar el bien cuya posesión ha perdido. De esta forma, la interpretación del artículo 1542, no solo mantendría un carácter de justicia, sino que aún sería una norma más justa, evitando de este modo se den casos que a nuestro entender el Derecho en lugar de proteger, deben repugnar.

En tal sentido, no estamos de acuerdo con que el artículo 1542 pueda considerarse concordante con la regla general del artículo 948, en el sentido de que quien compra en las condiciones establecidas en el artículo 1542, debe actuar de buena fe o en la creencia de que está adquiriendo del verdadero dueño, para obtener la protección establecida por la última de las normas citadas.

Aparte de no contar con ningún elemento que nos pueda llevar a efectuar la afirmación antes mencionada, que es recogida en la Exposición de Motivos de la Comisión Revisora del Código Civil, existe un argumento, a nuestro entender definitivo, en el sentido de respaldar nuestra posición: el principio jurídico por el cual cuando existe un conflicto entre una norma general y una específica, prima la específica. En el caso materia de análisis, el artículo 948 constituye una norma general, ya que regula en forma amplia aquellos casos en los cuales se produce la transferencia de posesión de una cosa mueble por parte de un depositario infiel, mientras que el artículo 1542 regula el caso específico de la venta de bienes ajenos en tiendas o locales abiertos al público. Por otro lado, como hemos señalado en líneas anteriores, el supuesto del artículo 1542 es más amplio, ya que además de comprender a los bienes de que trata el artículo 948, incluye aquellos perdidos y a los adquiridos con infracción

de la ley penal, pues el artículo 1542 no establece —en absoluto— las restricciones contenidas en la última parte del artículo 948.

Como hemos señalado, el artículo 1542, bajo comentario, está inspirado en el artículo 85 del Código de Comercio Español. En torno a esta norma, según refiere el tratadista de esa nacionalidad Fernando Melón Infante,[2] no existe unanimidad de criterio dentro de los mercantilistas españoles respecto de si el artículo 85 antes mencionado, exige el presupuesto de la buena fe por parte del comprador. En tal sentido, hace una interesante referencia a las dos corrientes doctrinarias sobre el particular: la doctrina negativa, que expresa que no es necesaria la buena fe del comprador, que es sostenida por Joaquín Garrigues, y la doctrina afirmativa que considera que el precepto en cuestión no puede desplegar su eficacia si el adquirente no ha actuado con buena fe.

De otro lado, debemos señalar que estamos de acuerdo con las bondades de haber utilizado en el segundo párrafo el término «perjudicado» y no el de «propietario», compartiendo las razones que sobre el particular expresa la Comisión Revisora del Código Civil Peruano de 1984 en su Exposición de Motivos. Esto, naturalmente, dentro de la perspectiva de la redacción actual.

Salvo nuestros comentarios adversos a interpretar en sentido amplio la protección legal que otorga el artículo 1542, consideramos que los elementos y requisitos establecidos para que rija la protección del artículo bajo comentario, tales como el requisito de que el contrato de compraventa se haya celebrado en una tienda o en un lugar abierto al público y que la mencionada venta esté amparada por factura o por una póliza del vendedor, son adecuados.

---

[2] MELÓN INFANTE, Fernando. *La Adquisición de Mercaderías en Establecimiento Comercial*, páginas 120 y siguientes. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958.

Naturalmente, el ámbito de aplicación del artículo 1542, no será del todo amplio y así se ha querido que sea, pues se exige que la venta esté acompañada por factura o por póliza del vendedor, que, como sabemos, constituyen documentos suficientes, dada su legalidad, para demostrar, en el primero de los casos, que el establecimiento que los vende es uno que reúne los requisitos fijados para su funcionamiento, y en el segundo, para acreditar que los objetos muebles vendidos son legítimos y no de procedencia ilegítima o de contrabando. Sin embargo, de los documentos mencionados en el primer párrafo del artículo 1542, es decir, las facturas o pólizas del vendedor, solo las pólizas acreditan fehacientemente que la procedencia de los bienes vendidos sea legal.

4. Concepto de establecimiento comercial

Según apunta Joaquín Garrigues,[3] se llama también «establecimiento», aquel lugar donde habitualmente se ejerce una industria mercantil. El establecimiento es la base inerte, estática de una empresa.

La Real Academia de la Lengua Española[4] define al establecimiento como el lugar donde habitualmente se ejerce una industria o profesión.

Por su parte, Guillermo Cabanellas[5] apunta respecto al establecimiento comercial, y citando el artículo 85 del Código de Comercio Español (fuente del Código de Comercio Peruano), que la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de Derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas,

---

[3] GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, página 206. Séptima edición, Editorial Porrúa, México, 1984.

[4] REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo I, página 600.

[5] CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo III, página 89.

quedando a salvo en su caso los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente.

5. Concepto de tienda

Guillermo Cabanellas[6] define el término «tienda» como sinónimo de establecimiento mercantil dedicado a las ventas por menor, especialmente, el de comestibles o mercadería.

Asimismo, destaca la definición de las tiendas abiertas al público, como aquellas que establecen los comerciantes inscritos o los no inscritos, siempre que permanezcan abiertas al público por espacio de 8 días consecutivos, o se hayan anunciado por medio de rótulos, muestras o títulos en el local mismo, o por avisos repartidos al público, o insertos en los diarios de la localidad.

Apunta —además— que las monedas con que se hagan los pagos en las tiendas abiertas al público no son reivindicables; y, como operaciones mercantiles, se suponen en principio hechas al contado las que en las mismas se realicen.

En similares términos se expresa la Real Academia de la Lengua Española.[7]

6. Concepto de local abierto al público

Respecto al término «local», Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual,[8] destaca a este como sinónimo de establecimiento comercial o industrial.

---

6 CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo VIII, página 89.

7 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo II, página 1307.

8 CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo V, página 224.

7. Concepto de factura

Juan Ramírez Gronda[9] define a la «factura» como aquella cuenta del costo, clase, cantidad, calidad y demás referencias de las mercaderías que se remiten.

Guillermo Cabanellas,[10] por su parte, apunta que en Derecho Mercantil la factura es la relación de mercaderías que constituyen el objeto de una remesa, venta u otra operación comercial. Vale decir, resulta ser la cuenta detallada, según número, peso, medida, clase o calidad y precio, de los artículos o productos de una producción mercantil.

Asimismo, el citado autor destaca el concepto teórico y la índole jurídica de la factura.

En primer término apunta que para Bollaffio y colaboradores, por factura se entiende la nota o detalle de las mercaderías vendidas que el vendedor remite al comprador, con la precisa y detallada indicación de su especie, calidad, cantidad y precio; y con todas aquellas otras que puedan servir o ser necesarias tanto para individualizar las mercaderías mismas como para determinar el contenido y las modalidades de ejecución de un contrato.

Por último, sostiene Cabanellas que la factura no constituye en si un recibo ni una intimación de pago; aunque, sí integra la constancia de una deuda pendiente. Pese a ciertas declaraciones impresas de algunos comerciantes, recibido el importe de las mercaderías facturadas, o pagadas en alguna otra forma, cabe extender válido recibo en la factura, cualquiera sea la salvedad que al pie conste, si la fórmula firmada es expresiva.

Asimismo, la Real Academia de la Lengua,[11] anota que la factura es la relación de los objetos o artículos compren-

---

9 RAMÍREZ GRONDA, Juan. *Diccionario Jurídico*, página 151. Séptima edición, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1982.

10 CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo IV, página 6.

11 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo I, página 626.

dido ; en una venta, remesa u otra operación de comercio; en ese sentido, resulta ser la cuenta detallada de cada una de estas operaciones, con expresión de número, peso o medida, calidad y valor o precio.

8. Concepto de boleta

Destaca Guillermo Cabanellas[12] que el término «boleta» en América del Sur es el sinónimo de factura mercantil, es decir el comprobante de ciertas operaciones.

9. Concepto de póliza

Para Juan Ramírez Gronda,[13] «póliza» es el documento en el que se hacen constar las condiciones de un contrato: póliza de seguro, póliza de fletamento, etc.

Por la etimología latina, el vocablo significa promesa. Al respecto, anota Guillermo Cabanellas[14] que la póliza constituye el documento probatorio de diversos contratos, mercantiles por lo general.

Asimismo, la define como la libranza u orden de percibir o cobrar alguna suma de dinero. Es la guía que declara legítimos ciertos géneros o mercaderías, y por tanto libres del concepto de contrabando.

10. Imposibilidad de reivindicación

De presentarse el supuesto del artículo 1542, y estar amparado el comprador por la protección brindada por esta norma, dicho comprador se habría convertido en propietario del bien; y, en tal sentido, su derecho de propiedad será firme.

---

12 CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo I, página 507.
13 RAMÍREZ GRONDA, Juan. *Op. cit.*, página 226.
14 CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo VI, página 309.

Esto significa que quien era propietario del bien (bien vendido por el vendedor no propietario), dejó de tener tal calidad. La propiedad se extinguió para él.

De ahí que dicho ex-propietario se encuentre, jurídicamente hablando, en imposibilidad de reivindicar el bien (ya que la reivindicación es un atributo del propietario —argumento del artículo 923 del Código Civil Peruano— y él dejó de ser propietario).

11. Acciones civiles que tiene el comprador perjudicado contra el vendedor

De presentarse todos los requisitos establecidos para que rija lo dispuesto por el artículo 1542, bajo comentario, el comprador —al estar protegido por esta norma— no tendría nada que reclamar del vendedor de lo ajeno, en la medida que no habría sufrido perjuicio alguno.

De lo contrario, si el bien pudiera ser reinvindicado por su propietario, tendría contra el vendedor todas las acciones que corresponden en virtud de la normatividad del saneamiento por evicción y la venta de bien ajeno (artículos 1539 a 1541 del Código Civil), además de las disposiciones generales de Derecho de Obligaciones y Contratos que le fueren aplicables.

De otro lado, debemos señalar que estamos de acuerdo con las bondades de haber utilizado en el segundo párrafo el término «perjudicado» y no el de «propietario», compartiendo las razones que sobre el particular expresa la Comisión Revisora en su Exposición de Motivos. Esto, naturalmente, dentro de la perspectiva de la redacción actual.

12. Acciones penales existentes contra el vendedor

Según señala el artículo 1542 del Código Civil, queda a salvo el derecho del comprador para ejercitar la acción pe-

nal correspondiente contra el enajenante que efectuó la venta de manera indebida.

En ese sentido, sanciona el Código Penal que quien vende un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni menor de 3 años y con treinta a noventa días multa (artículo 194 del Código Penal).

Asimismo, el Código Penal castiga, a quien interviene en la venta de cosas o bienes, obtenidos del beneficio económico del tráfico ilícito de drogas, siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado; con pena privativa de la libertad no menor de 8 ni mayor de 18 años, y con 120 a 300 días-multa e inhabilitación (artículo 296-A del Código Penal).

13. Jurisprudencia peruana del artículo 1542

Respecto a los efectos de la rescisión hemos hallado la Resolución Suprema de fecha 16 de abril de 1975, la cual señalaba lo siguiente:

> «Cuando se rescinde la venta deben serle pagadas al comprador las mejoras que hubiera hecho en la cosa y el valor que esta haya recibido del tiempo».[15]

LA COMPRA DE BIEN PROPIO

1. Consideraciones generales

Antes de concluir con el análisis del bien materia del contrato de compraventa, debemos reparar en la denominada «compra de bien propio», supuesto que no se halla contemplado en el Código Civil de 1984.

[15] REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA, número 376, año XXXIV, mayo de 1975, páginas 526 a 527.

Puede decirse en relación al tema de la compra de bien propio que existe una posición tradicional que se manifiesta por su nulidad, considerándolo un acto de objeto jurídicamente imposible.

Dentro de este orden de ideas es que, como se aprecia, la inmensa mayoría de la legislación y doctrina de nuestra tradición jurídica no aborda el particular, y los pocos Códigos Civiles o autores que sí lo hacen, la consideran nula. Solo existe un reducido sector de profesores que en lo que puede apreciarse como un alambicado razonamiento, pletórico de hipótesis más de «laboratorio» que de la vida real, estiman que un contrato de estas características podría ser válido en determinadas circunstancias.

Sin embargo, podemos apreciar que la estructura tradicional del tema se basa en consideraciones meramente teóricas y en el supuesto base de asumir que un acto de esta naturaleza es prácticamente absurdo, inusual y hasta exótico. Nosotros al abordar el tema en nuestra obra «El Bien Materia del Contrato de Compraventa»[16] nos ceñimos a analizarlo dentro de los cánones habituales de la doctrina y legislación. No obstante ello, con el paso de los años advertimos que dada la peculiar realidad de nuestro país, este tema ofrece una riqueza muy grande, a la vez que una importancia práctica ignorada en la casi totalidad de países.

Como es sabido, el Perú ha sufrido y sufre en las últimas décadas muchos problemas de orden socio económico, los mismos que han llevado paulatina, pero inexorablemente, a que la delincuencia prolifere a niveles antes inimaginables. Y nos estamos refiriendo a la delincuencia común y no a la delincuencia terrorista, cuya sola presencia constituyó una de las mayores lacras por las que ha padecido nuestro país.

[16] CASTILLO FREYRE, Mario. *El Bien Materia del Contrato de Compraventa.*

No deja de ser asunto común el que la delincuencia actúe con impunidad en muchos campos, y que —dadas las limitaciones presupuestales existentes— los esfuerzos de las autoridades se centren en combatir el tipo de delincuencia que afecta en mayor grado la seguridad del Estado o la vida e integridad física de las personas.

Podríamos decir que, en cierta forma, la delincuencia que se ocupa de robar, por ejemplo, autopartes, a los vehículos estacionados en la vía pública, ha dejado de ser preocupación principal de las autoridades. Esta ha proliferado tanto, que en la Ciudad de Lima (y solo por hablar de la Capital del Perú) existen amplias zonas en donde se comercializan artículos fruto de actos delincuenciales. El ejemplo más representativo y conocido era la zona llamada Tacora, comprendida en varias cuadras de la Avenida Aviación, en el Distrito de La Victoria y parte del Cercado de Lima, entre las Avenidas México y Grau, lugar donde en plena vía pública se habían instalado de manera permanente miles de comerciantes que se dedicaban a la labor de receptación de autopartes, lo que equivale a decir que se dedicaban a comprar a otros delincuentes las piezas de vehículos que habían sido obtenidas de manera ilícita, o, incluso (aunque en menor medida) son ellos mismos los que han robado dichas piezas.

Hace poco tiempo dichos comerciantes fueron desalojados de la vía pública, lo que no equivale a decir que hayan sido desterrados, pues prosiguen realizando sus ilícitas actividades desde los inmuebles aledaños.

Todo Lima, empezando por las autoridades policiales, el Ministerio Público, el Poder Judicial y la ciudadanía, en general, conoce de la existencia de este mercado negro; y todo Lima acude a él. Son raros los casos en que la Policía Nacional realiza operativos en estas zonas, dada la gran cantidad de «comerciantes» (delincuentes) y la escasez de recursos y personal que debería encargarse de la solución del problema.

La gran cantidad de robos de autopartes que ocurre en nuestra capital ha obligado desde hace varias décadas a que los propietarios de los vehículos, que se han visto perjudicados por esta situación, tengan que optar entre dirigirse a una tienda de autopartes y repuestos, para comprar una pieza original, en sustitución de la robada, o recurrir al mercado negro para adquirir una de procedencia ilícita. Es evidente que el primer camino es el único legal, pero también es cierto que los repuestos nuevos de los automóviles tienen, en la mayoría de casos, un costo tan alto que resulta prácticamente imposible para el propietario perjudicado adquirir uno, o, si lo hace, será porque tiene los recursos suficientes, o tras un gran esfuerzo patrimonial.

A todo ello, hay que agregar el hecho de que en el Perú no existe un régimen de seguro obligatorio para los vehículos de uso particular, y a pesar de que los porcentajes han aumentado en los últimos años, todavía sigue siendo reducida la proporción de automóviles que cuentan con un seguro que cubra este tipo de siniestros y otros más.

No debemos olvidar tampoco que desde que se permitió el ingreso o importación al Perú de vehículos usados, muchos de ellos han sido traídos por las empresas importadoras sin un adecuado y paralelo servicio técnico, así como tampoco un *stock* de repuestos suficiente. Es más, en algunos casos, ni siquiera se preocuparon de traer repuestos para los vehículos usados que se importaron. Y lo más grave de todo, es que ello no solo ocurrió con automóviles de segunda mano, sino con marcas que recién se instalaban en el mercado nacional, algunas de las cuales no tuvieron éxito y sus importadores dejaron de traer dichos vehículos, los mismos que nunca contaron con respaldo técnico y de repuestos.

Por estas circunstancias es que resulta bastante frecuente que cuando una persona sufre el robo de una parte de su vehículo, como, por ejemplo, llantas, faros, parabrisas, radios, etc., no vaya a adquirirlos a una tienda de artí-

culos de repuestos nuevos, sino que recurra al mercado negro, en donde los precios son sustancialmente menores y los artículos son los mismos, llegando a costar varias veces menos.

Dentro de este contexto, el que vende y el que compra un artículo de procedencia ilícita está cometiendo delito de receptación, contemplado en el artículo 194 del Código Penal Peruano.[17]

Más allá de la situación práctica de que este es un delito con una pena muy benigna y que —al ser menor de cuatro años— nunca implicaría privación efectiva de la libertad, quien compra un bien en estas condiciones, no siendo una persona que se dedique habitualmente a las actividades delictivas, sino un ciudadano común y corriente que desea adquirir un bien similar a aquel que se le ha robado, está cometiendo un acto delictivo.

Dado el texto de la norma penal, y en razón de que ella no distingue si quien adquiere ese bien es o no propietario del mismo, podría entenderse que el supuesto del Código Penal comprende a todas las personas que se encuentren enmarcadas en el mismo, más allá de si el bien que desean adquirir o recuperar pertenece a un tercero o le pertenece a la misma persona que desea recuperarlo.

Si bien el Código Penal en su artículo 194 no efectúa la distinción pertinente, entendemos que no podría considerarse como delincuente (receptador) a aquella persona que, por esas coincidencias que tiene la vida, acude al mercado negro y adquiere a titulo oneroso exactamente el mismo bien que le fue robado. Y esta situación ocurre a menudo, ya que cualquiera de nosotros ha escuchado, por lo menos alguna

[17] En atención a este tema, consideramos muy ilustrativo el análisis efectuado respecto de este delito por el doctor Luis Alberto Bramont-Arias Torres (BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *Manual de Derecho Penal.* Parte Especial, páginas 255 a 258. Editorial San Marcos, Lima 1994).

vez en la vida, el relato de algún amigo o conocido a quien le ha pasado un trance similar.

Si hay algo que en lo personal me queda claro es que en el plano moral a esa persona no podría considerársele como un delincuente, pues aquello que está adquiriendo es, precisamente, un bien que él mismo sabe que es suyo (esto, por tratarse de alguna luna, faro, espejo o similar, en donde se encuentre marcado el número de placa del vehículo, o porque tenga alguna seña especial que haga convicción en dicha persona de que se encuentra frente a un objeto de su propiedad). Se trata de alguien que sabe que la existencia de las vías legales para recuperar el bien solo existen en el plano teórico.

Es cierto que esta persona podría recurrir a formular una denuncia a la Comisaría más cercana en el sentido de que ha detectado quién tiene el objeto robado (vamos a manejar el ejemplo que se trate de un faro). Pero, dicha persona no podría esperar que luego de formulada su denuncia en la Comisaría, los efectivos policiales monten un operativo de inmediato, destinado a capturar al receptador y recuperar el bien que le fue arrebatado. El ciudadano sabe perfectamente que ello no va a ocurrir. También sabe que si ingresara la policía a esta zona, es casi seguro que el faro vaya a ser escondido en cualquier lugar de la misma y que ni la propia autoridad policial pueda recuperarlo.

Es obvio también que dicho ciudadano honesto sabe que no podrá hacer justicia por mano propia, no solo porque esta constituye una regla general en el ejercicio de los derechos subjetivos, sino también porque si intentara hacerlo, simplemente lo matarían.

Resultaría risible, también, que dicho hombre honesto inicie ante el Poder Judicial una acción reivindicatoria para recuperar la posesión de ese bien del cual sigue siendo propietario, pero que la ha perdido por efecto del robo. Decimos que sería risible, porque, en primer lugar, no conocerá la identidad del delincuente que tiene el bien en su poder, y,

aun la conociese, ya podríamos imaginar cómo se le podría notificar la demanda y dónde se efectuaría dicha notificación; a todo lo cual habría que agregar la situación objetiva de que nada ganaría con este proceder, ya que el delincuente, apenas conozca del proceso judicial, desaparecerá conjuntamente con el bien. De este modo, el ciudadano habrá incurrido inútilmente en gastos judiciales y de abogado.

Por todo lo antes expuesto, es que las vías legales, si bien en el plano teórico están abiertas, en la práctica están cerradas, y casi por completo. A ello habría que agregar la consideración de que en el plano teórico ese ciudadano sigue siendo propietario del bien, pero en la práctica, será un propietario solo de nombre, pues no podrá ejercer ninguno de los atributos establecidos por el artículo 923 del Código respecto al propietario, cuando expresa dicha norma que «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».

Entonces, podríamos hacernos la pregunta de si dicha persona sigue siendo o no propietaria del bien. A pesar de que desearíamos contestar negativamente, no podemos hacerlo, y debemos afirmar que sigue siendo propietario, más allá de que nuestra respuesta pueda no concordar con lo que ocurre en la realidad. Jurídicamente y a pesar de todo, sigue siendo propietario del faro que le han robado.

De esta forma, si tal persona desea recuperar ese objeto del receptador, estaríamos hablando de un objeto que todavía le pertenece en propiedad, razón por la cual podríamos plantearnos la pregunta de si estaría celebrando con el delincuente un contrato de compra de bien propio.

2. Naturaleza jurídica

En este supuesto, consideramos que podrían esgrimirse válidamente diversas posiciones, todas las cuales tienen asidero legal y lógica jurídica, independientemente de que concordemos o no con ellas:

2.1. Se trata de una compraventa nula por tener objeto jurídicamente imposible

El tema de la compra de bien propio es uno que no ha sido considerado en nuestro Código Civil vigente, así como tampoco en el Código Civil que le precedió.

Sin embargo, estas omisiones no significan que sea un punto absolutamente irrelevante. Por lo menos en teoría se plantean algunas interrogantes sobre el mismo, que sería interesante recoger.

En lo que respecta a la codificación extranjera y nacional consultada, resulta absoluta la mayoría de cuerpos legislativos y Proyectos que soslayan el tema,[18] pero sin em-

[18] Códigos Civiles consultados que no dan tratamiento a la compra de bien propio:

Código Civil Francés, Código Civil Belga, Código Civil Boliviano de 1831, Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853, Código Civil Italiano de 1865, Código Civil Argentino, Código Civil Venezolano de 1880, Código Civil Costarricense de 1888, Código Civil Español, Proyecto Boissonade de 1890, Código Civil Japonés, Código Civil Alemán, Código Civil Hondureño de 1906, Código de las Obligaciones de Suiza, Código Civil Brasileño, Código Civil Panameño de 1917, Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922, Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Código Civil Mexicano de 1927, Anteproyecto Bibiloni de 1929, Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930, Código Civil Chino de 1930, Código de las Obligaciones de Polonia de 1935, Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, Código Civil Peruano de 1936, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936, Proyecto de Código Internacional de Obligaciones y Contratos de Francesco Consentini de 1937, Código Civil Venezolano de 1942, Código Civil Italiano de 1942, Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Ángel Ossorio y Gallardo de 1943, Código Civil Portugués de 1967, Código Civil Boliviano de 1976, Código Civil Peruano de 1984, Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984, Código Civil Paraguayo de 1987, Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987, Código Civil de la Provincia de Québec.

bargo existe un reducido número de los mismos que legisla sobre el particular.[19]

[19] Códigos Civiles que regulan el tema de la compra de bien propio:
— *Código Civil Peruano de 1852:*
Artículo 1326.- «No hay venta de lo ajeno, ni compra de lo propio».
Artículo 1328.- «El que hubiere comprado lo suyo por haberlo creído de otro, nada adquiere por este contrato; y tiene derecho a conservar la cosa y a que se le restituya el precio».
— *Código Civil Chileno:*
Artículo 1816.- «La compra de cosa propia no vale: el comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella.

Los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos tanto naturales como civiles que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, a menos que se haya estipulado entregar la cosa al cabo de cierto tiempo o en el evento de cierta condición; pues en estos casos no pertenecerán los frutos al comprador, sino vencido el plazo, o cumplida la condición.

Todo lo dicho en este artículo puede ser modificado por estipulaciones expresas de los contratantes».
— *Código Civil Salvadoreño de 1860:*
Artículo 1619.- «La venta de cosa ajena y la compra de cosa propia no valen; el comprador que ignoraba el vicio del contrato, en el primer caso, tiene derecho a los daños y perjuicios, aun contra el vendedor de buena fe; en el segundo, podrá pedir que se le restituya el precio».
— *Código Civil Uruguayo:*
Artículo 1670.- «La compra de cosa propia no vale: el comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella».
— *Código Civil Colombiano:*
Artículo 1872.- «La compra de cosa propia no vale; el comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella.

Los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos, tanto naturales como civiles, que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, a menos que se haya estipulado entregar la cosa al cabo de cierto tiempo o en el evento de cierta condición, pues en estos casos no pertenecerán los frutos al comprador, sino vencido el plazo, o cumplida la condición.

Todo lo dicho en este artículo puede ser modificado por estipulaciones expresas de los contratantes».
— *Código Civil Ecuatoriano:*
Artículo 1782.- «La compra de cosa propia no vale; y el comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella».
Artículo 1783.- «Los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos tanto naturales como civiles que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, a menos que se haya estipulado entregar

Resulta interesante observar de la nota anterior que todos los Códigos y Proyectos mencionados en ella la consideran nula o sin valor; como también anotar que los Códigos Civiles Chileno (artículo 1816), Colombiano (artículo 1872), Ecuatoriano (artículo 1783) y Nicaragüense de 1903 (artículo 2574), admiten pacto en contrario de todo lo establecido respecto de la compra de cosa propia, dentro de lo que está, evidentemente, la nulidad del mencionado contrato.

De esa relación también podemos observar que todos los Códigos que contemplan la compra de cosa propia, a excepción del Segundo Anteproyecto de Libro Quinto del Códi-

la cosa al cabo de cierto tiempo o en el evento de cierta condición. En estos casos, no pertenecerán los frutos al comprador, sino vencido el plazo, o cumplida la condición.

Todo lo dicho en este artículo puede ser modificado por estipulaciones expresas de los contratantes».
— *Código Civil Nicaragüense de 1903:*
Artículo 2574.- «La compra de cosa propia no vale: el comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella.

Los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos tanto naturales como civiles que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, a menos que se haya estipulado entregar la cosa al cabo de cierto tiempo o en el evento de cierta condición; pues en estos casos no pertenecerán los frutos al comprador; sino vencido el plazo o cumplida la condición.

Todo lo dicho en este artículo puede ser modificado por estipulación expresa de los contratantes».
— *Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926:*
Artículo 384.- «No hay venta de lo ajeno, ni compra de lo propio».
— *Código Civil Guatemalteco de 1973:*
Artículo 1794.- «Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad. La venta de cosa ajena es nula, y el vendedor debe restituir el precio si lo hubiere recibido y responder de daños y perjuicios si hubiere procedido de mala fe.

El que comprare lo suyo por haberlo creído de otro, tiene derecho a conservar la cosa y a que se le restituya el precio».
— *Proyecto de Código Civil Colombiano:*
Artículo 630.- «La compra de cosa propia no vale. El comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella».

go Civil del Perú, de 1926, consideran expresamente el derecho de restitución de lo pagado por el comprador.

Notamos además que los Códigos Civiles que siguieron el Proyecto de Andrés Bello, consideran que los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos, tanto naturales como civiles, que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador, a menos que se haya estipulado entregar la cosa al cabo de cierto tiempo o en el evento de cierta condición; pues en estos supuestos no pertenecerán los frutos al comprador, sino vencido el plazo, o cumplida la condición. Es el caso del Código Civil Chileno (artículo 1816), del Código Civil Colombiano (artículo 1872), del Código Civil Ecuatoriano (artículo 1783) y del Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2574).

Contemplan expresamente el derecho del comprador que ignoraba el carácter propio del bien, de demandar al vendedor el abono de los daños y perjuicios sufridos: el Código Civil Salvadoreño (artículo 1619) y el Código Civil Guatemalteco (artículo 1794). La diferencia es que en el caso del Código Salvadoreño, el comprador tiene derecho a la mencionada acción aun si el vendedor hubiese sido de buena fe; en el caso del Código Guatemalteco, solo la podrá ejercer contra el vendedor que hubiera actuado de mala fe.

Así como la totalidad de los Códigos y Proyectos consultados que se pronuncian sobre el particular consideran nula la compra de bien propio, la doctrina procede en igual sentido.[20]

[20] Para ello, basta observar las siguientes opiniones:

Aubry y Rau (AUBRY, C. y RAU, C. *Op. cit.*, tomo IV, página 335) señalan que es necesario que pueda ocurrir, en provecho del comprador, la transmisión de propiedad de la cosa vendida: si el comprador era ya propietario de esta cosa, la venta se consideraría como no ocurrida.

Barros Errázuriz (BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Op. cit.*, tomo II, página 372) establece que la compra de cosa propia no vale; porque siendo la venta un título traslaticio de dominio, carece de objeto comprar una cosa cuyo dominio pertenece de antemano al comprador. Si ignorando el comprador que es dueño, se efectuare la compra, tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella.

Para Alessandri y Somarriva (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, tomo IV, página 372), la cosa comprada no debe ser una cosa propia, pues no vale la compra de cosa propia porque una compra así carecería de causa para el comprador, no se vería el interés jurídico o psicológico, que podría tener una persona para comprar una cosa propia.

Por su parte, Enneccerus, Kipp y Wolff (ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, páginas 157 y 158) opinan que si compro una cosa que me pertenece, el contrato seguirá siendo nulo aunque posteriormente yo cese de ser propietario. Pero el contrato será válido si se concluye, expresa o tácitamente, para el caso de que más tarde la prestación sea posible [...]; lo mismo si la prestación se promete bajo otra condición suspensiva o bajo término inicial y antes (o simultáneamente, cosa que la ley alemana no señala especialmente por ser evidente) de su cumplimiento o llegada se convierte en posible.

En el Perú, el doctor León Barandiarán (LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo III, página 6), apoyándose en lo dicho por Enneccerus, Kipp y Wolff, señala lo siguiente:

«La cosa no tiene por qué ser del vendedor, pues se permite la venta de cosa ajena (artículo 1394); pero no cabe compra de cosa propia, toda vez que lo esencial en la venta es la asunción de la obligación por el vendedor de transferir el dominio de una cosa al comprador, y esto no puede tener efecto, esto es, realizarse, si ya el presunto comprador es dueño de esa cosa, de suerte que no puede haber en su persona pretensión crediticia alguna».

El profesor Ernesto Clemente Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 242 y 243) sostiene similares términos, pero hace la salvedad de que esto es así solo en principio, pues caben hipótesis de excepción:

«En principio, no cabe duda de que la compra de cosa propia no puede producir efecto alguno, debiendo ser declarada inválida. Cuando ninguna de las prestaciones que el contrato genera han sido cumplidas, la cuestión es bastante simple. En efecto, ni comprador ni vendedor podrán exigir el cumplimiento de las prestaciones invocando la existencia del contrato, pues este no puede producir efecto alguno».

2.2. Se trata de una compraventa nula por tener fin ilícito

Considerar a la compra de bien propio como un acto nulo por tener fin ilícito, implicaría asumir que el comprador (propietario del bien) es un delincuente, susceptible de ser

encuadrado dentro del delito de receptación. Sin embargo, tal como fue dicho por nosotros al esbozar algunos comentarios sobre este delito, estimamos que quien desea recuperar ese bien que le pertenece, ante la imposibilidad práctica o material de recurrir a las vías que prescribe la ley (justamente por la ineficiencia del funcionamiento del propio sistema jurídico a este respecto) no puede ser calificado como un receptador. Ello resultaría ilógico a la vez que injusto.

2.3. Se trata de un contrato atípico válido a través del cual el poseedor del bien se obliga a transmitir dicha posesión al propietario del mismo

De acuerdo a lo establecido por el artículo 922, inciso 4, *in fine,* del Código Civil Peruano, la posesión se extingue, entre otros supuestos, por pérdida del bien.

Esta norma debe ser concordada con aquello que establece el inciso 2 del artículo 1137 del propio Código, cuando señala que la pérdida del bien puede producirse, entre otras causales, por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él *o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.*

En ocasión anterior[21] manifestamos que la imposibilidad a que hace referencia esta norma, no tiene que ser absoluta, pues bastará que sea de carácter relativo, pero que implique la realización de esfuerzos más que extraordinarios y sumamente gravosos para lograr tales fines.[22]

---

[21] OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, primera parte, tomo II, páginas 22 y 23.

[22] Consideramos pertinente recordar las expresiones que en dicha obra vertimos el Doctor Osterling y quien escribe estas páginas:

«Un ejemplo del segundo supuesto de este mismo inciso segundo del artículo 1137 del Código Civil Peruano, puede ser aquel en el cual un andinista se hubiese comprometido frente a otro —compañero de aventuras— a entregarle su reloj, un reloj resistente a golpes fuertes y especial para efectuar dicha actividad de alturas y temperaturas extremas. En una excursión, al deudor se le cae el reloj a una grieta de una profundidad de 50 metros en las alturas de la Cordillera de los Andes. Luego de caído el

Dentro de tal orden de ideas, podría entenderse que un pacto como aquel sobre el cual venimos tratando, sería un contrato atípico, destinado a recuperar la posesión perdida del bien, o, si se quiere expresar de otro modo, recuperar la posesión del bien que se ha perdido.

Sin embargo, debe tenerse cuidado —dentro de este criterio interpretativo—, pues en el ordenamiento legal peruano también existe el artículo 904, norma que establece que «Se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera». Decimos esto, pues de ser este el supuesto, no habría pérdida de la posesión, ni mucho menos pérdida del bien.

2.4. Se trata de una transacción

Conforme a lo prescrito por el artículo 1302 del Código Civil Peruano:

> Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.
>
> Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.
>
> La transacción tiene valor de cosa juzgada.

---

artefacto, utilizando largavistas, los andinistas logran ubicar exactamente dónde se encuentra dicho bien. Sin embargo, constatan que, pese a conocer su ubicación, resulta físicamente imposible recuperarlo, por lo agreste de la zona y lo angosto de la grieta donde se encuentra.

Creemos también que ilustrarían el segundo supuesto del inciso segundo bajo comentario, la obligación de dar un barco que luego se ha hundido —como sería el caso del 'Titanic'—, o el de una nave antes de haber sido capturada por el enemigo —como sería el caso de nuestro Monitor 'Huáscar'—. Si bien es cierto que ninguna de las dos hipótesis anotadas constituye una imposibilidad absoluta, la primera pasaría por realizar una inversión infinitamente grande; en tanto que la segunda significaría, además, una guerra externa, lo que —a todas luces— haría desproporcionados los medios para lograr el objetivo deseado».

Es sabido que cuando la ley hace referencia a un asunto dudoso, no se excluye del ámbito de aplicación de este término a aquellos casos en los cuales si bien no exista duda por parte de alguno de los sujetos que se encuentran en conflicto (vale decir que dicho sujeto tenga muy claras las cosas respecto al tema y que a aquel le asista plenamente su derecho), estemos ante una situación conflictiva que conduzca o pueda conducir a la existencia de posiciones hasta cierto punto insalvables, las mismas que podrían solucionarse a través de un acto transaccional.

Dentro de este orden de ideas, podría entenderse que si el propietario de un bien desea recuperar la posesión del mismo (a pesar de saber que quien va a ser la otra parte en la transacción posee el bien de manera ilegítima y sin derecho alguno que le asista) podrá, ante la imposibilidad práctica de hacer algo distinto, o ante el problema de las dificultades económicas que surjan para su recuperación, y luego de realizar un análisis de costo-beneficio, efectuar un acuerdo transaccional con esa otra parte, y —de esta forma— recuperar los plenos derechos que le corresponden sobre el bien.

2.5. Se trata de una compra de bien propio, en estricto

Respecto de los supuestos en los cuales puede considerarse válido un contrato de compra de bien propio, Wayar[23], citando a Alessandri Rodríguez, señala que se pueden mencionar tres hipótesis: «a) cuando una persona compra una cosa que posee en condominio con otras; b) cuando se compra una cosa de la que se tiene dominio imperfecto; c) cuando se compra una cosa bajo condición de que deje ser propia».

[23] WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 244.

Wayar intenta dar solución a estos supuestos de la siguiente manera:

> En el primer caso, se trataría de la venta de una cosa en condominio y serían de aplicación las reglas ya estudiadas sobre esta materia [...]. El segundo caso, podría constituirse cuando el usufructuario, que carece de la nuda propiedad, compra la cosa con el fin de unificar el dominio desmembrado. No creemos que tales hipótesis planteen serios problemas interpretativos, debiendo resolverse —*mutatis mutandis*—, de conformidad con las reglas que regulan la compra de las cosas parcialmente propias.
>
> El tercer caso se daría cuando el titular de un dominio resoluble desea adquirir la cosa para evitar que se lo prive de ella en el supuesto de que la resolución se opere. En opinión de López de Zavalía, nada hay de irrazonable en esta contratación que, por el contrario, puede resultar sumamente previsora.

2.6. Nuestra posición

El tema de la compra de bien propio es uno que si bien mereció la atención de los cuerpos normativos de la antigüedad, como es el caso de la Ley de Partidas, no merece, como hemos señalado, tratamiento en nuestra legislación civil desde el Código de 1852, el cual, en su artículo 1326, señalaba que no había venta de lo ajeno ni compra de lo propio.

El Doctor Manuel Augusto Olaechea consideró, en una primera instancia, pertinente incluir la norma que acabamos de citar, dentro de su Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, terminado de elaborar en 1926 (el artículo 384), pero luego esta norma fue eliminada y no pasó al Proyecto de Código de 1936 ni al Código que se promulgó ese mismo año. En el texto del ejemplar del Segundo Anteproyecto que fue usado por el Doctor Olaechea para los trabajos de la Comisión Reformadora del Código de 1852, figura tachado, de puño y letra, el artículo 384, con una anotación al margen, por la que lo considera «innecesario».

La opinión de Olaechea, se inserta, como se ha visto, dentro del criterio mayoritario de la doctrina y legislación extranjera, y fue seguida por el Código Civil de 1984, el que nada dice sobre el particular.

Observamos que el tema de la compra de bien propio, ha sido desechado como uno de discusión doctrinaria, justamente por ser considerado como inútil en la práctica. Reconocemos la validez de esta tendencia de opinión. Pero sin embargo, en teoría sí reviste aspectos bastante interesantes, que trataremos de exponer a continuación.

Como hemos podido apreciar, la mayoría de autores consultados que hemos citado anteriormente, considera a este contrato como nulo y no dicen algo más al respecto, salvo los casos de Enneccerus, Kipp y Wolff, León Barandiarán y Wayar.

Creemos interesante, recogiendo las opiniones de estos tres últimos y abonando otras propias, apuntar algunos supuestos que se pueden pensar como que constituyen casos de compra de bien propio, y tratar de ver si en realidad lo son o no.

A continuación nuestros comentarios:

2.6.1. Si el comprador, vendedor o ambas partes desconocen que el bien vendido es propio del comprador

Teóricamente es posible que se produzca la transferencia de la propiedad, ya que como vimos al tratar acerca del contrato de venta de bien ajeno, por medio de este contrato el vendedor solo se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y no la transfiere en virtud del acto jurídico mismo.

Por esta razón es que consideramos anteriormente que el contrato de venta de bien ajeno no es nulo (salvo que se produzca alguna causal distinta que haga que el acto lo sea). Y, por la misma razón, decimos ahora que el contrato

de compra de bien propio no es nulo, sino en un supuesto de excepción (que veremos más adelante) por el solo hecho de que el bien tenga tal carácter.

2.6.2. Si ambas partes conocen al momento de la celebración del contrato el hecho de que el bien pertenece en propiedad al comprador

En este punto, podemos pensar varios supuestos:

2.6.2.1. Si se compra un bien propio y el contrato es uno puro y simple

En este caso, el acto sí sería nulo, porque ambas partes, estarían, de manera consciente, celebrando un acto puro y simple que, como contrato típico, está destinado a que el vendedor se obligue a transferir la propiedad de un bien que, es consciente que dado el acto celebrado y el hecho de que la propiedad del bien pertenece, justamente a aquel a quien supuestamente se la tiene que transferir, el acto podrá ser considerado como uno de prestación imposible, por lo que sería nulo, por tener un objeto jurídicamente imposible, en virtud de lo establecido por el artículo 219 inciso 3, ya que el comprador no podrá adquirir una propiedad de la que ya es dueño.

Recalcamos que el supuesto que hemos analizado es uno en el cual en el contrato no se establece ningún elemento adicional que pudiera llevar a pensar que lo que han buscado las partes es algo distinto a obligarse en los términos de una compraventa común y corriente, es decir, que genere los mismos efectos que si el bien fuera de propiedad del vendedor.

2.6.2.2. *Si el comprador de bien propio tiene la propiedad del mismo bajo una condición resolutoria o un plazo, luego de ocurrido cualquiera de ellos, la perdería en favor del vendedor*

En este caso, será evidente que el comprador podrá adquirir la propiedad futura del bien, es decir, a partir de cuando caduque dicho plazo o se produzca la condición (si esta llega a verificarse).

Así, sí se entenderá que la prestación de la obligación del vendedor en el contrato celebrado, es posible.

Este acto será plenamente válido.

2.6.2.3. *Si un bien se encuentra en litigio entre dos partes, y una de ellas paga a la otra una cantidad de dinero con el propósito expreso de que se termine el pleito sobre el bien*

Debemos señalar, ante todo, que este no es el típico supuesto de compraventa de bien litigioso, pues en el caso típico el litigio sobre el bien (se entiende referido en este extremo, sobre la propiedad del bien), se da entre el vendedor del mismo y un tercero; no respecto de quien desea adquirir el bien (el comprador).

Este supuesto, nos resistimos a considerarlo como una compraventa; más bien, creemos que se trataría de un contrato de transacción, por el cual, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1302 del Código Civil Peruano de 1984, «[...] las partes, haciéndose transacciones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado [...]».

2.6.2.4. *Cuando se compra la parte ajena de un bien parcialmente propio y parcialmente ajeno*

Consideramos es evidente que no estamos frente a un supuesto de compra de bien propio, pues la porción indivisa adquirida no tenía tal carácter, a pesar de que parte del bien sí era propia; pero, precisamente, era propia la porción sobre la que no recayó la compra.

2.6.2.5. *Cuando se compra la totalidad de un bien del cual una parte es propia del comprador y otra le es ajena*

Este sí es un supuesto que nos presenta problemas.

Consideramos, en orden a nuestra opinión respecto de los casos antes mencionados, que debería seguirse el siguiente razonamiento:

— Si el comprador, vendedor o ambas partes desconocen el carácter parcialmente ajeno del bien, el acto es anulable. Si el comprador que desconocía el carácter propio del bien opta por conservar el contrato (la relación jurídica), tendría derecho a que el precio se disminuya proporcionalmente al valor que sobre el total del mismo representa la parte ajena del bien.
— Si ambas partes conocen al momento de la celebración del contrato el hecho de que el bien pertenece parcialmente en propiedad al comprador; y el contrato es puro y simple, entonces, el acto debería ser nulo respecto de la parte propia y válido respecto de la ajena, debiendo abonar el comprador solamente el precio correspondiente a esta última.
— Si ambas partes conocen al momento de la celebración del contrato el hecho de que el bien pertenece parcialmente al comprador; y si el comprador tiene la propiedad parcial del mismo bajo una condición resolutoria o

un plazo, luego de ocurrido cualquiera de ellos, la perdería en favor del vendedor, consideramos que en este caso, el acto sería plenamente válido.

2.6.2.6. Si sobre el bien recayesen determinados derechos reales que implicasen una desmembración del derecho de propiedad, como es el caso de la posesión, del uso, del disfrute o de ambos (usufructo), o se hubiese constituido sobre el mismo algún derecho real, como es el caso del derecho de superficie, o una servidumbre

Consideramos sería factible sostener que si el propietario del bien desea recuperar la plena propiedad sobre este, y abona a quien goza de alguno de esos derechos una suma de dinero con tal propósito, no podríamos hablar de que estamos frente a un contrato de compraventa, sino simplemente frente a un contrato de recuperación o extinción, a título oneroso, de uno de los atributos de la propiedad, o a la extinción convencional de un derecho real, que hubiese sido constituido con anterioridad sobre dicho bien.

Pero como la compraventa tiene por objeto la transmisión de la propiedad, no es el caso de ninguno de estos supuestos.

Sin embargo, las consideraciones esgrimidas por la doctrina en favor de algunos supuestos de validez de la compra de bien propio, debemos reconocer que son elaboraciones teóricas bastante forzadas, ya que —como dijimos oportunamente— en la práctica situaciones de esta naturaleza resultarán sumamente inusuales.

2.7. Podría llegar a tratarse de una venta de bien ajeno, en caso quien venda ya se hubiera hecho propietario del bien

Aunque la denominación de este último criterio parezca no tener relación con el tema de la compra de bien propio,

consideramos que habrán casos en los cuales ambas figuras revestirán ciertas similitudes.

Es regla general que si un propietario es despojado ilegal o ilícitamente de la posesión de un bien que le pertenece, no pierde la propiedad del mismo. Esto, salvo que quien haya efectuado el despojo adquiera por prescripción adquisitiva dicha propiedad, luego de haber transcurrido los plazos establecidos por la ley para la prescripción adquisitiva sin justo título y con mala fe.

De otro lado, no debemos olvidar que si la persona que se ha apropiado del bien de manera lícita celebra un acto con un tercero a través del cual busca transferirle la propiedad del bien, dicho acto no surtirá eficacia si el tercero adquirente tuviera mala fe, pero sí la adquiriría en caso tuviera buena fe, en virtud de lo establecido por el artículo 912 del Código Civil, norma que prescribe lo siguiente:

> El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito.

En ese sentido, si alguien hubiese adquirirdo la posesión de buena fe, se haría propietario del bien, a pesar de su procedencia ilícita.

Debe excluirse de este caso al supuesto comprendido en el artículo 948 del Código Civil, relativo al depositario infiel, norma que establece que «Quien de buena y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal».

Sin embargo, sí estaría comprendido aquel que adquiere en virtud a lo prescrito por el artículo 1542 del Código Civil, precepto que establece que «Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vende-

dor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente».

En conclusión, dada la variedad de posiciones existentes en relación al tema, y teniendo cada una de ellas asidero legal, resulta imposible expresar nuestra adhesión exclusiva a una de ellas, ya que no todas tratan sobre un único supuesto, y en consideración a que cada una tiene alta dosis de verdad.

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1542

Artículo 1542.- «Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público, amparados con facturas o pólizas del vendedor, solo son reivindicables si el propietario demuestra que el comprador tuvo pleno conocimiento del carácter ajeno del bien respecto del establecimiento vendedor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente».

Fundamento

Respecto de nuestro artículo 1542, podemos decir que está destinado a reemplazar al actual artículo de la misma numeración, en el que está inspirado.

Cuando analizamos el actual artículo 1542,[24] efectuamos ciertos comentarios en el sentido de que esta norma entraba en contradicción con el principio de protección exclusiva al adquirente de buena fe, contemplado en el artículo 948 del Código Civil Peruano. En base a esta y a las demás consideraciones allí esgrimidas, es que hemos redactado nuestro artículo 1542.

---

[24] CASTILLO FREYRE, Mario. *Los Contratos Sobre Bienes Ajenos*, página 442.

Con esta norma buscamos generar una hipótesis mucho más equitativa en lo que respecta a la posibilidad que se concede al propietario o perjudicado para reivindicar su bien, y también el retiro de la eventual protección al comprador que adquirió el bien con pleno conocimiento de su carácter de ajeno.

Consideramos que con nuestra propuesta no estamos desprotegiendo al comprador que adquirió el bien con pleno desconocimiento de su carácter de ajeno, ya que si así fuese, y su compra estuviese rodeada de todas las circunstancias que hagan suponer al común de las personas que el bien puesto en venta es uno de legítima procedencia, el propietario o perjudicado, prácticamente se verá imposibilitado de demandar judicialmente la reivindicación de su bien, ya que a él corresponderá la prueba en el sentido que dicho comprador conocía plenamente el carácter ajeno del mismo. Y, como es obvio, para demostrar una afirmación de esta naturaleza, harían falta elementos probatorios cuya obtención sería muy difícil.

Con esto, lo que buscamos es no otorgar protección a quien conociendo al vendedor se colude con este, para, a través de una venta facturada en el establecimiento de este último, obtener la legitimación y la propiedad sobre un bien de dudosa o ilegítima procedencia, casos en los cuales la probanza de los hechos tendría, en todo caso, mayores posibilidades de éxito.[25]

---

[25] En ocasión anterior pensamos proponer la regulación legislativa de la compra de bien propio. Ello lo consideramos ahora inútil. Sin embargo, anotamos la que fue nuestra propuesta de entonces (CASTILLO FREYRE, Mario. *El Bien Materia del Contrato de Compraventa,* páginas 443 y 444):
Artículo 1542-A.- «Si al momento de la celebración del contrato ambas partes conocen que el bien es propio del comprador, y el contrato es puro y simple, el acto es nulo.

Si en el supuesto de conocer ambas partes el carácter propio del bien, el comprador tiene la propiedad del mismo bajo condición resolutoria o sujeta

a un plazo, luego de ocurrido cualquiera de ellos, la perdería en favor del vendedor, el contrato es válido».

Tal como señalamos al analizar el tratamiento de este supuesto en la doctrina y legislación extranjera y nacional, es uno sobre el cual, de manera casi uniforme, no se discute ni trata. La excepción la constituyen unos cuantos Códigos Civiles que lo declaran nulo, pero con posibilidad de pactar en contrario, sobre todo los que siguieron al Proyecto de Andrés Bello.

Del análisis que efectuamos sobre el particular, en la mencionada obra, extrajimos dos conclusiones, a nuestro entender importantes, que tradujimos en la norma materia de nuestra tentación académica vencida, en el sentido de que si al momento de la celebración del contrato ambas partes conocen que el bien es propio del comprador, y el contrato es puro y simple, el acto es nulo por tener un objeto jurídicamente imposible; y que si ambas partes, conscientes de que el bien pertenece al comprador, contratan, y el comprador tiene la propiedad del mismo bajo condición resolutoria o sujeta a un plazo, luego de ocurrido cualquiera de ellos, la perdería en favor del vendedor, el contrato se consideraría válido.

Creíamos que los dos supuestos antes mencionados eran los únicos de compra de bien totalmente propio que merecen regulación legislativa. Sin embargo, hoy pensamos distinto, ya que el tema obtiene similar solución en base a las normas de Acto Jurídico, en especial el artículo 140 del Código Civil Peruano, además de que ellos no constituyen las únicas hipótesis pasibles de presentarse en la práctica.

Por otra parte, y también en ocasión anterior pensamos en la conveniencia de regular la compraventa de bien litigioso. Ello lo consideramos ahora inútil, debido a la existencia de la norma general prevista en el artículo 1409, inciso 2, del Código Civil, que contempla la posibilidad de contratar sobre bienes de esta clase. Sin embargo, anotamos la que fue nuestra propuesta de entonces (CASTILLO FREYRE, Mario. *El Bien Materia del Contrato de Compraventa*, páginas 446 y 447):

Artículo 1542-B.- «Si se vende un bien sujeto a litigio, se entenderá el contrato sujeto a la condición suspensiva de que finalizado el litigio, quede libre de la perturbación materia de la litis; a menos que el comprador haya asumido el riesgo de las resultas del litigio, caso en el cual el contrato se considerará aleatorio.

Si hubiese alguna duda sobre si el contrato es conmutativo o aleatorio, se aplicarán los criterios de interpretación establecidos por el artículo 1536-A».

Considerábamos que cuando se vende un bien litigioso, al igual que en los supuestos de compraventa de bienes futuros y sujetos al peligro de dejar de existir, debe tenerse como premisa que el contrato es conmutativo, dada la naturaleza de la compraventa. Por ello, para el caso de la compraventa de un bien sujeto a litigio, en virtud de nuestro artículo, considerábamos a dicho contrato como uno sujeto a la condición suspensiva de que luego de finalizado el litigio, quede el bien objeto de la prestación del vendedor libre de la perturbación materia de la litis; a menos que el comprador hubiera asumido el riesgo de las resultas del litigio, caso en el cual el contrato se consideraría aleatorio.

Al igual que lo que habíamos previsto en el numeral respectivo, remitíamos a las normas de nuestro artículo referido a los criterios a seguir para saber si un contrato de venta de bien futuro es conmutativo o aleatorio, si es que hubiesen dudas acerca de la naturaleza de un contrato de compraventa de bien litigioso.

CAPÍTULO TERCERO

El Precio

1. Requisitos

La doctrina de nuestra tradición jurídica coincide —mayoritariamente— en que son cuatro los requisitos que debe reunir el precio, a saber:

1.1. Que consista en dinero o signo que lo represente

Sobre este particular nos hemos referido en nuestro análisis del artículo 1531 del Código Civil, norma referente al precio mixto. En tal virtud, remitimos al lector a lo ahí expresado.

1.2. Que sea verdadero

Constituye el segundo requisito del precio, que sea verdadero, vale decir, que en realidad exista. Con estas palabras no nos estamos refiriendo al monto del mismo, sino a que en verdad los contratantes hayan pactado un precio, y que ese precio señalado sea el realmente convenido por ellos, vale decir, que todo precio cuya existencia real no concuerde con lo expresado en el contrato, dejará de ser un precio verdadero o real, para convertirse en uno disimulado o ficticio. Estas consideraciones nos llevarán a distinguir el tema del precio serio con respecto al precio verdadero, ya que la seriedad tiene que ver directamente con el monto del

mismo, mientras que la veracidad está en directa relación con la real existencia del precio.[1]

Precio verdadero es el realmente establecido, no siendo ficticio o disimulado. En la doctrina consultada se establecen claramente dos tendencias de opinión: una primera que admite la posibilidad de que una compraventa con precio disimulado valga como contrato de donación, siempre y cuando se anule el acto aparente y las partes hayan cumplido con las formalidades requeridas por la ley; y una segunda, absolutamente minoritaria, que no admite para ningún supuesto dicha posibilidad.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con la primera posición, que, por lo demás, es aquella que recoge el Código Civil Peruano, de cuya normatividad, podemos extraer las siguientes pautas:

(a) De acuerdo al texto original del Código Civil, si el bien es mueble y su valor no excede de treinta veces el sueldo mínimo vital mensual vigente en el momento y lugar en que se celebre el contrato, no se requerirá ninguna formalidad especial para su validez (argumento del artículo 1623). Sin embargo, el artículo 1 de la Ley N° 26189, vigente a partir del 22 de mayo de 1993, estableció que la donación de los bienes muebles puede hacerse verbalmente, cuando su valor no excede del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente al momento en que se celebre el contrato.

(b) En virtud del precepto original del Código Civil, si el bien es mueble y su valor excede de treinta sueldos mínimos vitales, hasta un máximo de ciento cincuenta sueldos mínimos vitales, el contrato deberá haberse celebrado por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad, debiéndose especificar en el instrumento los bienes que se donan (argumento del antiguo artículo 1624).
Con la reforma introducida en 1993, el artículo 1624 del Código Civil establece ahora que si el valor de los bienes muebles excede el límite del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente al momento en que se celebra el contrato, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad, debiéndose especificar y valorizar los bienes que se donan.

(c) De conformidad con lo expresado por el Código de 1984, si el bien es mueble y su valor excede los ciento cincuenta sueldos mínimos vitales, así como si es inmueble (de cualquier valor), el contrato deberá haberse celebrado por escritura pública, con indicación de los bienes donados, de su valor y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad (argumento del texto original del artículo 1625).
En virtud a las modificaciones introducidas en 1993, el artículo 1625 de este último cuerpo legal establece actualmente que la donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad.

1.3. Que sea serio

El tema es desarrollado por nosotros de manera exhaustiva en una anterior investigación,[2] razón por la cual remitimos al lector a la consulta de dicha obra.

El tercer requisito del precio para la plena validez del contrato de compraventa, es que sea serio. Esta situación nos plantea algunos problemas en lo que respecta al monto

[1] El tema es desarrollado por nosotros de manera exhaustiva en una anterior investigación (CASTILLO FREYRE, Mario. *El Precio en el Contrato de Compraventa y el Contrato de Permuta*, páginas 363 a 385), razón por la cual remitimos al lector a lo ahí mencionado.

[2] CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, páginas 363 a 385.

del precio, que será necesario analizar en detalle en las siguientes páginas, en las que veremos los supuestos de precio suficiente, irrisorio, desproporcionado, vil, justo, bajo y lesivo.

Ninguno de los Códigos Civiles consultados hace mención al precio serio, posición que es justificada por Marcadé,[3] quien sostiene lo siguiente:

> El código requiere que haya un precio, él no se toma la molestia de decir que este precio sea serio; si se le pide, es porque el buen sentido dice que la ley no se ocupa sino de las cosas serias, no se puede invocar los efectos legales de una venta sino cuando se ha seriamente vendido, como no se puede invocar los efectos legales de una permuta o de un arrendamiento sino cuando se ha seriamente permutado o seriamente arrendado. Más aún que aquí no hay nada de particular en la venta, y este contrato, como todo otro contrato, es serio todas las veces que se ha considerado como un negocio (necio o conveniente poco importa), que allí se haya estipulado de veras.

La doctrina se encarga de establecer algunos criterios acerca del precio serio, pero disentimos del parecer general asumido por ella, ya que tiende a identificar el tema de la seriedad del precio con el de su veracidad, supuestos que pensamos tienen diferentes ámbitos.[4]

Hemos establecido que dicha seriedad debe entenderse referida al monto del precio. Entonces, será o no serio en razón de la relación que guarde con el justo precio. En tal sentido, hemos definido una serie de conceptos que nos harán ver cuándo el precio reviste este requisito y cuándo no.

El precio justo, equivalente o equilibrado es el que refleja exactamente el valor del bien. Pensamos que al tratar

---

3 MARCADÉ, V. *Op. cit.*, tomo VI, página 182.

4 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, página 70; DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo VII, página 33; LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XXV, páginas 88 y 89; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 128; y WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 189 y 190.

acerca de los valores del bien materia de un contrato de compraventa, el precio justo solo es un punto en la escala de valores del precio.

Precio suficiente es un precio proporcionado, pudiendo constituir o no un precio justo. De no serlo, debe reflejar siempre, de manera bastante cercana a la justicia, una representación del valor del bien vendido.

Al no existir una precisión ni legislativa ni doctrinaria respecto de qué debe entenderse por precio proporcionado, y para evitar mayores discusiones sobre el particular, consideramos sería aquel que no supere, ni por exceso ni por defecto, en más de 1/5 del precio justo. Resulta evidente que desproporcionado será el precio que excede dicho porcentaje.

Precio bajo es el que, por defecto, no llega a ser suficiente ni tampoco lesivo.

Precio alto es aquel que, por exceso, llega a ser más que suficiente y menos que lesivo.

A pesar de no ser el de la lesión un tema privativo del contrato de compraventa, hemos considerado necesario tratar acerca del precio lesivo, entendiendo por tal a aquel que presenta una desproporción respecto del valor del bien mayor a las 2/5 partes, por exceso o por defecto. Resulta obvio que este precio se regirá por las normas relativas al Título IX de la Sección I del Libro de Fuentes de las Obligaciones del Código Civil.

Respecto del tratamiento de la lesión, este es regulado por una cantidad apreciable de Códigos Civiles. Unos lo contemplan en la Parte General de Contratos o Actos Jurídicos; y otros, en el Título referente al Contrato de Compraventa. El caso peruano se adscribe a la primera tendencia.[5]

---

5 Los siguientes Códigos Civiles consultados regulan el tema de la lesión, tanto en la parte general de actos jurídicos o contratos como en el Título del contrato de compraventa:

Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927, Proyecto de Código Civil Colombiano.

En el Derecho Peruano, la lesión presenta tres elementos constitutivos: dos de carácter subjetivo y uno de carácter objetivo.

Respecto del elemento de carácter objetivo, algunos Códigos Civiles se inclinan por establecer como porcentaje de desproporción —entre el valor de las prestaciones— el de más de 7/12; otros, más de 1/2; un Código, 1/2; otro, más de 1/4; y el Código Civil Peruano de 1984, más de 2/5; existiendo además un grupo de Códigos Civiles que no fijan un porcentaje necesario para que se considere habida la desproporción, estableciendo algunos que la desproporción (ventaja para el lesionante o perjuicio para el lesionado) tiene que ser manifiesta; o excesiva; o evidente; o injustificada.[6]

---

[6] Los siguientes Códigos consultados establecen como porcentaje necesario de desproporción entre las prestaciones para que se configure el vicio de lesión, más de los 7/12:

Código Civil Francés (artículo 1674), Código Civil Belga (artículo 1674).

Los siguientes Códigos Civiles consultados establecen como porcentaje necesario de desproporción entre las prestaciones para que se configure el vicio de lesión, más de 1/2:

Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 2067), Código Civil Chileno (artículo 1889), Código Civil Colombiano (artículo 1947), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1855), Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 394: en el caso de lesión en el contrato de compraventa), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1439), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1448), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 561, inciso II), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 687).

Debemos señalar que el Código Civil Peruano de 1852 establece dos porcentajes distintos: más de 1/2, si es el vendedor el lesionado; y más de 3/2, si es el comprador el lesionado.

Por otro lado, solo el Código Boliviano de 1831 (artículo 1086) establece como porcentaje necesario de desproporción entre las prestaciones para que se configure el vicio de lesión, el de 1/2.

El Código Civil Español establece como porcentaje de desproporción en los casos de lesión en él contemplados, el de más de 1/4.

El Código Civil Peruano de 1984, es el único de los Códigos consultados que establece como porcentaje necesario más de los 2/5.

Asimismo, existen Códigos Civiles que no establecen un porcentaje determinado para que se configure el vicio de lesión:

En lo referente a los supuestos de carácter subjetivo que configuran el vicio de lesión, aquellos se refieren a dos casos distintos y complementarios: a la acción del lesionante y a la situación del lesionado.

En lo referente a la acción del lesionante, unos Códigos hacen mención a su superioridad económica, psicológica o intelectual; otros, a la explotación del lesionante de alguna cualidad del lesionado; otros, al aprovechamiento del lesionante de alguna cualidad del lesionado; y, por último, existe un Proyecto de Código que alude al abuso del lesionante de alguna cualidad del lesionado.

Código Civil de la Provincia de Québec, Código Civil Argentino (artículo 954), Código Civil Alemán (artículo 138), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 21), Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 33), Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 22, para los contratos en general), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 17), Código Civil Chino de 1930 (artículo 74), Código Civil del Imperio de Etiopía (artículo 1710), Código Civil del Líbano (artículos 213 y 214), Proyecto de Código Civil de Francia (artículo 18), Proyecto de Código de Brasil (artículo 155), Reforma de Código Civil de Bélgica (artículo 1118), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 671).

Un grupo de Códigos Civiles hace referencia a que la desproporción, ventaja para el lesionante o perjuicio para el lesionado, tiene que ser manifiesta:

Código Civil Alemán (artículo 138, segundo párrafo), Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 33), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 561, inciso I), Proyecto de Código Civil para Francia (artículo 18), Proyecto de Código Civil del Brasil (artículo 155), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 671), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 17 —hace referencia a que la ventaja obtenida por el lesionante tiene que ser excesiva—).

Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia a que la ventaja obtenida por el lesionante tiene que ser evidente:

Código Civil Argentino (artículo 954, primer párrafo), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 21), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 17), Código Civil Chino de 1930 (artículo 74), Reforma del Código Civil de Bélgica (artículo 1118).

Los siguientes Códigos Civiles consultados hacen referencia a que la ventaja obtenida por el lesionante tiene que ser injustificada:

Código Civil Chino de 1930 (artículo 74), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 671).

En lo que respecta a la situación del lesionado, la diversidad de criterios es igualmente amplia. Unos Códigos apuntan hacia el estado de necesidad o a la necesidad extrema o apremiante del lesionado; otros hacen referencia a la miseria extrema del lesionado; un tercer sector alude a la penuria económica del lesionado; un cuarto, a su ligereza; un quinto a su inexperiencia; otro a su ignorancia; y, por último, un Código hace referencia a la senilidad del lesionado.[7]

---

[7] El Código que hace referencia a una superioridad económica, psicológica o intelectual es el Proyecto de Reforma del Código Civil de Bélgica (artículo 1118).

Existen Códigos Civiles que hacen referencia a la explotación del lesionante de alguna cualidad del lesionado:

Código Civil Argentino (artículo 954, primer y segundo párrafos), Código Civil Alemán (artículo 138, segundo párrafo), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 21), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 17), Código Civil del Imperio de Etiopía (artículo 1710, inciso 2), Código Civil del Líbano (artículo 214, inciso 2), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 561, inciso I), Proyecto de Código Civil de Francia (artículo 18), Reforma del Código Civil de Bélgica (artículo 1118), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 671).

Existen otros Códigos Civiles que hacen referencia al aprovechamiento del lesionante de alguna cualidad del lesionado:

Código Civil Chino de 1930 (artículo 74), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1448, primer párrafo), Código Civil Peruano de 1984 (artículos 1447 y 1448).

El Proyecto del Código Civil de Bélgica (artículo 1118, primer párrafo), hace referencia al abuso del lesionante de alguna cualidad del lesionado.

Existen Códigos que hacen referencia al estado de necesidad o a la necesidad extrema o apremiante del lesionado:

Código Civil Argentino (artículo 954, segundo párrafo), Código Civil Alemán (artículo 138, segundo párrafo), Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 33), Código Civil Chino de 1930 (artículo 74), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1448, primer párrafo), Código Civil del Líbano (artículo 214, inciso 2), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 561, inciso I), Código Civil Peruano de 1984 (artículos 1447 y 1448), Proyecto de Código Civil del Brasil (artículo 155), Reforma del Código Civil de Bélgica (artículo 1118), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 671).

El Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 17) hace referencia a la miseria extrema del lesionado.

Por otro lado, existen Códigos Civiles que hacen referencia a la penuria económica del lesionado:

Se presume la existencia de la lesión, admitiéndose prueba en contrario, cuando la desproporción entre el valor de las prestaciones fuere igual o superior a los 2/3.

Consideramos que debe tomarse como momento de apreciación de la desproporción entre las prestaciones aquel de la celebración del contrato (por tratarse de un vicio de origen). Sin embargo, compartiendo el criterio plasmado en el artículo 954, cuarto párrafo, del Código Civil Argentino, pensamos que dicha desproporción deberá subsistir al momento de la ejecución de las prestaciones.

Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 21, primer párrafo), Código Civil del Imperio de Etiopía (artículo 1710, inciso 2), Proyecto de Código Civil de Francia (artículo 18).

Asimismo, existen Códigos Civiles que hacen referencia a la ligereza del lesionado:

Código Civil Argentino (artículo 954), Código Civil Alemán (artículo 138, segundo párrafo), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 21, primer párrafo), Código Civil de 1930 (artículo 74), Código Civil del Líbano (artículo 214, inciso 21), Reforma del Código Civil de Bélgica (artículo 1118, primer párrafo), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 671, primer párrafo).

Por otro lado, existen Códigos Civiles que hacen referencia a la inexperiencia del lesionado:

Código Civil Argentino (artículo 954, segundo párrafo), Código Civil Alemán (artículo 138, segundo párrafo), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 21, primer párrafo), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 17, primer párrafo), Código Civil Chino de 1930 (artículo 74, primer párrafo), Código Civil del Imperio de Etiopía (artículo 1719, inciso 2: hace referencia a la inexperiencia en los negocios), Código Civil del Líbano (artículo 214, inciso 2), Proyecto de Código Civil para Francia (artículo 18), Proyecto de Código Civil de Brasil (artículo 155, primer párrafo), Reforma del Código Civil de Bélgica (artículo 1118, primer párrafo).

También existen Códigos Civiles que hacen referencia a la ignorancia del lesionado:

Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 17, primer párrafo), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 561, inciso 1).

El Código Civil del Imperio de Etiopía (artículo 1710, inciso 2), hace referencia a la simplicidad de espíritu del lesionado.

Finalmente, hace referencia también a la senilidad del lesionado, el Código Civil del Imperio de Etiopía (artículo 1710, inciso 2).

Creemos que la acción de rescisión del contrato por existencia del vicio de lesión resulta alternativa a aquella que está dirigida al reajuste del precio fijado para la prestación.

En tal sentido, debemos señalar que la legislación consultada asume tres posiciones: una primera que sostiene que el comprador deberá devolver el bien o retenerlo, ejecutando de inmediato lo que reclama el demandado en exceso o defecto; una segunda que establece que el comprador deberá devolver el bien o completar el justo precio con deducción o aumento de un décimo; y una tercera que prescribe en el sentido que la acción de nulidad se convierte en de reajuste por acceder el demandado a completar o restituir el valor solicitado.

En criterio compartido unánimemente por la doctrina consultada y de manera expresa por un importante sector de la legislación, en el Perú la acción por lesión es irrenunciable.

En lo que respecta al plazo de caducidad de la acción por lesión, los Códigos Civiles consultados asumen tendencias distintas: unos sostienen que será de seis meses; otros de un año; otro grupo, de dos años; un cuarto sector, de cuatro años; y el Código Civil Argentino, de cinco años; mientras que existe un grupo reducido de Códigos que no establece plazo alguno. El Código Civil Peruano de 1984 presenta una peculiar posición, ya que contempla dos plazos de caducidad: a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pero en todo caso, a los dos años de la celebración del contrato (artículo 1454).[8]

---

[8] Existe un Código Civil que sigue la tendencia del plazo de seis meses: se trata del Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1440).

Hay Códigos Civiles que se adhieren a la tendencia de un año:

Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 21), Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 22: para los contratos en general), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 17), Código Civil Chino de 1930 (artículo 74).

Por otro lado, tenemos un grupo de Códigos Civiles que señala como plazo, dos años:

La acción por lesión resulta improcedente en dos supuestos: cuando haya habido transacción; y en las ventas hechas por remate público. Este último criterio es compartido por un apreciable grupo de Códigos Civiles.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1456 del Código Civil Peruano, el lesionado no podrá interponer la acción por lesión si es que el ex copropietario hubiese enajenado bienes por más de la mitad del valor en que le fueron adjudicados.

El supuesto de excesiva onerosidad de la prestación es susceptible de plantearse en lo que respecta al precio del contrato de compraventa, siempre y cuando estemos frente a una compraventa cuyo pago del precio hubiese sido pactado a plazos o diferido por cualquier razón.

La doctrina se pronuncia señalando que debe entenderse por vil al precio excesivamente desproporcionado. Sin embargo, el no establecer parámetros objetivos para tal efecto, causa algunos problemas. En tal sentido, proponemos una definición (solo teórica) del mismo que aclare conceptos.

Código Civil Francés (artículo 1676), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1088), Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1561), Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 396: para el contrato de compraventa en particular).

Puede mencionarse también a otro grupo de Códigos que señala un plazo de cuatro años:

Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 2074), Código Civil Chileno (artículo 1896), Código Civil Colombiano (artículo 1954), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1863), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 695).

El Código Civil Argentino (artículo 954, cuarto párrafo) dispone un plazo de cinco años.

Finalmente, tenemos los Códigos Civiles que no establecen plazo alguno:

Código Civil de la Provincia de Québec, Código Civil Alemán, Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922, Código Civil del Imperio de Etiopía, Código Civil Italiano de 1942, Código Civil del Líbano, Código Civil Boliviano de 1976, Proyecto de Código Civil del Brasil, Reforma del Código Civil de Bélgica, Código Civil Paraguayo de 1987.

Así, creemos que precio vil es aquel que presenta, por defecto, una desproporción mayor del 1,000% con el valor del bien.

Similar situación de indefinición que aquella que se presenta con el precio vil se da en lo referente al precio usurario. Es así, que por las mismas consideraciones efectuadas en el párrafo anterior, buscamos precisar conceptos. En tal sentido, precio usurario sería aquel que presente, por exceso, una desproporción mayor del 1,000% con el valor del bien.

Debemos reiterar que los porcentajes anotados para efectos de nuestra exposición de los precios vil y usurario son enteramente arbitrarios y —obviamente— reconocemos la posibilidad de sostener la conveniencia de creer en cifras distintas, o, simplemente, de no considerar ninguna en especial.

Estimamos que precio irrisorio es el excesivamente vil.

Para concluir con las precisiones referentes al tema de la seriedad del precio, queremos definir al precio serio como aquel que no llega a ser lesivo (evidentemente por ninguno de los dos extremos).

1.4. Que sea cierto

1.4.1. Delimitación conceptual

El tema de la certidumbre del precio resulta de gran importancia dentro de la problemática que estamos analizando.

La certidumbre en el precio puede, a nuestro entender, estar referida a varios elementos, pero fundamentalmente, a aquel consistente en que (al momento de la celebración del contrato) el señalamiento del monto del mismo no dependa de la voluntad de solo uno de los contratantes, vale decir, que se trate de un precio determinado o determinable al momento de la celebración del contrato.

En tal sentido, vamos a comenzar el tratamiento de este tema abordando el relativo a la propia denominación

de «precio cierto», para luego tratar acerca de las posibilidades del mismo, vale decir, los supuestos de precio determinado y precio determinable.

El Código Civil Peruano no hace referencia a la necesidad de que el precio sea cierto, al igual que la mayoría de cuerpos legislativos consultados. Sin embargo, existe un conjunto de Códigos Civiles que sí hacen mención a la certidumbre en el precio.[9]

Son numerosos los autores que hacen referencia a la necesidad de que el precio del contrato de compraventa sea cierto, en el sentido de que esté determinado o sea absolutamente determinable, sin que exista un nuevo acuerdo de las partes.[10]

Tal como será analizado por nosotros a lo largo de este trabajo, y compartiendo el criterio adoptado por la doctrina

---

[9] Los siguientes son los Códigos Civiles que hacen referencia a la necesidad de que el precio a pagar sea cierto:

Código Civil Argentino (artículos 1323, 1349 y 1353), Código Civil Español (artículos 1445, 1447, 1448), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículos 2530, 2537 y 2538), Código Civil Hondureño de 1906 (artículos 1605, 1607 y 1608 —en dos oportunidades—), Código Civil Brasileño (artículo 1122), Código Civil Panameño de 1917 (artículos 1215, 1217 y 1218 —en dos oportunidades—), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2101), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículos 1334, 1336 y 1337 —en dos oportunidades—), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículos 902 y 922), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia elaborado por Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043 —en dos oportunidades—), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 481), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 754).

[10] En este sentido, puede apreciarse el parecer de POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, tomo I, páginas 17 y 18; DURANTON. *Op. cit.*, tomo VII, página 49; SANOJO, Luis. *Op. cit.*, tomo III, página 274; FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Op. cit.*, tomo II, página 257; FALCÓN, Modesto. *Op. cit.*, tomo IV, página 202; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. cit.*, tomo IV, página 558; LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo II, página 65; REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, página 156; BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, página 238; ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 21; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 266; SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen IV, páginas 116 y 117; y BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, página 197.

consultada, consideramos indispensable que un contrato de compraventa tenga un precio determinado (por voluntad de las partes o por existir un precio legal) o determinable. De no existir un precio que revista alguna de estas dos características, el contrato será nulo (hecha la salvedad del supuesto en el cual, no habiendo fijado las partes el precio, deba entenderse regir el habitual de venta del vendedor).

Dentro de los supuestos de precio determinable que analizaremos posteriormente, se encuentran: el de la determinación del precio dejada a tercera persona; el precio determinable dejado al común de mercado, plaza o Bolsa; la venta por el precio que otro ofrezca por el bien; la venta por el precio que tenga otro bien cierto; la venta por el precio de costo del bien; la venta por el precio de adquisición del bien por el vendedor; la venta por precio equivalente a la cantidad de dinero que haya en un lugar determinado; la venta por el precio equivalente a lo que vale el bien que se vende; la venta por el precio equivalente a aquel en el cual otra persona venda un bien; la venta por el precio dejado al resultado de algún número de lotería; la venta por precio dejado al monto en el cual el vendedor vende en un día determinado; la venta por el precio que resulte de posterior tasación del bien; la venta por precio dejado al resultado de una subasta pública; la venta por precio dejado a los índices de reajuste automático que fija el Banco Central de Reserva del Perú.

Por último, también analizaremos la venta dejada al justo precio, punto sobre el cual se discute su validez.

1.4.1.1. Precio determinado

El contrato es definido por el Código Civil Peruano, en su artículo 1351, como «el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial», lo que equivale a decir que para que exista contrato, tiene que haber consentimiento de las partes, y

que este consentimiento debe versar acerca de la totalidad de aquello sobre lo que se busca contratar. Así lo establece el artículo 1359, al expresar que «no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria».

Este último principio equivale a decir que en cualquier contrato, mientras las partes no se hubiesen puesto de acuerdo en todos y cada uno de sus elementos, simplemente, no habrá contrato, ya que no se contará con el presupuesto fundamental del mismo: el consentimiento.

En el caso del contrato de compraventa, dada la definición que le es otorgada en el artículo 1529 del Código Civil Peruano, resulta claro que sus dos elementos esenciales —especiales—, vale decir, los objetos de las principales prestaciones del comprador y vendedor son, respectivamente: el precio a pagar y el bien cuya propiedad se va a transferir. De ahí que, en el caso del precio, nunca estaríamos frente a un caso dudoso, vale decir, ante un supuesto en el cual, por ser el elemento sobre el cual no hubiese acuerdo, uno de carácter secundario, nos preguntásemos si habría o no contrato.

La posición adoptada por el Código Civil Peruano, como señala De la Puente[11] constituye «un tema que ha dividido la legislación, la doctrina y la jurisprudencia mundiales, cual es el contenido que debe tener el acuerdo de declaraciones de voluntad para llegar a ser contrato».

El propio De la Puente,[12] sostiene que en el caso del contrato de compraventa, la situación es clara respecto de sus elementos esenciales, cuando expresa que «No obstante que es bastante difícil establecer, como regla general, cuáles sean los elementos esenciales de cada contrato, la labor se

[11] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General,* primera parte, tomo I, página 391.

[12] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General,* primera parte, tomo I, página 392.

facilita tratándose de los contratos que tienen definición legislativa, como ocurre en los contratos típicos considerados por el Código Civil peruano, o definición doctrinal o jurisprudencial, en el caso de los contratos típicos sociales. Así, por ejemplo, dado que el artículo 1529 del Código Civil define la compraventa como el contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar el precio en dinero, serían elementos esenciales de este contrato el bien y el precio».

De todo lo antes expuesto podemos concluir en que, teniendo las disposiciones legales citadas, existe la necesidad de que, al ser el precio uno de los elementos esenciales-especiales del contrato de compraventa, para que se considere celebrado un contrato de esta naturaleza, será necesario, en principio (y luego diremos por qué), que ambas partes contratantes determinen el precio al momento de la celebración de dicho contrato.

Esto nos lleva al tema del precio determinado o, como dicen algunos, a la determinación como uno de los requisitos esenciales que debe reunir el precio en este contrato.

El Código Civil Peruano, siguiendo una tradición del proceso codificador nacional, no incluye una norma específica que establezca la necesidad de que el precio esté determinado para poder celebrar un contrato de compraventa. En sentido inverso a estos Códigos, se pronuncia un buen número de Códigos Civiles extranjeros, los que sí hacen mención expresa a la necesidad de que el precio esté determinado por las partes.[13]

[13] Los siguientes Códigos Civiles tratan acerca de la necesidad de que el precio esté determinado por las partes, como principio fundamental de fijación del precio:

Código Civil Francés (artículo 1591), Código Civil Belga (artículo 1591), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1012), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1979), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1597), Código Civil Chileno (artículo 1808), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1612), Código Civil Uruguayo (artículo

A pesar de no ser el requisito de la determinación del precio uno mencionado en la totalidad de Códigos Civiles y Proyectos consultados, sí existe unanimidad en doctrina sobre este tema, ya que es innumerable la cantidad de autores que se manifiestan por tal requisito como imperativo.[14]

1.4.1.2. Precio determinable

Si bien es cierto que será necesario que las partes contratantes determinen el precio de la compraventa, esta determinación, puede también revestir un carácter más flexible, vale decir, que ellas, a pesar de no haberlo fijado, hayan establecido los requisitos necesarios para su posterior determinación. Esto es lo que la doctrina conoce como precio determinable.

1666), Código Civil Colombiano (artículo 1864), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1774), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1056), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 670), Proyecto Franco Italiano de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 329), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 297), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 922), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1479), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 611), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 754), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 634).

[14] En este sentido podemos apreciar las expresiones de MARCADÉ, V. *Op. cit.*, tomo VI, página 179; AUBRY, C. y RAU, C. *Op. cit.*, tomo IV, página 337; SANOJO, Luis. *Op. cit*, tomo III, página 273; LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XXV, páginas 79 a 81; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, página 339; PLANIOL, Marcel. *Op. cit*, tomo II, página 468; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Op. cit.*, tomo II, páginas 366 y 367; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, tomo IV, página 375; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, tomo II, página 444; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, páginas 140 y 141; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, páginas 16 y 17; BARBERO, Domenico. *Op. cit.*, tomo IV, páginas 16 y 17; REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, páginas 156 y 157; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, tomo I, páginas 74, 75 y 78; MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo V, página 65; y WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 268 y 269.

De los Códigos Civiles y Proyectos consultados, hemos hallado un pequeño grupo de los mismos que hace referencia expresa a la posibilidad de que el precio sea determinable, siempre y cuando se señalen los elementos necesarios para su posterior determinación.[15]

Sobre este particular se expresan los Mazeaud[16] y Boissonade.[17]

Consideramos que el requisito de la determinación del precio es, sin lugar a dudas, uno de los fundamentos de la existencia misma del contrato de compraventa, razón por la cual de no contar con la presencia de este elemento, simplemente no estaríamos frente a una compraventa; es más, ni siquiera estaríamos frente a un contrato, pues no se habría producido el consentimiento de las partes sobre todos los elementos del contrato celebrado.

Pero para que exista la certidumbre en el precio, no resulta necesario que las partes se hayan puesto de acuerdo sobre el monto del mismo, sino que bastará que ellas hayan acordado su posterior forma de determinación, sin necesidad de intervención de los propios contratantes, ya que de haber esta necesidad, no se consideraría que se ha producido un acuerdo integral sobre el acto a celebrar. Este es el supuesto del precio determinable, que puede revestir múltiples formas, tal como veremos más adelante en este trabajo.

---

[15] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia a que para que el precio se considere determinado, basta con señalar los elementos necesarios para su posterior determinación:

Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1979, segundo párrafo), Código Civil Chileno (artículo 1808, segundo párrafo), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1612, segundo párrafo), Código Civil Colombiano (artículo 1864, segundo párrafo), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1774, segundo párrafo), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1056), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 670, primer párrafo).

[16] MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, páginas 141 y 142.

[17] BOISSONADE, G. *Op. cit.*, tomo III, página 211.

Dos de ellas son: la determinación del precio por un tercero y el dejar el señalamiento del mismo referido al valor de ciertos índices.

Sin embargo, adelantándonos al punto, debemos señalar que consideramos que cuando por las más diversas circunstancias no ocurriese o no se pudiera dar esta determinación futura del precio, simplemente al acto o contrato le faltaría uno de sus elementos esenciales para ser tal, vale decir, tendrá las consecuencias de como si nunca se hubiese celebrado, ya que no será capaz de surtir efecto alguno.

PRECIO DEJADO A LA DETERMINACIÓN EXCLUSIVA DE UNA DE LAS PARTES

Artículo 1543.- «La compraventa es nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes».

Fuentes nacionales del artículo 1543

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836. En cambio, el tema sí es abordado por el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, en el artículo 1011: «El precio de la venta debe determinarse y designarse por las partes. Sin embargo, puede dejarse al arbitrio de un tercero, y si éste no quiere o no puede hacer la estimación, no hai venta»; por el Código Civil de 1852, artículo 1311: «No hay venta de cosas alternativas, si no se fija el precio común ó el de cada una de ellas, y si no se deja la elección á uno solo de los contratantes». El Proyecto de Código Civil de 1890 no trató el tema.

Por su parte, la materia no registra antecedentes en Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea de 1925; así como tampoco en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936; y el Código Civil de 1936.

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el tema fue abordado por el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, en su artículo 17: «Es nula la compraventa cuando la determinación del precio se deja al solo arbitrio de una de las partes»; por el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, artículo 1573: «Es nula la compraventa cuando la determinación del precio se deja al solo arbitrio de una de las partes»; y por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1506: «La compraventa es nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes».

Análisis

Si bien el precio puede llegar a convenirse en calidad de determinable, la determinación del mismo *nunca puede* encontrarse librada a la mera voluntad de una de las partes contratantes.

Este principio ha sido recogido por el Código nacional en el artículo 1543, bajo comentario, cuando sanciona con nulidad a un acto de estas características.

Debemos señalar además que resulta unánime el parecer de la doctrina consultada.[1]

---

[1] En tal sentido: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, página 213; POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, tomo I, página 20; TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 202; VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Op. cit.*, tomo III, página 322; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, tomo IV, página 375; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, tomo IV, página 79; y BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, página 256.

Sobre este tema se ha vuelto a manifestar el doctor Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*, páginas 101 y 102), expresando las siguientes consideraciones:

«Este artículo obedece al mismo principio que informa el artículo 172 del Código Civil, según el cual es nulo el acto jurídico cuyos efectos están

El principio recogido por el artículo 1543 del Código Peruano y por el artículo 1355 del Código Civil Argentino, registra múltiples antecedentes en la legislación extranjera, los que también sancionan con nulidad a un pacto de esta naturaleza.[2]

---

subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

WAYAR sostiene que la nulidad se justifica plenamente porque, en este caso, la obligación de una de las partes estaría sujeta a una condición *potestativa*. En efecto, si es el vendedor quien, a su arbitrio, fije el precio, la obligación del comprador de pagarlo dependerá exclusivamente de su acreedor, a la inversa, si es el propio comprador quien fija el precio, no cabe duda que tal obligación depende de su sola voluntad.

Como dice MANRESA, la razón del precepto es obvia y no necesita explicación, pues desde el momento en que la fijación del precio queda al arbitrio de uno de los contratantes, no se puede estimar que el otro ha consentido en él, ya que no es posible consentir en aquello que no nos es previamente conocido. Sin embargo, agrega, si señalado el precio arbitrariamente por una sola de las partes, por haberse reservado esta facultad, la otra lo acepta y con él se conforma, entonces estamos fuera de lo que la ley prohíbe, y existiendo verdadero consentimiento acerca del precio y suponiendo que también lo haya respecto de la cosa, tendremos una verdadera compraventa.

No llego a convenir con esta posición de MANRESA, que es compartida, entre otros, por BADENES y RUBINO, desde que el artículo 1543 del Código Civil peruano sanciona con nulidad originaria el dejar la determinación del precio al arbitrio de una de las partes, por lo cual no existe contrato de compraventa. La posterior conformidad de la otra parte al precio unilateralmente fijado podrá dar lugar a la celebración de un nuevo contrato de compraventa pero no convalidar el que ha nacido nulo.

Obsérvese que no es el caso de aplicación del artículo 1360 del Código Civil, según el cual es válido el contrato cuando las partes han resuelto reservar alguna estipulación, siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha, pues en el caso de dejar la determinación del precio al arbitrio de una de las partes no hay ninguna reserva, pues se conviene desde el momento del acuerdo de voluntades que el precio lo fijará una de las partes, y este solo convenio determina la nulidad del contrato».

[2] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia a que la determinación del precio nunca puede ser dejada a una de las partes contratantes:

Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1981, segundo párrafo), Código Civil Chileno (artículo 1809, segundo párrafo), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1613), Código Civil Uruguayo (artículo 1666), Código Civil Argentino (artículo 1355), Código Civil Colombiano (artículo

La excepción está constituida por el Código Civil Alemán, el cual en su numeral 315 señala que «Si la prestación debe ser determinada por uno de los que concluyen el contrato, en la duda ha de entenderse que la determinación ha de realizarse según juicio equitativo. La determinación se realiza por declaración frente a la otra parte. Si la determinación debe realizarse según juicio equitativo, la determinación efectuada solo es obligatoria para la otra parte si es conforme a la equidad. Si no es conforme a la equidad, la determinación se efectúa por sentencia; lo mismo vale si la determinación es demorada». y por el Código de las Obligaciones de Polonia de 1935, el cual sí admite que el precio sea dejado al arbitrio de uno de los contratantes, pero en caso de ser contestado (impugnado), el juez lo determinará (artículo 297).

Más allá de todo lo expuesto hasta este punto, estimamos conveniente esbozar un planteamiento distinto frente a aquellos que plantean la nulidad de un contrato de estas características.

Nos referimos a aquella posición que —dada la frecuencia en la que se celebra el acto—, intente salvar su nulidad, entendiendo que todavía no se ha celebrado el contrato, cuando una de las partes usualmente entrega a la otra el bien y le manifiesta su intención de vendérselo al precio que señale la parte que lo recibe. En este supuesto podríamos entender que nos encontramos ante una invitación a ofre-

---

1865), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1775, segundo párrafo), Código Civil Español (artículo 1448, segundo párrafo), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2539), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1609), Código Civil Brasileño (artículo 1129), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1219), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2108), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1338), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 925), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043, quinto párrafo), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1543), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 489).

cer, considerando oferente al eventual futuro comprador (cuando este formule su oferta de compra) y destinatario de la oferta al proponente (eventual futuro vendedor), cuando recibe dicha oferta.

Dentro de tal orden de ideas, solo habría contrato en la medida que quien desea vender el bien acepte el precio propuesto por quien desea comprarlo. De esta forma, podríamos encontrar una salida a la nulidad planteada por el artículo 1543 del Código Civil Peruano, entendiendo, naturalmente, que las partes han procedido en el sentido expuesto.

Sin embargo, resulta evidente que si las partes hubiesen entendido que ya han celebrado el contrato de compraventa, habiéndose dejado la determinación del precio al arbitrio exclusivo de una de las partes, el contrato sería nulo.

Sobre el artículo bajo análisis, hemos hallado una Ejecutoria Suprema de fecha 3 de junio de 1997,[3] cuyo texto explica que: «Si bien es obligación esencial del vendedor perfecionar la transferencia de la propiedad del bien, no se puede requerir el cumplimiento de dicha obligación, si las partes no han determinado el precio que debería pagar el vendedor».

[3] LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia actual,* tomo I, página 209.

DETERMINACIÓN DEL PRECIO DEJADA A LA DECISIÓN DE TERCERA PERSONA

Artículo 1544.- «Es válida la compraventa cuando se confía la determinación del precio a un tercero designado en el contrato o a designarse posteriormente, siendo de aplicación las reglas establecidas en los artículos 1407 y 1408».

Fuentes nacionales del artículo 1544

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.

En cambio, el tema sí es regulado por el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, en el artículo 1011: «El precio de la venta debe determinarse y designarse por las partes. Sin embargo, puede dejarse al arbitrio de un tercero, y si éste no quiere o no puede hacer la estimación, no hai venta»; y el Código Civil de 1852, en su artículo 1318: «Es válida la venta aunque no se haya convenido en el precio, si en el contrato se nombra una tercera persona que lo determine; pero si el nombrado no puede ó no quiere determinarlo, caduca la venta».

El Proyecto de Código Civil de 1890 abordó dicha materia en los artículos 1678: «El precio es cierto, cuando las partes lo fijan en una suma determinada; cuando dejándose la designación al arbitrio de un tercero nombrado por los

contratantes éste lo fija; cuando se refiere al de otra cosa conocida por las partes, ó cuando se conviene en que sea el que la cosa tenga en lugar y tiempo determinados.— Cuando la persona designada para fijar el precio, no puede ó por cualquiera otra causa, no llega á determinarlo, á instancia de parte lo fija el juez del lugar donde está la cosa vendida, por sí solo ó con el auxilio de peritos, si son necesarios en su concepto». y 1679: «Cuando la persona designada conforme al artículo anterior señala el precio de la cosa vendida, ese precio es invariable; y los efectos del contrato se retrotraen á la fecha en que se celebró».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea de 1925, abordaba el tema en el artículo 1318: «Es válida la venta aunque no se haya convenido en el precio, si en el contrato se nombra una tercera persona que lo determine; pero si el nombrado no puede ó no quiere determinarlo, caduca la venta»; en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por la Comisión Reformadora de 1926, lo hacía en el numeral 376: «Es válida la venta aunque no se haya convenido en el precio, si en el contrato se nombra una tercera persona que lo determine; pero si el nombrado no puede o no quiere determinarlo, caduca la venta»; el Proyecto de Código Civil Peruano de 1936, abordaba la materia en el artículo 1376: «Es válida la venta aunque no se hubiese convenido el precio, si en el contrato se designa una tercera persona que lo determine; pero si el nombrado no puede, o no quiere determinarlo, caduca la venta»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1387: «Es válida la venta aunque no se hubiese convenido el precio, si en el contrato se designa una tercera persona que lo determine; pero si el nombrado no puede, o no quiere determinarlo, caduca la venta».

Ya dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, trató sobre el particular en el artículo 18: «Es válida

la compraventa cuando se confía la determinación del precio a un tercero designado en el contrato o a designarse posteriormente, siendo de aplicación las reglas establecidas en los artículos [...] y [...]»; en tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1574: «Es válida la compraventa cuando se confía la determinación del precio a un tercero designado en el contrato o a designarse posteriormente, siendo de aplicación las reglas establecidas en los artículos 1424 y 1425»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 1507: «Es válida la compraventa cuando se confía la determinación del precio a un tercero designado en el contrato o a designarse posteriormente, siendo de aplicación las reglas establecidas en los artículos 1372 y 1373».

Análisis

1. Historia

Según Troplong, el criterio predominante al respecto en el Derecho Romano, era el que se inclinaba por la nulidad de un contrato de estas características.[1]

Sin embargo, esta opinión no es del todo compartida por Badenes Gasset, quien, admitiendo las diferencias iniciales acerca del problema en Roma, concluye en que a través de una decisión de Justiniano, quedó imperante el criterio de la validez.[2]

El Código Civil Peruano contempla de manera expresa que la determinación del precio puede ser dejada a un tercero. Tal planteamiento lo efectúa en su artículo 1544.

En tal sentido, el Código Peruano se adscribe a una corriente legislativa mayoritaria dentro de nuestra tradición

---

1 TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, páginas 205 y 206.
2 BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, páginas 240 y 241.

jurídica, por la cual se contempla de manera expresa la posibilidad de que la determinación del precio en el contrato de compraventa sea hecha por un tercero.[3]

Sin embargo, existe un reducido número de Códigos Civiles que no hacen referencia alguna sobre el tema.[4]

La doctrina, consecuente con la tendencia mayoritaria de la legislación, asume la posibilidad de que la determinación del precio sea dejada a tercera persona, es decir, a una persona distinta de las partes contratantes.[5]

Por nuestra parte, estamos completamente de acuerdo con la posibilidad de que la determinación del precio en un contrato de compraventa, sea dejada a la decisión de una tercera persona (es decir, a alguien distinto del comprador y del vendedor). Este supuesto constituye uno de precio determinable, vale decir, uno en el cual ambos contratantes, a pesar de no haber establecido con exactitud el monto del precio, han previsto ciertas reglas para su posterior determinación. En este caso, a través de la elección de un tercero que proceda a efectuarla.

2. Naturaleza jurídica del tercero designado por las partes para la determinación del precio

2.1. Posiciones de la doctrina

Respecto de este punto hay diversos criterios interpretativos. No podemos decir que a lo largo de la historia del Derecho haya habido un criterio mayoritario, pero a pesar de ello, tampoco deja de ser cierto que sí existe en la actualidad uno prevaleciente.

Dentro de tal orden de ideas, debemos mencionar que hemos advertido —básicamente— cuatro grandes grupos de opinión. El primero, en el sentido de que se trata de un árbitro, el segundo, en el sentido de que se trata de un perito, un tercero que se manifiesta porque no se trata ni de uno ni de otro, sino de un mandatario, y, por último, uno que sostiene que se trata de un arbitrador y no de un árbitro.

En adelante, el desarrollo de esas posiciones:

---

[3] Los siguientes Códigos Civiles hacen expresa referencia a que la determinación del precio puede ser dejada a la decisión de un tercero:

Código Civil Francés (artículo 1592), Código Civil Belga (artículo 1592), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1112), Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1981), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1598), Código Civil Chileno (artículo 1809), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1613), Código Civil Uruguayo (artículo 1667), Código Civil Argentino (artículo 1349), Código Civil Colombiano (artículo 1865), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1389, segundo párrafo), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1775), Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1057), Código Civil Español (artículo 1447, primer párrafo), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2537), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1607), Código Civil Brasileño (artículo 1123, Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1217), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos (artículo 329, segundo párrafo), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2105), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1336), Código de las Obligaciones de Polonia (artículo 297), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 922), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1479, segundo párrafo), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1473), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1796), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 612), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 485), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 635), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1329).

[4] Los siguientes Códigos Civiles no hacen referencia alguna a la posibilidad de que el precio del contrato de compraventa sea designado por un tercero que las partes escojan:

Proyecto Boissonade de 1890, Código Civil Alemán, Código de las Obligaciones de Suiza, Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922, Código Civil Chino de 1930, Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Angel Ossorio y Gallardo de 1943, Código Civil Portugués de 1967, Código Civil Paraguayo de 1987, Código Civil de la Provincia de Québec.

[5] En tal sentido pueden apreciarse las opiniones de TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, páginas 205 y 206; SANOJO, Luis. *Op. cit.*, tomo III, página 273; BOISSONADE, G. *Op. cit.*, tomo III, página 212; y LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, página 75.

2.1.1. El tercero es un árbitro

Una primera tendencia se manifiesta en el sentido de que el tercero es un árbitro.[6]

2.1.2. El tercero es un perito

Existe un grupo de autores que sostienen que la naturaleza jurídica del tercero es la de un perito.[7]

2.1.3. El tercero es un árbitro o un perito

Existe un grupo de autores que, ante problema de tan difícil solución, no optan por una u otra tendencia, sino que más bien se dedican a calificar a dicho tercero como árbitro y perito, indistintamente, o, en otros casos, a anotar los inconvenientes y ventajas que plantea cada una de estas opciones.[8]

2.1.4. El tercero es un mandatario

Una cuarta tendencia de opinión expresa que el tercero tiene carácter de mandatario. Esta corriente de pensamiento congrega a la mayoria de los autores consultados.[9]

---

[6] Así, pueden apreciarse las opiniones de DURANTON. *Op. cit.*, tomo VII, página 50; LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XXV, página 81; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. cit.*, tomo IV, página 558; VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Op. cit.*, tomo III, página 321; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 31; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, página 143; y BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, página 242.

[7] Se enmarcan en esta línea de pensamiento: POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, tomo I, páginas 18 y 19; y AUBRY, C. y RAU, C. *Op. cit.*, tomo IV, página 337.

[8] En este sentido, pueden consultarse los pareceres de: LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XXV, páginas 85 y 86; y JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 13.

[9] Así piensan: BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 133 y 134; HUC, Théophile. *Op. cit.*, tomo X, pági-

2.1.5. El tercero es un árbitro, perito o mandatario

La expresión más clara de la duda acerca de cuál posición asumir respecto de este tema, la encontramos en Planiol. Este autor, en su Tratado de Derecho Civil escrito junto con Georges Ripert, se adscribe a la tendencia de considerar al tercero como un mandatario, pero anteriormente[10] era evidente que dudaba entre las tres posiciones. Prueba de ello es la siguiente cita:

> Naturaleza de la misión confiada al tercero.— Se ha dudado durante mucho tiempo entre el *arbitraje* y el *peritaje*. Pero el *arbitraje* supone un litigio sobre derechos ya nacidos, y no una discusión sobre una convención a hacer; aun más, el *árbitro* está obligado a seguir ciertas reglas de procedimiento que no son necesarias aquí. De su parte, el *perito* no es llamado sino para dar un informe que las partes no estarán obligadas a seguir, mientras que la fijación del precio será obligatoria para ellas. También diversas sentencias tendían a ver en este caso una convención mixta que no sería ni un puro *peritaje* ni un *arbitraje* ordinario (...). Sentencias más recientes tratan esta función como un *mandato* (...) que representa todavía alguna dificultad, pues el rol del *mandatario* es un simple poder de representación, y él trata de tener una voluntad independiente de aquella de las partes.

2.1.6. El tercero es un arbitrador

Una moderna posición doctrinaria anota que el tercero es un arbitrador.[11]

---

nas 58 y 59; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, páginas 31 y 32; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Op. cit.*, tomo II, página 367; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, página 144; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, páginas 17 y 18; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 277 a 279; BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, página 198; y VALENCIA ZEA, Arturo. *Op. cit.*, tomo IV, página 53.

[10] PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, páginas 169 y 170.

[11] Esta posición es sostenida en la doctrina argentina, entre otros, por

En el Perú se adhiere a la misma el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle,[12] quien señala lo siguiente:

> En estas condiciones, el tercero no actúa como árbitro, en el sentido que él no decide un litigio entre las partes, sencillamente porque este litigio no existe, sino que se limita a completar la relación contractual.
>
> Sin embargo, no puede desconocerse que en el caso del artículo 1407 del Código Civil, se confía al arbitrio del tercero la determinación de uno de los elementos del contrato.
>
> Esto ha llevado, como dice Diez Picazo, a un problema terminológico que desde antiguo ha sido resuelto distinguiendo entre el árbitro y el arbitrador, correspondiendo al primero llevar a cabo un arbitraje y al segundo una operación de arbitrio, o sea ejercitando su facultad de decisión. La doctrina actual acepta esta distinción, utilizando al nombre de 'arbitrador' para designar a la persona a cuyo arbitrio se someten las partes.

2.1.7. Nuestra posición

Antes de emitir nuestra opinión sobre la naturaleza jurídica del tercero encargado de la determinación del precio, consideramos necesario efectuar algunas apreciaciones acerca de las diversas tendencias existentes sobre el particular.

En primer lugar analizaremos la posición que sostiene que se trata de un árbitro.

Arbitro,[13] es un vocablo que no tiene en nuestra Lengua Española, por sí solo, una connotación jurídica.

LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo II, página 66; y REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, página 157.

[12] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General,* primera parte, tomo III, páginas 375 y 376.

[13] REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo I, página 118.

En el vocablo juez,[14] encontramos en el término «juez arbitrador», la definición «aquel en que las partes se comprometen para que por vía de equidad ajuste y transija sus diferencias. El designado por las partes litigantes, y que ha de ser letrado, pero no juez oficial para fallar el pleito conforme a derecho. Amigable componedor. Compromisario». En el vocablo «arbitrio»,[15] sólo se hace referencia al arbitrio judicial, mas no al voluntario.

La función del contrato de arbitraje o compromiso arbitral, básicamente es estar destinado a suplir aquélla del Poder Judicial.

La función supletoria del arbitraje debe revestir similar carácter que la del Poder Judicial, y al Poder Judicial, los particulares podrán recurrir cuando consideren tener una pretensión, amparada esta última, por un derecho, mas no se podría recurrir a él (ni tampoco al procedimiento arbitral) si lo que se tiene no es la pretensión de un derecho, sino la voluntad de concluir el contenido de un acto jurídico (celebrarlo).

Como dicen algunos autores franceses, los Tribunales no tienen como función ayudar a las partes a contratar. Para ello no han sido establecidos, ni tampoco con ese fin se ha instituido el compromiso arbitral. Los Tribunales y los árbitros, entre otras cosas, tienen como función la de dirimir sobre las diferencias que las partes tengan en cuanto a la ejecución de las obligaciones propias de los contratos ya celebrados por ellas, pero nunca podrán intervenir en la conclusión (celebración) de los mismos.

Lo que queremos dejar en claro es que no puede considerarse que el tercero designado por las partes cumple la

---

[14] REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo II, página 801.

[15] REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Op. cit.*, tomo I, página 118.

función del árbitro, ya que ambas funciones no se corresponden.

Con respecto a la posición que sostiene que el tercero debe ser considerado un perito, no podemos ser tan concluyentes como con la teoría anterior, ya que el problema reviste diversos matices.

El Código Civil Peruano de 1984, en su artículo 1544, al establecer la posibilidad de que el precio sea determinado por un tercero, hace de aplicación a este tema las normas de los artículos 1407 y 1408, referentes al arbitrio de equidad y al mero arbitrio, respectivamente.

El tercero podrá desempeñar su función dependiendo de algunas consideraciones, como por ejemplo, la misión que le han encomendado las partes y sus conocimientos respecto del bien cuyo precio va a determinar.

Así, el tercero podrá ser designado por las partes exclusivamente en razón de la confianza y credibilidad que tengan éstas en su persona; por ejemplo, que un hermano venda a otro un libro de Derecho, y, al no ponerse de acuerdo sobre el precio del mismo, pero deseando celebrar el contrato, convengasen que la madre de ambos —neófita en materia de Derecho— determine el precio del libro. Será evidente que los hijos habrán recurrido a la madre a fin de que a criterio suyo señale dicho precio, pero los hijos no han contratado en el entendido que la madre hará una apreciación fundamentada en sus conocimientos respecto de los valores objetivos de textos similares al que es objeto de dicho contrato. Los hijos, entonces, se habrán remitido a su mero arbitrio.

Distinto sería el supuesto en el cual, los hijos remitiesen la determinación del precio del libro vendido a una persona que ocupara en ese momento el cargo de Jefe de Compras de la Biblioteca Central de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ya que esta persona tiene la capacidad y conocimientos suficientes para determinar el precio del libro con carácter equitativo, debido a que, dada su

versación en la materia, podrá calcular, de manera bastante aproximada, el justo precio del libro vendido. Será claro que los hermanos habrán querido remitirse a su arbitrio de equidad o arbitrio *boni viri*.

Retomando la posición que sostiene que la función del tercero es la de un perito, queremos precisar que no siempre se dará esta característica en el tercero. Sin embargo, sería susceptible de presentarse en caso las partes remitan su decisión al arbitrio de equidad, precisando que además dicho tercero deberá reunir los conocimientos suficientes como para ser considerado un experto en la materia.

Es necesario subrayar que nunca podrá ser considerado perito el tercero elegido por las partes, tomando en consideración exclusivamente sus cualidades personales y no técnicas.

Consideramos a esta posición como correcta, debido a que cuando las partes delegan a un tercero la función de determinar el precio de venta de un bien, y este tercero acepta tal misión, estaremos en presencia, sin lugar a dudas, de un contrato de mandato, el mismo que es definido por el artículo 1790 del Código Civil Peruano, como aquel por el cual el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante.

En nuestro caso, no habría uno sino dos mandantes (el vendedor y el comprador) y uno o más mandatarios (el o los terceros).

Consideramos que el supuesto bajo análisis reviste como característica fundamental la de ser un mandato con representación, ya que la determinación del precio por parte del tercero surtirá efectos entre las partes, desde el momento en que se produzca y tendrá plenos efectos entre las mismas, tal como si ellas lo hubiesen determinado.

Esta posición es sostenida por un sector minoritario, pero importante de la doctrina.

Los autores que la propugnan se basan, fundamentalmente, en la distinción hecha por Luis Diez Picazo en el

sentido anotado cuando citamos las palabras del Doctor Manuel de la Puente sustentando esta posición. Tal distinción solo es explícitamente recogida por De la Puente, ya que los otros autores que mencionan el término arbitrador no fundamentan dicho criterio.

Por nuestra parte, consideramos que la distinción entre árbitro y arbitrador no puede ser hecha válidamente en cuanto a nuestro idioma se refiere. Sin embargo, creemos que la distinción efectuada por la doctrina reviste validez. En tal sentido, arbitrador será el tercero cuya decisión, no formando parte de un procedimiento arbitral, venga a definir o complementar aquellos puntos sobre los cuales las partes contratantes todavía no se hayan puesto de acuerdo; mientras que árbitro sería la persona designada por las partes para que resuelva una controversia surgida entre ellas, derivada de la ejecución de las obligaciones contractuales.

Dentro de tal orden de ideas, el arbitrio a que se refiere el artículo 1544 del Código Civil Peruano y el de sus referentes, los numerales 1407 y 1408, sería efectuado por arbitradores, los que podrían ser meros arbitradores o arbitradores de equidad.

Luego de analizar cada una de las posiciones que la doctrina ha establecido acerca de la naturaleza jurídica del tercero, queremos precisar ciertos conceptos.

Respecto de la relación existente entre las partes contratantes y el tercero, puede decirse que resulta evidente que se trata de un contrato de mandato, por el cual el tercero es el mandatario, y el comprador y el vendedor son los mandantes. La obligación que asume dicho mandatario es la de establecer el monto del precio en el contrato de compraventa que ambos han celebrado.

Debe quedar claro que el tercero no tiene como función la de celebrar el contrato, pues este ya ha sido celebrado por comprador y vendedor.

Podrá decirse que los contratantes no han llegado a concluir el acto debido a que a este le falta uno de sus elementos esenciales-especiales, cual es la determinación del objeto de la principal prestación del comprador (el precio), y que es precisamente el tercero mandatario de las partes quien tendría como función concluir el contrato al completar el elemento que falta del mismo.

No estamos de acuerdo con esta posición, ya que para que se considere celebrado un contrato, no será necesario que el objeto de la prestación de una de las obligaciones esté perfectamente determinado, pues bastará con que sea determinable a través de elementos objetivos previstos en el acto mismo y en cuya verificación no intervengan, en lo absoluto, las partes contratantes.

En tal sentido, hemos tratado anteriormente acerca de que el segundo requisito del precio consiste en que este sea determinado o determinable (que al momento de la celebración del contrato se establezcan reglas para su posterior determinación).

Luego de constatar cuál es la relación existente entre el tercero y los contratantes, debemos precisar la función que cumple el tercero como mandatario de aquellas.

En primer lugar, debe descartarse que se trate de un árbitro, por los fundamentos expuestos cuando analizamos tal posición doctrinaria.

En segundo término, y tal como ha sido señalado por nosotros, admitimos la posibilidad que se trate de un perito, en el supuesto que se le hubiese confiado una decisión equitativa y basada en criterios eminentemente técnicos (supuesto de arbitrio *boni viri*).

Por último, hemos sostenido la posibilidad de, efectuando una distinción entre los términos árbitro y arbitrador, que se trate de este último supuesto.

En conclusión, opinamos que tres de las cuatro posiciones doctrinarias revisten certidumbre, pero que ninguna de ellas —por sí sola— puede esclarecer por completo el problema que afrontamos.

Nos explicamos:

Respecto al contrato que liga al tercero con el comprador y el vendedor, al tratarse de un mandato, es claro que dicho tercero resulta siendo mandatario. Pero como el mandatario debe cumplir con aquellas pautas establecidas en el contrato celebrado con sus mandantes, precisamente esta función será una de arbitrio (fuera de un procedimiento de arbitraje), tratándose de un arbitrador, mas no de un árbitro.

Siempre dentro de las pautas a cumplir por dicho arbitrador, éste podrá ejercer su función o con la más amplia libertad de criterio, dada su falta de conocimientos especializados en la materia, o haciendo una prolija tasación del bien, debido, precisamente, a que posee dichos conocimientos y a que ha sido designado específicamente para tal efecto (es decir, el de actuar como perito), supuesto en el cual la función de dicho mandatario-arbitrador, será también la de un perito.

Debemos puntualizar que cuando se trate de un mandatario-arbitrador-no perito, el arbitrio que efectúe podrá ser un mero arbitrio o un arbitrio de equidad, según las instrucciones y cláusulas establecidas en el contrato de mandato.

Si se tratase de un mandatario-arbitrador-perito, estaremos necesariamente en presencia de un arbitrio de equidad, ya que las partes contratantes habrán escogido al perito debido a sus conocimientos especializados sobre la materia, los que le llevarán (en criterio de los contratantes) a emitir una opinión equitativa o justa.

Gráficamente podríamos ilustrar nuestra posición de la siguiente manera:

— *Primera posibilidad:*

Mandatario-Arbitrador-No perito > Mero arbitrio.
> Arbitrio de equidad.

— *Segunda posibilidad:*

Mandatario-Arbitrador-Perito > Arbitrio de equidad.

3. Carácter del mandato recibido por el tercero

De acuerdo a un criterio generalizado, el mandato recibido por el tercero tiene carácter de irrevocable, una vez aceptado por este, y solo podría ser revocado por mutuo acuerdo de comprador y vendedor.[16]

Es evidente que cuando se trata de un contrato de mandato otorgado por una sola persona, ésta puede revocar dicho mandato en cualquier momento, salvo que se trate de un mandato con representación que revista las características contempladas en el artículo 153 del Código Civil Peruano.

Si se tratase de un mandato con representación (como es el caso materia de análisis) celebrado por dos mandantes (comprador y vendedor) con uno o más mandatarios (el o los terceros) dicho mandato tiene carácter de revocable, salvo los supuestos del antes mencionado artículo 153; pero sin embargo, para que opere dicha revocación, deberán, necesariamente, concurrir las declaraciones de voluntad de ambos mandantes (argumento del artículo 150 del Código Civil Peruano), no interesando si ambos mandantes lo revocasen en el mismo instante, pues dicha revocación solo surtirá efectos una vez efectuada por el comprador y el vendedor.

---

[16] Esta opinión es compartida, entre otros autores, por BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 135; y LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, páginas 80 y 81.

4. Supuesto de pluralidad de terceros encargados de la determinación del precio

Este supuesto no es tratado por el Código Civil Peruano ni por la inmensa mayoría de cuerpos legislativos y Proyectos consultados para este trabajo. Solo hemos encontrado dos Códigos que abordan el tema, y son el Código Civil Argentino (artículo 1350) y el Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 1057).

Si bien es cierto que el resto de Códigos Civiles obvian el rubro de la pluralidad de terceros, la doctrina no lo hace, existiendo un grupo de autores que mencionan expresamente esta posibilidad. Y es que en realidad, el hecho de que la mayoría de Codigos solo mencionen a «un tercero» o «al tercero», no impide que las partes puedan designar a una pluralidad de personas para efectuar la determinación del precio del bien vendido, y de hecho, esta podría ser una hipótesis frecuente y más segura para las partes, ya que la opinión de varias personas, entendidas o no en el tema, sin lugar a dudas dará más certeza sobre la decisión a tomar.

A pesar de que el Código Civil Francés no mencionó la posibilidad de que fuese más de un tercero quien hiciera la determinación del precio, en la propia discusión del Proyecto del Código Napoléon salió a luz la primera referencia a que fuese más de un tercero quien hiciese la determinación del precio en el contrato de compraventa.

Portalis, el Consejero de Estado, en el discurso que pronunció en la sesión del 7 Ventoso, año XII, solo se refería a un tercero.[17]

[17] *Recueil Complet des Discours pronnoncés lors de la presentation du Code Civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunat, et discussion particulière de ces deux corps avant la rédaction definitive de chaque project de loi*, tomo I, página 591. Firmin Didot Frères, Fils et cie., Livraires, Imprimeurs de l'Institut de France, Paris, 1867.

De otro lado, el Tribuno Faure no se apartó de los términos expresados por Portalis, lo que puede apreciarse de su discurso pronunciado en la sesión del 12 Ventoso, año XII, a nombre de la Sección de la Legislación.[18]

Es el Tribuno Grenier, en su discurso en el Cuerpo Legislativo, pronunciado en la sesión del 15 Ventoso, año XII, quien por primera vez hace referencia a la hipótesis de que en lugar de nombrar a un tercero, se nombren a dos. Es decir, es la primera ocasión en la historia del proceso codificador contemporáneo que se menciona la posibilidad de que exista pluralidad de terceros.[19]

En adición a la posición de que puede existir pluralidad de terceros para efectos de la determinación del precio, debemos mencionar que uno de los redactores del Proyecto del Code Napoléon, Jacques de Maleville, ya hacía mención a esta posibilidad en el año de 1822, apenas 18 años después de entrado en vigencia dicho cuerpo legislativo.[20]

Este criterio ha sido asumido también por la mayoria de autores consultados.[21]

Pensamos, aunándonos a un criterio mayoritario de la doctrina, que no reviste ningún inconveniente conceptual el hecho de que las partes designen a más de un mandatario con el propósito de efectuar la determinación del precio en el contrato de compraventa.

Ante todo, debemos precisar que el tercero puede ser una persona natural o jurídica, y, por tanto, si hubiese plu-

[18] *Recueil (...)*, tomo I, página 608.

[19] *Recueil (...)*, tomo I, páginas 618 y 619.

[20] DE MALEVILLE, Jacques. *Op. cit.*, tomo III, páginas 507 y 508.

[21] MARCADÉ, V. *Op. cit.*, tomo VI, página 180; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, página 340; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 135 y 136; PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, página 468; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, página 84; BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, páginas 244 y 245; y WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 186 y 187.

ralidad de terceros, estos pueden ser personas naturales o jurídicas, indistintamente.

Debemos puntualizar que en el supuesto de pluralidad de mandatarios-arbitradores, a todos ellos deben habérseles dado similares instrucciones, al igual que deben ser escogidos por sus mandantes siguiendo un criterio uniforme, vale decir, que todos ellos sean peritos o ninguno lo sea, o que a todos se les exija un mero arbitrio o a ninguno se le exija tal proceder.

5. Manera en la cual los terceros deben tomar y expresar su decisión

Al respecto no existe en doctrina unanimidad de criterio, a la vez que no son muchos los autores que se ocupan de resolver este problema. Sin embargo, hemos logrado advertir las siguientes tendencias de opinión:

5.1. La decisión debe ser adoptada por unanimidad

Un primer sector de la doctrina sostiene que la decisión de los terceros debe necesariamente ser adoptada por unanimidad.[22]

5.2. La decisión puede ser adoptada por mayoría absoluta

Esta posición es asumida por Badenes Gasset.[23]

5.3. Nuestra posición

En primer lugar, sostenemos que se deberá estar a lo prescrito por las partes en el contrato, dependiendo si ellas

[22] En este sector se encuentran, entre otros, LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, página 84; y WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 186 y 187.

[23] BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, páginas 244 y 245.

han acordado el criterio de mayoría o de unanimidad respecto de la decisión de los terceros convocados.

Si es que las partes no hubiesen previsto en el contrato el régimen a seguir por los terceros para manifestar su voluntad, debería seguirse el principio de considerar válida la decisión por la que opte la mayoría absoluta de dichos terceros. Por ejemplo, si son tres, que dos opinen «A» y que el otro opine «B»; mas no así, si fuesen cinco, si dos opinan «A», uno «B», otro «C» y el último «D», no habiendo en este caso decisión al respecto.

De no lograrse la mayoría absoluta, tendrán las partes la posibilidad de sustituir a los terceros. De no obtenerse este acuerdo, el contrato sería nulo.

6. Momento en el cual debe efectuarse la designación del tercero o de los terceros que deberán determinar el precio

El Código Civil Peruano establece de manera expresa en su artículo 1544 que la designación del tercero puede realizarse en el propio contrato o posteriormente. Esta metodología no es empleada por la gran mayoría de Códigos Civiles, los cuales simplemente se limitan a señalar que la determinación del precio puede ser efectuada por un tercero, entendiéndose, naturalmente, que la designación del mismo se efectuará en el contrato de compraventa celebrado, mas no señalan si la designación de dicho tercero podrá o no efectuarse con posterioridad a la celebración del contrato.

6.1. Posiciones de la doctrina y la legislación

Pueden apreciarse claramente dos tendencias definidas al respecto, las mismas que pasamos a analizar a continuación:

6.1.1. La designación del tercero debe efectuarse en el propio contrato de compraventa

Al igual que la legislación de nuestra tradición jurídica, la mayor parte de la doctrina omite referirse al particular. Sin embargo, encontramos un sector que sí se pronuncia al respecto.

La tendencia minoritaria es aquella que sostiene que la designación del tercero debe efectuarse en el propio contrato de compraventa. Dentro de este sector encontramos la siempre autorizada opinión de Laurent.[24]

6.1.2. Resulta posible efectuar una designación del tercero con posterioridad a la celebración del contrato

Esta posición es sostenida, entre otros autores, por Baudry-Lacantinerie, Huc, Barros Errázuriz, Planiol, Ripert, los Mazeaud y Wayar.[25]

En materia legislativa, el Código Civil Peruano de 1984 se adhiere a una tendencia de Códigos Civiles que establecen de manera expresa que el tercero puede ser designado con posterioridad al momento de la celebración del contrato, si esto se acuerda en el propio contrato de compraventa.[26]

---

[24] LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XXV, páginas 83 y 84.

[25] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, página 340; HUC, Théophile. *Op. cit.*, tomo X, páginas 59 y 60; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Op. cit.*, tomo II, páginas 367 y 368; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, páginas 33 y 34; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, página 145; PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, página 170; y WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 281 y 282.

[26] Esta tendencia está conformada por la mayoría de Códigos Civiles que se pronuncian sobre el particular, y de ella forman parte los siguientes cuerpos legales:

Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1598, «si no concuerdan las partes en su designación, no habrá venta»), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1389, segundo párrafo, «con tal que

6.1.3. Nuestra posición

Por nuestra parte, nos inclinamos, en principio, hacia la primera posición, aquella que establece fundamentalmente que el tercero debe ser designado por las partes al momento de la celebración del contrato.

Basamos nuestra opinión en las razones esgrimidas por Laurent y en aquellos fundamentos señalados por Troplong, que Laurent critica, y que podríamos resumir de la siguiente manera:

— Celebrar un contrato, dejando la posibilidad de ejecución o no de las obligaciones derivadas del mismo, precisamente, a un posterior nuevo acuerdo de los contratantes, es, como dice Troplong, dejar el contrato sujeto a una condición potestativa. Incluso, podría pensarse que no existe contrato, ya que no existe acuerdo entre las partes sobre un punto fundamental para la posterior ejecución de obligaciones.

— Concordamos con Laurent cuando sostiene la no existencia de un contrato en este supuesto, debido a que a cualquiera de las partes le bastaría con no contribuir al cumplimiento del mutuo deber de designar al tercero, para que, en base a su exclusiva voluntad, el contrato deviniese en inejecutable.

No está demás señalar que al tratarse la obligación de designar al tercero de una obligación de hacer que no concluye en un dar, ante el incumplimiento de la misma, el

---

quede estipulado en la convención el modo de nombrar al tercero, a falta de acuerdo entre las partes»), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1479, segundo párrafo, de similar texto que el Código que le antecedió), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1473, primer párrafo), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 612, inciso I), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1544).

acreedor no podría optar ni por la primera ni por la segunda de las posibilidades establecidas por el artículo 1150 del Código Civil Peruano (exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor, y exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste), sino por la tercera, vale decir, dejar sin efecto la obligación y demandar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, debemos precisar que a quien se sienta lesionado en su derecho le sería muy difícil o prácticamente imposible demostrar que la no contribución y posterior acuerdo para designación del tercero, se deba a una actitud dolosa del otro contratante, o, en su defecto, a un simple no acuerdo tras el cual no medie dolo.

Si de la posición analizada hemos extraído la regla, de la posición que sostiene que el tercero puede ser designado con posterioridad al momento de la celebración del contrato, podemos extraer la excepción.

Pensamos que solamente debería considerarse válido un contrato que no contenga la designación del tercero si es que en él se estipulase el modo de nombrarlo a falta de acuerdo entre las partes, siendo este procedimiento uno de carácter objetivo, tal como es señalado por el artículo 1339, segundo párrafo, del Código Civil Venezolano de 1880.

7. Momento en el cual el tercero debe efectuar la determinación del precio

Ninguno de los Códigos Civiles consultados se pronuncia sobre el particular.

En doctrina, León Barandiarán[27] y Badenes Gasset[28] tratan el tema.

---

[27] LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, página 18.

[28] BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, página 244.

Por nuestra parte, podemos señalar lo siguiente:

7.1. Si se hubiese establecido un plazo para la determinación del precio por parte del tercero, la designación que este deberá efectuar se tendrá que hacer dentro de dicho plazo. Si la efectuare extemporáneamente, será, en principio, ineficaz, salvo que las partes decidan ratificarla de manera expresa, bastando que una de ellas se niegue a hacerlo para que no proceda dicha ratificación, resultando con ello nulo el contrato.

7.2. Si no existiera plazo determinado por las partes y se discutiese la oportunidad de la decisión del tercero, el juez deberá decidir si el mismo es oportuno o no.

8. Posibilidad de impugnación de la decisión del tercero

Existe un grupo reducido de Códigos Civiles que hacen expresa referencia a la posibilidad de impugnar la decisión adoptada por el tercero a quien las partes dejaron la determinación del precio —aceptándola o negándola—.[29]

Dentro de esos Códigos Civiles, podríamos establecer cuatro corrientes legislativas.[30]

---

[29] Este grupo está formado, entre otros, por los siguientes cuerpos legales: Código Civil Uruguayo (artículo 1667, tercer párrafo), Código Civil Argentino (artículo 1351), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 670, tercer párrafo), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2106), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 297), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 923, primer párrafo).

[30]

(a) Los siguientes Códigos Civiles establecen que la decisión del tercero es irrevocable o inconmovible:
Código Civil Uruguayo (artículo 1667, tercer párrafo), Código Civil Argentino (artículo 1351).

(b) Los siguientes Codigos Civiles establecen que la decisión del tercero no puede ser impugnada, a menos que sea contraria a la equidad, o notoriamente desproporcionada:

En este punto, al igual que en la mayoría de temas que acabamos de tratar, no existe unanimidad de criterio en la doctrina consultada.

Encontramos autores que opinan que, en principio, nunca puede impugnarse la decisión del tercero.[31]

Un segundo grupo de autores opinan en el sentido que si la determninación del precio hecha por el tercero es absoluta o abiertamente inicua o injusta, deberá considerarse como que no hizo dicha determinación, vale decir, que no hubo estimación del precio.[32]

Un tercer grupo de autores opinan que si la determinación del tercero da como resultado un precio absoluta o abiertamente inicuo o desproporcionado, si bien se considera que existe determinación del precio, ésta puede ser impugnada judicialmente.[33]

Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 670, tercer párrafo), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 923; pudiendo las partes recurrir al juez dentro de los ocho días de la decisión, quien fallará en una sola audiencia, sin recurso alguno).

(c) El Codigo Civil Mexicano de 1927 (artículo 2106) establece que la decisión del tercero sólo puede ser rechazada de común acuerdo de ambos contratantes.

(d) El Codigo de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 297), establece que en caso de contestacion (impugnacion) de la decisión del tercero sobre el precio, este será determinado por el juez.

[31] Así piensan, entre otros: TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, páginas 207 y 208; LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XXV, páginas 87 y 88; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 139 a 141; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, página 18; y LAFAILLE; Héctor. Citado por REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, páginas 157 a 159.

[32] En este sentido: POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, tomo I, página 18; y SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen IV, páginas 117 y 118.

[33] Dentro de este grupo, que a nuestro entender se constituiría en una corriente mayoritaria, se encuentran, entre otros, AUBRY, C. y RAU, C. *Op. cit.*, tomo IV, páginas 337 y 338; BOISSONADE, G. *Op. cit.*, tomo III, páginas 122 y 123; MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo V, página 66; REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, páginas 158 y 159; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, páginas 82 y 83; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 284, 285 y 286; VALENCIA ZEA, Arturo. *Op. cit.*, tomo IV, páginas 52 y 53; y BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, páginas 198 y 199.

Una cuarta posición considera que la determinación del tercero sólo es impugnable si el precio resulta ser uno que configure un supuesto de lesión.[34]

Independientemente de las posiciones citadas, existen dos tendencias adicionales, compatibles, vale decir que no excluyen a las anteriores.

Un grupo de autores considera que la determinación del tercero podría anularse si es que hubiese sido dada mediando vicio de su voluntad.[35]

Otros autores señalan que puede impugnarse la determinación del precio efectuada por el tercero, si es que éste ha excedido las facultades que ambos contratantes le han conferido para efectuar tal determinación.[36]

Por nuestra parte debemos señalar que estamos en desacuerdo con aquella posición legislativa y doctrinaria en el sentido de que la decisión adoptada por el tercero es inimpugnable o inconmovible, ya que si bien las partes se han remitido a la decisión del tercero para que éste determine el precio de la venta, dicha decisión, no necesariamente estará ajustada a Derecho. Por tal razón, si se tratara de

---

[34] Representante de esta corriente de pensamiento es Accourse (ACCOURSE. Citado por TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 207).

[35] A esta posición se adscriben, entre otros profesores, BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 140 y 141; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 32; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, página 82; y BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, página 246.

[36] Son varios los tratadistas que se adhieren esta posición, comenzando por dos de los más renombrados exégetas del Código Napoléon: Laurent (LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XXV, página 86) y Baudry-Lacantinerie, quienes fundan su parecer en la jurisprudencia a que dio lugar un procedimiento judicial acerca de un convenio suscrito entre una sociedad industrial con los propietarios de terrenos sobre los cuales debía pasar un ferrocarril, con el propósito de lograr la explotación de sus fábricas.

A esta posición también se adhieren Planiol y Ripert (PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 32) y Badenes Gasset (BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, páginas 246 a 248).

una decisión que no revista tal característica, podrá ser impugnada por las partes contratantes o por alguna de ellas.

Resulta evidente que la primera opción, mas no con carácter excluyente (como establece el Código Civil Mexicano de 1927 —artículo 2106—) es que ambas partes impugnen la decisión del tercero.

Pero sin embargo, este no será el supuesto más frecuente, ya que si la decisión del tercero resulta desproporcionada, será evidente que favorecerá a uno de los contratantes y perjudicará al otro. Por tal razón, en la práctica siempre sería el perjudicado quien impugne tal decisión.

Para analizar el tratamiento que otorga el Código Civil Peruano al respecto, debemos precisar si nos encontramos ante un supuesto de *arbitrium boni viri* o de *arbitrium merum.*

8.1. *Arbitrium boni viri* o arbitrio de equidad

El Código Civil Peruano establece en su artículo 1407 que si la determinación de la obligación (léase objeto de la prestación o prestación misma) que es objeto del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo. Sin embargo, el Código Civil Peruano no señala las causales de impugnación de la decisión de este tercero, como sí lo hacen otros Códigos Civiles.

Por nuestra parte, pensamos que las causales de impugnación de la decisión de un tercero que deba actuar con arbitrio de equidad son:

(a) En el orden de vicios o defectos de la voluntad, y aunándonos al criterio establecido por Manuel de la Puente,[37] la decisión del tercero será impugnable cuando se haya producido incurriendo en alguno de los vicios de la voluntad del acto jurídico, vale decir: error, dolo, violencia o intimidación.

(b) En lo referente al ámbito del mandato recibido, la decisión del tercero será impugnable en lo que excediese a dicho mandato.

(c) En lo que respecta a los vicios o defectos de contenido de la decisión, es decir, en lo que se refiere al monto del precio señalado para el bien, dicha decisión podrá ser impugnada cuando el precio fuera desproporcionado (cualquiera que sea esta desproporción), ya que al elegir las partes contratantes un arbitrio *boni viri*, buscan que la decisión del tercero contenga la determinación de un precio justo, lo que equivale a decir que será impugnable cuando no sea un justo precio.

[37] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General,* primera parte, tomo III, páginas 388 y 389.

8.2. *Arbitrium merum* o mero arbitrio

Para impugnar la decisión de un tercero a quien se le confió tal encargo en el entendido del mero arbitrio, podrán darse las siguientes causales:

(a) Cualquier vicio de la voluntad, tal como ha sido señalado por nosotros para el caso del *arbitrium boni viri.*

(b) Al igual que para el *arbitrium boni viri*, en este caso la decisión del tercero será impugnable si excediese las facultades conferidas por los mandantes en el poder.

(c) En lo que respecta al monto del precio señalado por el tercero, la decisión de éste solo podrá ser impugnada si el precio fuese desproporcionado.

Adelantándonos al estudio del tema que haremos luego de tratar acerca de los supuestos en que el tercero designado para determinar el precio de la compraventa no lo hiciere, debemos señalar que creemos que tratándose de un arbitrio de equidad o de un mero arbitrio, si se amparase la demanda del contratante que solicita se declare nula la decisión

del tercero, dicha sentencia acarreará la nulidad del contrato, por falta de uno de sus elementos naturales, cual es el precio determinado. No creemos que se deba dejar al juez la posibilidad de sustituir al tercero designado por ambas partes, en ninguno de los dos supuestos de arbitrio, por los fundamentos que damos al tratar el punto siguiente.

9. Supuestos en los cuales el tercero designado para determinar el precio no lo hiciere

En la legislación estudiada, hemos logrado identificar hasta tres posiciones distintas a este respecto:

9.1. Tendencia que sanciona la falta de determinación del precio por el tercero con la pérdida de eficacia del acto (término dentro del cual incluimos los supuestos de «nulidad», «caducidad» e «ineficacia» del acto o contrato celebrado)

Dentro de esta tendencia se ubica la mayoría de Códigos Civiles consultados para la realización de este trabajo.[38]

[38] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia expresa a que si el tercero no quiere, no puede o simplemente no determina el precio, se presentan las mencionadas consecuencias:

Código Civil Francés (artículo 1592), Código Civil Belga (artículo 1592), Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 1012), Código Civil Peruano de 1852 («caduca la venta», artículo 1318), Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1598, segundo párrafo), Código Civil Uruguayo (artículo 1667), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1389, segundo párrafo), Código Civil Argentino («la venta quedará sin efecto», artículo 1350), Código Civil Español («quedará ineficaz el contrato», artículo 1447, segundo párrafo), Código Civil Nicaragüense de 1903 («quedará ineficaz el contrato», artículo 2537, segundo párrafo), Código Civil Panameño de 1917 («quedará ineficaz el contrato», artículo 1217, segundo párrafo), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 376), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 329, segundo párrafo), Código Civil Mexicano de 1927 («quedará el convenio sin efecto, salvo acuerdo en contrario», artículo 2107), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 («quedará ineficaz el contrato», artículo 1336), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 («caduca la venta», artículo 1376), Código Civil Peruano de 1936 («caduca la venta», artículo 1387), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 («la venta quedará sin efecto», artículo 923, tercer párrafo), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1479, segundo párrafo), Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1473, segundo párrafo), Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 («se reputará ineficaz el contrato», artículo 1043, tercer párrafo), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1796), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 612, inciso II), Código Civil Peruano de 1984 (en el supuesto de mero arbitrio —artículo 1408—, por remisión del artículo 1544).

9.2. Tendencia que establece que ante la falta de determinación del precio por parte del tercero, dicha determinacion la hará el juez

A esta posición se adhiere un reducido número de Códigos Civiles.[39]

9.3. Tendencia que establece que ante la falta de determinación del precio por parte del tercero, podrá hacerlo por él cualquier otra persona en que convinieren los contratantes, y que en caso de no convenirse otra, no habrá venta

A esta tendencia también se adhiere un reducido grupo de Códigos Civiles.[40]

[39] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia expresa a que si el tercero no quiere o no puede determinar el precio, éste será determinado por el juez:

Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1479, segundo párrafo), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1329, segundo párrafo, el cual remite al artículo 1171, que establece: «La cantidad se reputa determinable cuando su determinación se deja al arbitrio de tercero; pero si el tercero no quisiere, no pudiere, o no llegare a determinarla, el juez podrá hacerlo por sí, o por medio de peritos si fuese necesario, a fin de que se cumpla la convención».).

[40] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia expresa a que si el tercero no quiere o no puede determinar el precio, podrá hacerlo por él cual-

En lo que respecta a la doctrina, existen tres posiciones definidas:

Un primer grupo de autores, consideran que si el tercero no realiza la determinación del precio, no hay venta.

Debemos hacer mención que dentro de este conjunto incluimos a quienes piensan que ello ocurre si es que las partes no se ponen de acuerdo para sustituir al tercero incumpliente.[41]

Un segundo grupo de autores niega toda posibilidad de que el tercero sea sustituido por decisión judicial.

Esta posición, compatible con la anterior, fue planteada en un inicio por Laurent,[42] y a ella se adhieren los Mazeaud.[43]

---

quiera otra persona en que convinieren los contratantes, y que en caso de no convenirse otra, no habrá venta:

Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1981), Código Civil Chileno (artículo 1809), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1613), Código Civil Colombiano (artículo 1865), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1389, segundo párrafo), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1775), Código Civil Brasileño (artículo 1123), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 («quedará sin efecto», artículo 485), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 635).

41 POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, tomo I, página 18; TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 206; AUBRY, C. y RAU, C. *Op. cit.*, tomo IV, página 338; LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XXV, página 82; BOISSONADE, G. *Op. cit.*, tomo III, página 212; FALCÓN, Modesto. *Op. cit.*, tomo IV, página 202; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. cit.*, tomo IV, página 558; PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, página 170; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 134 y 135; VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Op. cit.*, tomo III, página 321; BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Op. cit.*, tomo II, páginas 367 y 368; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 34; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, tomo II, páginas 444 y 445; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, página 145; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, página 81; BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, páginas 245 y 246; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 279 y 280; y SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen IV, página 117.

42 LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XXV, páginas 82 y 83.

43 MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, página 145.

Un tercer sector de la doctrina piensa que cuando el tercero no realiza la determinación del precio, puede ser sustituido por decisión de los tribunales.[44]

9.4. Nuestra posición

Ahora corresponde establecer cuál es nuestra posición al respecto.

En este punto vamos a tratar conjuntamente dos temas: el de qué facultades tienen los Tribunales si es que una de las partes impugna ante ellos la decisión del tercero; y el referente al punto bajo tratamiento, consistente en las facultades de dichos Tribunales para sustituir o no al tercero, de no haber este último manifestado su decisión sobre el precio, siempre dentro del ámbito del Código Civil Peruano de 1984.

Veamos:

9.4.1. Si el tercero manifiesta su voluntad, señalando un precio

De ser este el supuesto, habría que diferenciar si se trata de un arbitrio de equidad o de un mero arbitrio.

9.4.1.1. Arbitrio de equidad

El Código Civil Peruano no se manifiesta sobre el particular. Sin embargo, existen dos posiciones al respecto.

---

44 Se adhieren a esta posición, sustentada legislativamente por el Código Civil Italiano de 1942, entre otros, Messineo (MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo V, páginas 65 y 66) y Borda (BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, página 198).

9.4.1.1.1. Si es amparada la demanda del contratante que se siente perjudicado con la decisión del tercero, para que se anule dicho precio, el juez podrá, con el auxilio de peritos, proceder a la determinación de un nuevo precio

Esta posición es sostenida por Manuel de la Puente y Lavalle y Max Arias-Schreiber.

De la Puente[45] se ampara en una interpretación —hecha desde variados ángulos— del artículo 1407 del Código Civil.

El citado profesor señala que el antecedente de la ponencia original del que más tarde se constituyera en el artículo 1407 (presentada ante la Comisión Reformadora del Código Civil), fue el artículo 77, de texto siguiente:

Artículo 77.- «Si la determinación del objeto fuese diferida a un tercero y no resultare que las partes quisieron remitirse a su arbitrio, el tercero deberá proceder haciendo una apreciación de carácter equitativa. Si faltara la determinación o si ésta fuere manifiestamente inicua o errónea, será hecha por el juez».

Sin embargo, dicho artículo no fue adoptado en su integridad por la Comisión Revisora del Código Civil, la misma que, sin mediar razón alguna, suprimió su última parte, vale decir, aquella referente a que si faltara la determinación o si ésta fuere manifiestamente inicua o errónea, será hecha por el juez.

De la Puente sostiene brillantemente,[46] basándose en una interpretación de criterios literal, lógico, histórico y sis-

[45] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*, primera parte, tomo III, páginas 373 y siguientes.

[46] Dice De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*, primera parte, tomo III, páginas 395 a 398):

«Pienso que una interpretación adecuada de los elementos de juicio de que disponemos permite inferir que el codificador de 1984 no tuvo el propósito de modificar el régimen de la determinación deferida al arbitrio de un tercero adoptado por el Anteproyecto, en el sentido que cuando faltase la decisión o ésta fuese manifiestamente inicua o errónea el contrato resultará ineficaz.

El objeto de la interpretación de una norma jurídica es encontrar su sentido, que debe buscarse bajo la orientación especial que proceda de los principios propios del sector jurídico a que pertenezca la norma interpretada y el fin, tanto genérico como específico, de la norma.

Para alcanzar este objeto es necesario recurrir a los medios o elementos que la técnica jurídica pone a disposición del intérprete para ello. Entre estos elementos, que pueden variar según los autores, destacan fundamentalmente cuatro:

a).- El elemento gramatical, según el cual debe verse el significado de las palabras —sentido literal— en su conjunto.
En el caso del artículo 1407 del Código civil el elemento gramatical nos permite saber que el tercero a quien se confía la determinación del bien debe proceder, por regla general, haciendo una apreciación equitativa, o sea practicando un arbitrio de equidad, no un mero arbitrio.

b).- El elemento lógico, que radica en apoyar la investigación del espíritu de la ley en razonamientos y reglas lógicas.
El empleo de la lógica nos lleva a establecer que el arbitrio de equidad —el cual, según se ha visto, tiene en este caso carácter objetivo— permite que la operación de arbitración pueda ser practicada por todo aquél que está en aptitud de manejar la equidad.
Debe observarse que, para los efectos del artículo 1407 del Código civil, se encuentra en tal caso el juez, debidamente asesorado si las circunstancias lo exigen.

c).- El elemento histórico, que está constituido por la investigación de los datos históricos relativos a la necesidad que la ley vino a llenar, como los atinentes al proceso de formación del precepto. Albaladejo destaca la importancia de la legislación anterior, los trabajos de las Comisiones codificadoras y los proyectos elaborados.
Se ha visto en el rubro 'Antecedentes de este artículo' del presente comentario que desde la Ponencia original hasta el primer Proyecto, inclusive, los respectivos artículos relacionados con la determinación deferida al arbitrio de un tercero disponían que si faltara la determinación o si ésta fuese manifiestamente inicua o errónea, sería hecha por el juez.
Estos artículos estaban íntimamente vinculados a los que versaban sobre la determinación librada al mero arbitrio de un tercero, dando soluciones distintas a uno y otro caso (determinación hecha por el juez en el primer caso y nulidad del contrato en el segundo).
Sin explicación conocida alguna, la Comisión Revisora suprimió, primero en el artículo 1372 del segundo Proyecto y luego en el artículo 1407

del Código civil, la referencia a la determinación a cargo del juez.
Pese a ello, no modificó el artículo referente a la determinación librada al mero arbitrio de un tercero, que completaba antes y completa actualmente el tratamiento dado a la determinación hecha por un tercero, lo que permite presumir que se conserva el enfoque original.

d). El elemento sistemático, que determina que para la averiguación del sentido de las normas singulares, debe seguirse la pauta que marque su relación con las demás del sistema.

Si se mantiene la diferencia entre el arbitrio de equidad y el mero arbitrio, como es evidente que se ha mantenido, resulta ajustado a Derecho que la falta de determinación en uno y otro caso reciban tratamientos distintos, cada cual adecuado a la naturaleza del respectivo arbitrio.

En el arbitrio de equidad, la decisión del arbitrador es sustituible desde que, quien quiera sea el que la adopte, debe ceñirse a las mismas reglas. Si falta tal decisión o ella es inicua o errónea, no atenta contra la justicia contractual que otra persona distinta del arbitrador subsane la falta o corrija el defecto, desde que tal persona es igualmente apta para hacerlo, tanto más si esta persona es el juez, que puede ser asesorado por peritos.

No ocurre lo mismo tratándose del mero arbitrio, por cuanto en este caso el propio criterio del arbitrador, sin sujetarse a regla alguna con excepción de la observancia de la buena fe, es el que debe determinar la decisión. No siendo posible, por ello, la sustitución del arbitrador, la falta de la decisión da lugar a la nulidad del contrato por ausencia de uno de sus elementos esenciales.

Si la supresión hecha en el artículo 1407 hubiera tenido por objeto impedir la sustitución del arbitrador en el caso del arbitrio de equidad, habría dado el codificador en este caso la misma solución dada en el caso del mero arbitrio, o sea la nulidad del contrato. Al no haberlo hecho, es permitido interpretar, utilizando el elemento sistemático, que se pensó en una solución distinta.

Es más, no se ha conservado en el Código de 1984 la regla contenida en el artículo 1386 del Código de 1936, según la cual —en el caso del contrato de compraventa— es válida la venta aunque no se hubiese convenido el precio, si en el contrato se designa una persona que lo determine; pero si el nombrado no puede, o no quiere, determinarlo, caduca la venta, lo cual pone de manifiesto que cabe la solución de que el contrato continúe eficaz.

Si a todo esto se agrega que la tendencia moderna del Derecho es auspiciar la conservación del contrato, siempre que ello sea posible, cabe pensar, con razonables posibilidades de acierto, que la supresión del último párrafo del artículo 1424 del primer Proyecto no ha tenido como finalidad posibilitar la ineficacia o nulidad del contrato cuando se produzca la eventualidad prevista en dicho párrafo.

La ponderación de los cuatro elementos de la interpretación de las normas jurídicas, dándole a cada uno el rol y la importancia que le corresponde, permite en nuestro caso llegar a la conclusión que el artículo 1407 del Código civil, pese a no contemplar una solución para el caso de falta de la determinación o que ésta sea manifiestamente inicua o errónea, no busca una solución distinta a la adoptada en sus antecedentes, o sea que en tal caso la determinación (podrá) ser hecha por el juez».

temático, que debe velarse por la conservación del contrato, razón por la cual, a falta de determinación del tercero o de determinación de un precio inicuo o erróneo, deberá el juez hacer una nueva determinación.

9.4.1.1.2. El juez no está facultado para modificar el precio señalado por el tercero

Esta posición es nuestra.

Creemos que una vez que el tercero ha determinado el precio del bien, sólo cabe que la parte contratante que se sienta perjudicada por dicha determinación, acuda a los Tribunales para demandar se anule la decisión del tercero, fundamentando su pretensión en argumentos de forma o de fondo; y al anularse la decisión del tercero, el Juez no tendrá facultad alguna para variarla, sino simplemente, al declarar fundada la demanda del contratante, el contrato será nulo por no haberse integrado al mismo el elemento esencial especial que le faltaba, vale decir: el precio.

Consideramos acertada la interpretación efectuada por el Doctor De la Puente, pero, no por ello concordamos con dicha posición, ya que basamos la nuestra en que sería llevar al extremo el principio de la conservación del contrato, discutiéndose judicialmente, desde la integración de uno de sus elementos esenciales-especiales. Además, creemos, como ha sido señalado por nosotros anteriormente, que la función de los Tribunales está centrada (en lo que se refiere a los contratos) en dirimir las controversias surgidas entre las partes contratantes una vez establecidos todos los elementos (esenciales, naturales y accidentales) de un contra-

to, y no en contribuir con ellas para la conclusión de un acto jurídido de estas características.

No concordamos con el argumento del Doctor De la Puente en el sentido de que al tratarse de un arbitrio de equidad, y ser la función del tercero, la de un perito, dicha labor pericial, pueda ser sustituida por el Juez, incluso con el debido asesoramiento de peritos, ya que las partes habrán escogido al tercero (mandatario-arbitrador-perito), no sólo en razón de sus condiciones técnicas, sino también por sus condiciones morales y personales. No valdría de nada escoger a un perito experto en la materia, si no fuese una persona de confianza y probada seriedad moral (en cuanto a honestidad se refiere). Un factor influye decisivamente respecto del otro.

No necesariamente los peritos que asesoren al juez revestirán las condiciones o características deseadas por las partes contratantes.

Por ello, sostenemos que el artículo 1407 del Código Civil Peruano no debe ser interpretado en el sentido que cabe la posibilidad de que la decisión del tercero sea modificada por el juez, sino, simplemente, anulada o no.

9.4.1.2. Mero arbitrio

El Código Civil Peruano, en su artículo 1408, establece que la determinación librada al mero arbitrio de un tercero no puede ser impugnada si no se prueba su mala fe; y que si faltara la determinación y las partes no se pusiesen de acuerdo para sustituir al tercero, el contrato es nulo.

Pensamos que al haber planteado el Código Civil Peruano de manera expresa la solución que acabamos de anotar, si faltase la decisión del tercero y no haber contemplado el supuesto de que exista decisión, pero ésta sea inicua o errónea, se ha cometido un error. Sin embargo, consideramos que la solución planteada por esta norma es extensiva al supuesto anotado recientemente.

Estamos de acuerdo con el principio contemplado por el Código Peruano en su artículo 1408, en el sentido de que si no existiese decisión del tercero y las partes no se pusieran de acuerdo para sustituirlo, el contrato será nulo. Apoyamos nuestra afirmación en las palabras expresadas por Manuel de la Puente al comentar el mencionado numeral:[47]

> Si el mero arbitrador no pudiera, no quisiera o no llegase a efectuar la determinación, las partes, respetando el principio de conservación del contrato, deben tratar de sustituirlo por otro que pueda cumplir, a satisfacción de ellas, esa función.
>
> Sin embargo, como se trata de un encargo de confianza común, en el cual la coincidencia de las partes puede o no darse nuevamente, y es usual que no se dé, el Código ha previsto esta situación y ha sancionado la falta de acuerdo de sustitución con la nulidad del contrato.
>
> La solución del Código es adecuada, desde que, a diferencia del arbitrio de equidad, en el mero arbitrio no puede exigirse a las partes que depositen su confianza en el juez o en la persona que éste designe. La confianza es un sentimiento absolutamente personal.
>
> La falta de acuerdo, al determinar que no se produzca la designación del sustituto, ocasionará que no pueda individualizarse el bien sobre el cual recae el contrato, dando lugar a la nulidad de éste por falta de un elemento esencial: la determinación del bien.

Respecto del elemento de la buena fe, podemos señalar que de acuerdo al texto del artículo 1408, aquélla se presume, y, como dice De la Puente,[48] «para destruirla sería necesario que quien impugna la determinación del arbitrador

---

[47] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*, primera parte, tomo III, página 406.

[48] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*, primera parte, tomo III, página 406.

deba probar su mala fe. Si esta probanza no se produce, la impugnación no podría prosperar».

9.4.2. El tercero no manifiesta su voluntad

Puede ocurrir que el tercero no manifieste su voluntad, debiéndose tal situación a diversos factores:

Si el tercero, que como hemos señalado es un mandatario de las partes contratantes, no señalase el precio, culposa o dolosamente, será susceptible de demandársele por la inejecución de sus obligaciones, y será pasible de imponérsele una indemnización por los daños y perjuicios causados a sus mandantes.

Si el tercero no determina el precio y dicha indeterminación no es ni culposa ni dolosa, vale decir, que se deba a alguna enfermedad, muerte o algún supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, o simplemente a cualquier causa no imputable, habrá indeterminación del precio, pero dicho tercero no será responsable por los daños y perjuicios que hubiesen sufrido por tal causa los contratantes.

9.4.2.1. Arbitrio de equidad

Para este supuesto serán de plena aplicación los comentarios que hicimos cuando tratamos sobre el caso en el cual el tercero manifieste un precio y alguna de las partes deseara impugnar dicha determinación.

9.4.2.2. Mero arbitrio

Como ha sido señalado por nosotros, es precisamente este el supuesto contemplado por el artículo 1408 del Código Civil Peruano, siendo la solución del problema la anotada cuando tratamos el particular.

10. Naturaleza jurídica del contrato en que la determinación del precio se deje a la decisión de un tercero

A este respecto, encontramos en doctrina tres posiciones. Una mayoritaria, sostiene se trata de un contrato sujeto a la condición suspensiva de que el tercero llegue a determinar el precio del bien que se vende.[49]

En el Perú, la condición suspensiva surte efectos desde el momento en que se produce en adelante, mas no retroactivamente, salvo pacto en contrario (argumento del artículo 177 del Código Civil), a diferencia del Derecho Argentino, el mismo que establece en su Código Civil, dos normas: los artículos 543 y 1352, de texto siguiente:

Artículo 543.- «Cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo».
Artículo 1352.- «Fijado el precio por la persona que deba designarlo, los efectos del contrato se retrotraen al tiempo en que se celebró».

Al criterio peruano, no se adscribe —en el punto bajo análisis— de manera expresa ninguno de los Códigos Civiles consultados, pero sin embargo, debemos mencionar que el Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1319) y el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 377) lo asumen, aunque tácitamente, cuando

[49] A esta tendencia de opinión se adhieren, entre otros, DURANTON. *Op. cit.*, tomo VII, página 50; TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 210; DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo VII, página 31; LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XXV, páginas 81 a 85; PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, página 170; LAFAILLE, Héctor. *Curso de Contratos*, tomo II, página 66; REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, páginas 157 y 159; BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, página 245; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, página 81; y WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 287.

señalan que la propiedad del bien se transferirá solo cuando el tercero haya determinado el precio, y dicha decisión se hubiese notificado a las partes contratantes.

En el mismo sentido que estos cuerpos legislativos nacionales, se pronuncian Baudry-Lacantinerie y Saignat.[50]

Una segunda posición doctrinaria señala que se trata de un contrato puro y simple, por tanto, no sujeto a condición alguna.[51]

Una tercera posición sostiene que no existe todavía un contrato de compraventa.

Respecto de la naturaleza jurídica de este contrato, León Barandiarán[52] plantea la duda entre si se trata de un contrato sujeto a condición suspensiva o si simplemente no hay contrato alguno, cuando estamos en presencia de un precio determinable, inclinándose, finalmente, por este último criterio.

Por nuestra parte, y ante la diversidad de posiciones planteadas por la doctrina, debemos señalar que consideramos a dos de ellas como desacertadas. Nos referimos a aquella que señala que se trata de un contrato puro y simple, y por tanto no sujeto a condición alguna; y a aquella otra, sostenida por el Doctor José León Barandiarán, en el sentido de que cuando se delegue la determinación del precio de venta a un tercero, no se habrá formado el contrato sino hasta el momento en el cual dicho tercero efectúe la determinación correspondiente.

La posición mayoritaria resulta aquella que sostiene se trata de un contrato sujeto a la condición suspensiva de que el tercero determine el precio.

---

[50] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 139.

[51] Esta posición es sostenida, entre otros, por Baudry-Lacantinerie y Huc (HUC, Théophile. *Op. cit.*, tomo X, página 60).

[52] LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, página 18.

De los autores que sostienen esta posición, hemos querido resaltar el parecer de Fernando J. López de Zavalía:[53]

> Decimos que la compraventa queda sujeta a una condición suspensiva. Dicha condición suspensiva consiste en que el tercero fije el precio.
>
> Es esta una condición con características particulares. Normalmente los ejemplos que se ponen de condición, consisten en acontecimientos totalmente extraños a un contrato que podría vivir por sí, si no se hubiera añadido la condición, como sucedería si se celebrara una compraventa, obligándose el comprador a pagar el precio, y el vendedor a transferir la propiedad de la cosa 'si llueve', ejemplo donde se ve que la compraventa igual podría haberse concluido sin esa condición. En el supuesto de la determinación del precio, en cambio, la condición 'si lo fija el tercero', lleva un doble papel, pues de su cumplimiento depende no sólo la suerte del contrato, sino también la determinación misma de su contenido esencial, ya que recién al cumplirse se conocerá la cuantía del precio. Recordemos esta particularidad, para aplicar en su caso, las reglas pertinentes, con las debidas adecuaciones.

Las palabras de López de Zavalía reflejan que no estamos, precisamente, frente a un problema de fácil solución, debido a los siguientes fundamentos:

Por lo general, cuando se habla de un acto sujeto a condición suspensiva, se trata de un elemento accidental del mismo, de cuya ocurrencia o no, no dependerá la existencia y contenido del acto, sino simplemente sus efectos.

Pero existen determinados supuestos, asumidos por la generalidad de la doctrina y legislación consultadas, en el sentido de comprender dentro de los casos de contratos sujetos a condición, a algunos supuestos en los que, como en el caso materia de análisis, sea uno de sus elementos esen-

---

[53] LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, página 80.

ciales especiales, el que se encuentre sujeto a condición suspensiva.

Recordemos que para el caso del bien materia de la venta, dijimos[54] que existían tres supuestos en que el contrato se encontraba sujeto a condición suspensiva: el primero, la venta conmutativa de bien futuro, en la que el contrato estará sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia (dependiendo de si se pactó o no acerca de la cuantía y/o calidad); el segundo, el caso de la compraventa de un bien en peligro de dejar de existir, cuando el contrato se sujeta a la condición suspensiva de que el bien, luego de terminado el peligro que hacía temer el cese de su existencia, continúe existiendo en las mismas características que lo venía haciendo al momento de la celebración del contrato; y el tercero, la compraventa de bienes sujetos a litigio, cuando se sujeta el contrato a la condición suspensiva de que el bien pertenezca en propiedad (o con los mismos derechos) al vendedor, una vez concluido el litigio.

En cualquiera de los tres supuestos mencionados, lo que estará sujeto a condición suspensiva será un elemento esencial-especial del contrato de compraventa, cual es el bien objeto de la principal prestación del vendedor. Sin embargo, nunca se ha cuestionado si el contrato existe o no, asumiéndose, por la gran mayoría de la doctrina, que se trata de supuestos de contratos sujetos a condición suspensiva; y que, de no llegar a producirse dicha condición, no es que el contrato no haya existido, sino que nunca podrá producir los efectos deseados.

Con respecto al precio y su posterior determinación por parte de un tercero a quien las partes encomienden tal misión, podemos aplicar los mismos argumentos que para el caso del bien.

[54] Ver el Capítulo de este trabajo relativo al Bien Materia del Contrato de Compraventa.

Ocurre que el contrato ya se ha celebrado. Hemos visto que esta es la posición predominante en doctrina. Y si el contrato ya se ha celebrado, no es uno puro y simple, pues no podrá surtir efectos desde el momento mismo de su celebración. Lo que ocurre es que las partes, al haber remitido la determinación del precio a la decisión de un tercero, tácitamente han sometido los efectos de dicho contrato a la condición suspensiva de que el tercero establezca y haga de conocimiento de las partes, un precio para dicha venta. Si no llegase a determinar el precio, o, si determinándolo es impugnado y dicha impugnación es declarada fundada judicialmente, no se habrá producido la condición suspensiva y el contrato nunca surtirá efectos.

Se podrá decir que en este caso faltaría la existencia del precio para la formación del contrato de compraventa. Y que distinto es este supuesto de aquellos señalados por nosotros respecto del bien materia del contrato de compraventa. Esto es cierto, ya que en los supuestos anotados del bien materia de la venta, sí existe determinación del bien vendido, y lo que falta es que dicho bien exista o no. En el caso del precio dejado a la determinación por parte del tercero, es claro que el precio no se encuentra determinado, y que solo lo estará cuando el tercero lo señale. De no señalarlo, no se habrá cumplido la condición suspensiva, razón por la cual, no solo el acto carecerá de efectos (será un acto ineficaz —tal como en los tres supuestos anotados del bien materia de la venta—), sino que además de ineficaz, dicho acto será nulo, por carecer de uno de los elementos esenciales-especiales del contrato de compraventa, cual es el precio.

Esta opinión nuestra es compartida por el Doctor Manuel De la Puente:[55]

[55] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General,* primera parte, tomo III, página 407.

Ocurre aquí que el contrato se considera perfecto desde su celebración porque todos los elementos esenciales del mismo están presentes: unos, por estar ya determinados por las partes; otros, por ser determinables mediante criterios preestablecidos. Si alguno de estos elementos, los determinados o los determinables, no llega, en realidad, a ser determinado (supóngase que un bien determinado, por ejemplo el perro dálmata de Pedro, no llega a ser determinado porque Pedro resulta tener varios perros de la misma camada; o bien que el mero arbitrador no efectúa la determinación del precio del perro), falta, en uno u otro caso, un elemento esencial del contrato y la falta se considera producida desde la celebración de éste, lo que da lugar, incuestionablemente, a su nulidad.

En conclusión, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que el tercero manifieste el precio y que dicha manifestación no sea anulada judicialmente; y, de no producirse dicha condición, el contrato será nulo.

11. Supuesto en el cual las partes designan en el contrato a una persona que posteriormente designará al tercero que se encargará de la determinación del precio

Este supuesto no ha sido recogido por alguno de los Códigos Civiles consultados, habiendo sido mencionado solo por Baudry-Lacantinerie y Saignat.[56]

Consideramos que el caso planteado por Baudry-Lacantinerie y Saignat, es perfectamente válido en el plano teórico, ya que concuerda con nuestra posición en el sentido de que si no se designa al tercero al momento de la celebración del contrato, cabe la posibilidad de que se establezcan las reglas necesarias para su determinación, si es que las partes posteriormente no se pusieran de acuerdo en ello (argumento citado del Código Civil Venezolano de 1880). En este caso, justamente, la designación del tercero que designará el precio, será efectuada por otro tercero al que las partes ya han determinado al momento de la celebración del contrato. Por tanto, el supuesto revestiría plena validez.

Sin embargo, en el plano práctico, si de por sí ya resulta problemática la intervención del tercero a fin de determinar el precio de la compraventa, doblemente lo será el que intervenga otro tercero a fin de designar a otro para que cumpla tal misión. Sin lugar a dudas, esta es una solución no recomendable, por los efectos prácticos anotados. Pero, de darse, se solucionaría por las reglas antes expuestas para el tema de la determinación del precio por parte de un tercero.

12. Valor del bien a tomar en consideración por el tercero

A este respecto no se pronuncia ninguno de los Códigos Civiles consultados. En doctrina, hemos hallado la opinión de Baudry-Lacantinerie y Saignat,[57] quienes anotan que, de una manera general, las partes contratantes deben fijar el precio en base al valor de la cosa al momento en el cual operará la transferencia de la propiedad.

Por nuestra parte, y como principio general, debemos establecer que este supuesto se regirá por lo que las partes acuerden y a falta de disposición al respecto, opinamos en el sentido que el precio señalado por el tercero debe estar referido al que tenga el bien al momento en que se tenga que efectuar dicha determinación.

[56] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 138.

[57] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 138 y 139.

DETERMINACIÓN DEL PRECIO DEJADA A LA QUE TENGAN BIENES SIMILARES EN MERCADO, PLAZA O BOLSA EN UN DÍA DETERMINADO

Artículo 1545.- «Es también válida la compraventa si se conviene que el precio sea el que tuviere el bien en bolsa o mercado, en determinado lugar y día».

Fuentes nacionales del artículo 1545

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

En cambio, el Código Civil de 1852 sí lo hizo, en el artículo 1321: «Cuando las partes, al fijar el precio de la cosa, se refieren al corriente en cierto lugar y tiempo, y este tiempo es tal que durante él pudiera variar el precio, se entenderá que convinieron en el medio proporcional entre el más alto y el más bajo, si no pactaron otra cosa».

El Proyecto de Código Civil de 1890 trataba el tema en sus artículos 1680: «Cuando las partes, para fijar el precio, se refieren al corriente en cierto lugar y tiempo, y este tiempo es tal que, durante él, pudiera variar el precio, se entiende fijado el medio proporcional entre el más alto y el más bajo, si no se ha pactado otra cosa»., 1681: «También puede fijarse el precio refiriéndose las partes al que resulte de ta-

sación con rebaja, ó sin ella, siempre que además se sometan á decisión del Juez, caso de que alguno de ellos no se conforme con la tasación y renuncie todo ulterior recurso». y 1682: «En la venta de muebles se tiene por cierto el precio, cuando las partes se refieren á lo que valga la cosa vendida el día del contrato, según el precio corriente de plaza, sea con un tanto más ó un tanto ménos. En este caso se determina el precio por testimonio de corredor, ó de dos testigos, si no hay corredor».

De otro lado, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea de 1925, abordó el particular en el artículo 1321: «Cuando las partes, al fijar el precio de la cosa, se refieren al corriente en cierto lugar y tiempo, y este tiempo es tal que durante él pudiera variar el precio, se entenderá que convinieron en el medio proporcional entre el más alto y el más bajo, si no pactaron otra cosa»; en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, lo hizo en el artículo 379: «Cuando las partes al fijar el precio de la cosa se refieren al corriente en cierto lugar y tiempo, y este tiempo es tal que durante él pudiera variar el precio; se entenderá que convinieron en el medio proporcional entre el más alto y el más bajo, si no pactaron otra cosa»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1377: «Considérase fijado cuando se conviene que sea el que la cosa tuviere en lugar y tiempo determinados. Cuando las partes al fijar el precio de la cosa se refieren al corriente en cierto lugar y tiempo, y este tiempo es tal, que durante él pudiera variar el precio; se entenderá que convinieron en el medio proporcional entre el más alto y el más bajo, si no pactaron otra cosa»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1388: «Considérase fijado el precio cuando se conviene que sea el que la cosa tuviere en lugar y tiempo determinados. Cuando las partes al fijar el precio de la cosa se refieren al corriente en cierto lugar y tiempo, y este tiempo es tal, que durante él pudiera variar el precio; se entenderá que convinieron en el medio proporcional entre el más alto y el más bajo, si no pactaron otra cosa».

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, trató el tema en su artículo 19: «Es también válida la compraventa si se conviene que el precio sea el que tuviere el bien en bolsa o mercado, en determinado lugar y día»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1575: «Es también válida la compraventa si se conviene que el precio sea el que tuviere el bien en bolsa o mercado, en determinado lugar y día»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 1508: «Es también válida la compraventa si se conviene que el precio sea el que tuviere en bolsa o mercado, en determinado lugar y día».

Fuentes y concordancias extranjeras

Concuerdan con el artículo 1545 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los siguientes cuerpos legislativos:

Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853 (artículo 1599), Código Civil Argentino (artículo 1353), Código Civil Venezolano de 1880 (artículo 1389, tercer párrafo), Código Civil Español (artículo 1448), Proyecto Boissonade de 1890 (artículo 670, segundo párrafo), Código Civil Alemán (artículo 453), Código Civil Nicaragüense de 1903 (artículo 2538), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1608), Código Civil Brasileño (artículo 1124), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1218), Código Civil Mexicano de 1927 (artículo 2105), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1337), Código Civil Chino de 1930 (artículo 346), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 296, incisos 2 y 3), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 924), Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1479, tercer párrafo), Antepro-

yecto de Código Civil para Bolivia elaborado por Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 1043, cuarto párrafo), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 486), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 634, segundo párrafo).[1]

[1] Los textos de los cuerpos legislativos citados son los siguientes:
— *Proyecto de Código Civil para el Estado Sardo de 1853:*
Artículo 1599.- «También puede remitirse el precio a lo que resultara de un cierto y determinado mercado».
— *Código Civil Argentino:*
Artículo 1353.- «El precio se tendrá por cierto, cuando no siendo inmueble la cosa vendida, las partes se refiriesen a lo que la cosa valga en el día al corriente de plaza, o un tanto más o menos que éste. El precio será entonces determinado por certificados de corredores, o por testigos en los lugares donde no haya corredores».
— *Código Civil Venezolano de 1880:*
Artículo 1389.- «El precio de la venta deber ser determinado y especificado por las partes.

Sin embargo, el precio puede quedar sometido al arbitrio de un tercero nombrado por las partes en el acto de la venta. También puede estipularse que la elección del tercero se haga con posterioridad por las partes de común acuerdo con tal que quede estipulado en la convención el modo de nombrar al tercero, a falta de acuerdo entre las partes. Si el tercero escogido no quiere o no puede hacer la determinación del precio, la venta es nula.

También puede convenirse en que el precio se fije con referencia al corriente de un mercado y en un día determinado».
— *Código Civil Español:*
Artículo 1448.- «También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, Bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, Bolsa o mercado, con tal que sea cierto».
— *Proyecto de Código Civil para el Imperio del Japón, elaborado por G. Boissonade, de 1890:*
Artículo 670.- «El precio de venta debe estar determinado por el contrato mismo, si no en su totalidad, al menos en sus elementos.

El puede también estar referido al precio convencional, actual o próximo de similares mercancías, ser dejado a la estimación de un tercero designado por el contrato.

En este último caso, la estimación puede ser rechazada, si ella es manifiestamente errónea a la equidad.

El precio fijado por las partes puede consistir, sea en capital, sea en renta perpetua o vitalicia; pero, si es fijado por un tercero, no puede consistir sino, en capital, a menos que las partes no hubiesen expresamente dado al árbitro poderes más amplios».
— *Código Civil Alemán:*
Artículo 453.- «Si está señalado como precio de compra el precio del mercado, en la duda vale como estipulado el precio de mercado correspondiente al lugar de cumplimiento en el tiempo de cumplimiento».
— *Código Civil Nicaragüense de 1903:*
Artículo 2538.- «También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás consumibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviere en determinado día, Bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto».
— *Código Civil Hondureño de 1906:*
Artículo 1608.- «También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviere en determinado día, Bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto».
— *Código Civil Brasileño:*
Artículo 1124.- «También se podrá dejar la fijación del precio a la tasa del mercado, o de la bolsa en cierto y determinado día y lugar».
— *Código Civil Panameño de 1917:*
Artículo 1218.- «También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto».
— *Código Civil Mexicano de 1927:*
Artículo 2105.- «Los contratantes pueden convenir en que el precio sea el que corre en día o lugar determinados o el que fije un tercero».
— *Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930:*
Artículo 1337.- «Precio en la venta de valores, granos líquidos, etc.- También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto».
— *Código Civil Chino de 1930:*
Artículo 346.- «Cuando el precio no haya sido concretamente determinado por la convención, si él puede serlo en base a las circunstancias, él es tenido por determinado.

Si se ha convenido que el precio será determinado en base al corriente del mercado, él es tenido por fijado al corriente del mercado del lugar y del momento del pago, a menos que se haya dispuesto en otro sentido por el contrato».

— *Código de las Obligaciones de Polonia de 1935:*
Artículo 296.- «#1. La determinación del precio de la venta puede ser hecha por la indicación de las bases sobre las cuales este precio será fijado ulteriormente.
#2. Cuando las partes han aceptado como precio el corriente del mercado o de la bolsa, hay lugar, en la duda, de considerar como precio convenido el corriente medio del mercado o de la bolsa en el lugar y en la época en la cual el objeto de la venta debe ser entregado al comprador.
#3. Cuando, en este caso, un precio tal no exista, hay que referirse al corriente del mercado o de la bolsa del lugar donde se le comercia de acuerdo a los usos recibidos, considerados como aplicables».
— *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936:*
Artículo 924.- «Cuando lo vendido no fuere inmueble, los contratantes podrán referirse a su valor al tipo de plaza en el día o a un tanto más o menos que éste. El precio será entonces, el que certificaren corredores; o testigos, donde no hubiere aquéllos.
Verificada la entrega al comprador, sin determinar el precio, o en la duda respecto del contenido, se presume que los interesados entendieron sujetarse al corriente del día en el lugar de la tradición».
— *Código Civil Venezolano de 1942:*
Artículo 1479.- «El precio de la venta debe determinarse y especificarse por las partes.
Sin embargo, el precio puede quedarse sometido al arbitrio de un tercero nombrado por las partes en el acto de la venta. También puede estipularse que la elección del tercero se haga con posterioridad por las partes, de común acuerdo, con tal de que quede estipulado en la convención el modo de nombrar el tercero, a falta de acuerdo entre las partes. Si el tercero escogido no quiere o no puede hacer la determinación del precio, la venta es nula.
También puede convenirse en que el precio se fije con referencia al corriente en un mercado y en un día determinado».
— *Anteproyecto de Código Civil para Bolivia elaborado por Angel Ossorio y Gallardo de 1943:*
Artículo 1043.- «Es contrato de compraventa aquel en que uno de los contratantes se obliga a entregar a otro una cosa o un derecho determinados a cambio de un precio cierto en dinero o signo que lo represente.
Cuando el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se tendrá el contrato como permuta si el valor de la cosa es superior al del dinero y como venta en el caso contrario.
Se reputará cierto el precio si lo es con referencia a otra cosa o si se deja su señalamiento al arbitrio de determinada persona; mas si ésta no lo hiciese, se reputará ineficaz el contrato.
También se tendrá por cierto el precio cuando se refiera igualmente o en más o en menos, al que la cosa tuviere determinado día en Bolsa, feria o mercado.
Ni el señalamiento de la cosa ni el precio podrán nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

El Código de las Obligaciones de Suiza contempla un supuesto especial, en el que se hace referencia al precio de mercado, si es que existiese demora en el pago del precio. El texto del mencionado artículo (215) es el siguiente:

Artículo 215.- «En materia de comercio, el vendedor tiene el derecho de reclamar del comprador en demora de pagar su precio de venta, daños y perjuicios representando la diferencia entre este precio y aquel por el cual él ha revendido la cosa de buena fe.
Cuando la venta recae sobre mercaderías cotizadas en bolsa o teniendo un precio corriente, el vendedor puede dispensarse de revenderlas, y reclamar, a título de daños y perjuicios, la diferencia entre el precio de venta y el corriente del día del término fijado para la ejecución».

Análisis

1. Delimitación conceptual

Debemos señalar que cuando nos referimos al título materia de análisis, lo hacemos teniendo en consideración el supuesto en el cual ambas partes —comprador y vendedor— hayan previsto de manera expresa en el contrato celebrado, que si bien no determinan el monto del precio del o de los bienes vendidos, dejan su determinación al precio

— *Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984:*
Artículo 486.- «También se podrá dejar la fijación del precio a la tasa del mercado, o de bolsa, en cierto y determinado día y lugar».
— *Proyecto de Código Civil Colombiano:*
Artículo 634.- «El precio de la venta debe ser determinado por los contratantes, salvas las limitaciones establecidas por disposiciones especiales.
Cuando las partes para la determinación del precio se remiten al que tenga la cosa en ferias, mercados públicos de valores u otros establecimientos análogos, o estipularen como precio el corriente de plaza, se tomará el precio medio que la cosa tenga en la fecha y lugar en que deba hacerse la entrega».

que tenga(n) en un determinado día, a la vez que en un determinado mercado, plaza o Bolsa.

Debemos subrayar que no nos encontramos en el supuesto en que el precio de mercado, de plaza, o de Bolsa, entre a regir de manera supletoria, sino, por el contrario, en el supuesto en que regirá por acuerdo expreso, es decir, por la voluntad de las partes.

La doctrina consultada, respalda mayoritariamente el principio general de la posibilidad de dejar la determinación del precio librada al que tuviere en Bolsa, plaza o mercado, en determinado lugar y día.[2]

1.1. Concepto de bolsa

Guillermo Cabanellas,[3] señala que el término «bolsa» en el mundo de los negocios y de las finanzas, por antonomasia, «bolsa de comercio» es la reunión de quienes operan con valores públicos autorizados, donde comerciantes o sus intermediarios, también los particulares, y más los agentes habilitados u oficiales, se reúnen para concertar negocios sobre mercanderías, que por lo común no están en el lugar, o para covenir concretas operaciones mercantiles con valores públicos o cotizables y con documentos de crédito.

---

2 MARCADÉ, V. *Op. cit.*, tomo VI, página 180; DURANTON. *Op. cit.,* tomo VII, página 49; SANOJO, Luis. *Op. cit.*, tomo III, página 273; BOISSONADE, G. *Op. cit.*, tomo III, página 211; HUC, Théophile. *Op. cit.,* tomo X, página 58; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. cit.,* tomo IV, página 558; LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo II, páginas 67 y 68; JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, páginas 12 y 13; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, tomo IV, página 376; LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, páginas 18 y 19; REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, página 160; MESSINEO, Francesco. *Op. cit.,* tomo V, página 66; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 269 a 272; SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen IV, página 118; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, página 214; y VALENCIA ZEA, Arturo. *Op. cit.,* tomo IV, página 52.

3 CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo I, página 507.

1.2. Concepto de mercado

Guillermo Cabanellas,[4] explica que el término «mercado», tiene numerosas acepciones personales, reales y de relación; que etimológicamente se refiere a la compra de toda clase de objetos. Según una definición legislativa de Venezuela, quizás restringida o por demás doméstica, por «mercado» se entiende el establecimiento destinado a las operaciones de compra y venta de artículos de primera necesidad y de consumo diario. También, cualquier sitio, sea edificio, la vía pública u otro punto, donde se compren, vendan y permuten mercaderías y géneros, con carácter permanente o tan solo en determinados días.

También, en un amplio concepto económico se entiende por «mercado» al conjunto de hechos y relaciones que concretan la oferta y la demanda y fijan los precios de los productos.

1.3. Concepto de plaza

Guillermo Cabanellas,[5] define la palabra «plaza» como el sitio donde se venden los comestibles y se realiza el trato común de los vecinos o forasteros.

2. Naturaleza jurídica de este contrato

Demante y Colmet de Santerre[6] entiende que se podría tratar de un contrato sujeto a condición suspensiva.

Sobre este punto nos remitimos a lo expresado respecto a la naturaleza jurídica del contrato en el cual la determinación del precio se deja a la decisión de una tercera persona, es decir, que está sujeto a condición suspensiva.

---

4 CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo V, página 391.

5 CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo VI, página 268.

6 DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.,* tomo VII, página 32.

3. Ámbito de aplicación de esta norma

El tema del ámbito de aplicación del artículo 1545 del Código Civil Peruano de 1984, deberá analizarse en función a determinados supuestos, los mismos que pasamos a estudiar seguidamente:

3.1. Posición que excluye a los bienes no fungibles

Esta posición es sostenida, entre otros, por López de Zavalía.[7]

3.2. Posición que admite a los bienes no fungibles dentro de este pacto

Por nuestra parte, no vemos razón alguna que impida a los bienes no fungibles formar parte de una compraventa de estas características. En tal sentido, compartimos el parecer de Badenes Gasset.[8]

3.3. Supuesto de bienes inmuebles

También sería el caso de los bienes inmuebles. Sin embargo, el Código Civil Argentino cuando se refiere a estos temas (artículo 1353) lo hace solamente para el caso de bienes muebles.[9]

---

[7] LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, página 77.

[8] BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, página 250.

[9] A pesar de esta posición, difiere de ella gran parte de la doctrina de ese país, la que, en criterio que compartimos, encuentra supuestos de excepción para el particular.

En tal sentido, se pronuncian Lafaille (LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo II, página 68); Rezzónico (REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, página 160); López de Zavalía (LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, página 77); Wayar (WAYAR, Erenesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 271 y 272); y Spota (SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen IV, página 118).

3.4. Supuesto en que el bien vendido sea fungible

Consideramos que es precisamente este el supuesto que encuadra perfectamente en el tema bajo análisis, ya que resultará —por lo menos— viable efectuar la determinación en tales casos.

4. Media proporcional en la cotización librada al mercado, plaza o bolsa

Podría ocurrir que cuando se deje el señalamiento del precio de un bien en el contrato de compraventa a la cotización que tenga el mismo en un mercado en un determinado día, dicho bien, durante ese día, no tenga una sola cotización, sino varias. Es común, en las Bolsas de Valores, advertir en los reportes el precio de apertura y el precio de cierre del día. Dicha situación es susceptible de presentarse en cualquier mercado. Por ello, verdaderamente se crearía un problema si es que las partes han librado la determinación del precio del bien vendido al que tenga en un mercado un determinado día, si es que en esa fecha el precio del mencionado bien presenta oscilaciones, y más aun, si esas oscilaciones son considerables.

Por ejemplo, si un bien inicia su comercialización en un mercado al precio de S/. 100 la unidad (8:00 a.m.); luego, a las 11:00 a.m. aumenta a S/. 120; bajando a las 2:00 p.m. a S/. 110; y, por último, cerrando en S/. 150.

A este respecto también se manifiesta Arias-Schreiber (ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, página 58), cuando expresa que si bien en la primera hipótesis del artículo 1545 su radio de esfera se reduce a los valores cotizados en Bolsa, no cree que exista impedimento para que se extienda no solo a toda clase de muebles, sino también a los inmuebles, cuando se trata del valor de mercado, pues la ley no ha hecho distingos, ni estos emanan de la naturaleza de las cosas.

En este caso, ¿qué precio deberá pagar el comprador, y —por tanto, correlativamente— qué precio le podrá exigir el vendedor?

Sin lugar a dudas, de sostenerse siempre el principio de que se deba pagar el precio que tenga dicho bien en el mercado en un determinado lugar y día, se crearía en el supuesto bajo análisis, una multiplicidad de problemas, ya que, de seguro, una parte: el vendedor, exigirá que se le pague el precio más alto cotizado ese día (S/.150); mientras la otra: el comprador, buscará pagar el precio más bajo, es decir S/. 100.

Por ello, algunos Códigos Civiles intentan dar solución a este problema, estableciendo que en caso de existir varias cotizaciones el mismo día, se tomará el promedio o la media proporcional entre ellas.[10]

Esta es la única opción que manifiesta la legislación consultada al respecto, pero sin embargo, nos atrevemos a dar, más adelante, otras posibles soluciones a las que las partes pueden remitirse en caso de librar la determinación del precio de un bien que se venda al precio que el mismo registre en un mercado señalado para tal efecto.

En la doctrina consultada, se pronuncian a favor del precio medio un grupo numeroso de autores.[11]

---

[10] De los Códigos Civiles que contemplan expresamente la posibilidad de que la determinación del precio sea dejada a la cotización del mercado, los siguientes señalan que será a la media proporcional:

Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1321), Código Civil Argentino (artículo 1353), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 379), Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 (artículo 296, inciso 2), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1377), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1388), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1797, segundo párrafo), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 634, segundo párrafo).

[11] Entre los mencionados tratadistas, se encuentran: REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, página 160; BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, página 250; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 270; y ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, página 58.

Por nuestra parte, consideramos indispensable para abordar el tema, hacer ciertas presiciones de índole temporal y valorativo, relativas al precio de compra o de venta, además de otras de índole geográfico, que estimamos necesarias para el esclarecimiento del problema planteado por el precio promedio.

4.1. Precisiones de índole temporal

Respecto al tiempo en que debe registrarse el precio de comercialización del bien que determinará a su vez el precio del contrato de compraventa, puede existir la mayor variedad de opciones, tales como que las partes se refieran a un período de un año, un semestre, un trimestre, un mes, una quincena, una semana, un fin de semana, un día, etc., pudiéndose llegar, inclusive, a determinar al extremo dicho período, para hacer más certera la verificación del supuesto deseado, como que podría señalarse que el precio será determinado por la cotización que tenga dicho bien en un determinado mercado, plaza o Bolsa, tal día, en tal minuto o segundo. Como podría ser: el precio que registren las Acciones Comunes de la Compañía «X», en la Bolsa de Valores de Lima, el día 11 de enero del año 2001 a las 10:30:02 a.m.

No está demás decir que a este respecto se pueden dar la mayor variedad de convenios, ya que las partes tienen la más amplia libertad para fijar como referencia cualquiera de estos factores temporales para la determinación del precio en un contrato de compraventa, como que también podrían fijar las siguientes referencias:

4.1.1. El precio de apertura del mercado, plaza o Bolsa

4.1.2. El precio de cierre del mercado, plaza o Bolsa

4.2. Precisiones de indole valorativo

Respecto de los valores a tomar en consideración, también tienen las partes la más amplia libertad contractual.

Queremos decir que los contratantes pueden establecer que se están refiriendo a tal o cual precio, con las siguientes opciones a su favor:

4.2.1. El mayor precio que registre el bien en el período designado

4.2.2. El menor precio que registre el bien en el período determinado

4.2.3. El precio medio del que registre el bien en el período determinado

Es precisamente este último supuesto el que nos suscita mayores interrogantes.

De establecer las partes como referencia el precio medio que tenga un bien en un mercado, plaza o Bolsa determinados, o, incluso, de ser la ley la que establezca que será dicho precio medio el que se tomará en referencia, surgirá el problema de cómo obtener precisamente dicho precio medio.

Así las cosas, vamos a continuar con los ejemplos que citáramos anteriormente:

El día 10 de enero del año 2001 vendemos 500,000 Acciones Comunes de la Compañía «X», y de conformidad con el comprador establecemos como precio determinable el valor medio que dichas acciones registren en la Bolsa de Valores de Lima el día 11 de enero de ese mismo año.

Supongamos, adicionalmente, que en esta última fecha se efectúan las siguientes operaciones:

— 10:00 a.m.: Se venden 100 acciones a S/. 10.00 cada una.
— 11:00 a.m.: Se venden 3,000 acciones a S/. 11.00 cada una.
— 3:00 p.m.: Se venden 800 acciones a S/. 12.00 cada una.

Aquí nos planteamos dos puntos cuya solución resulta previamente necesaria para resolver este problema:

Para obtener dicho precio medio del mercado, plaza o Bolsa, debemos señalar que se nos plantea una opción:

— Obtener el promedio simple, en base a la sola consideración de los valores o precios obtenidos por el bien en el período designado, sin tener en consideración los volúmenes de bienes vendidos en cada uno de esos valores.
  Siguiendo este criterio, simplemente tendríamos que obtener el promedio entre los diversos precios de venta registrados, sin necesidad de fijarnos en cada uno de los volúmenes comercializados en dichos valores.
  Así, tendríamos que, en el ejemplo citado de venta de acciones, el promedio sería (10.00 + 11.00 + 12.00) = 33.00 entre 3 = 11.00 nuevos soles.
— Obtener el promedio ponderado en base a consideración de los valores o precios obtenidos por el bien en el período designado, teniendo en cuenta los volúmenes de bienes vendidos en cada uno de esos valores.

Creemos que este sería el supuesto más razonable, ya que podría resultar injusto o arbitrario realizar una operación de cálculo sin tener en consideración cuántos bienes se han vendido en cada uno de los precios que registró como cotización dicho producto en el período asignado, en el mercado establecido.

Tomando como base este ejemplo, tendríamos que obtener el precio medio realizando los siguientes cálculos:

Multiplicar en cada ocasión el número de acciones vendidas por el valor obtenido por cada una de ellas. Así obtendremos los siguientes resultados parciales:

— En la primera operación se comercializaron 100 acciones, obteniéndose un resultado de S/. 1,000.
— En la segunda operación se comercializaron 3,000 acciones, obteniéndose un resultado de S/. 33,000.
— En la tercera operación se comercializaron 800 acciones, obteniéndose un resultado de S/. 9,600.

Estas cifras nos dan los siguientes resultados parciales:

— Acciones vendidas: 3,900.
— Precio global resultado de las ventas: S/. 43,600.

De ahí que para obtener el promedio de venta de dichas acciones, tengamos que dividir el monto total de dinero pagado por ellas (S/. 43,600) entre el número total de acciones comercializadas (3,900).

Esta operación nos da como precio unitario de la fecha indicada, vale decir, como precio medio o promedio ponderado de las mismas el de: S/. 11.18.

Como hemos podido apreciar, siguiendo los dos procedimientos —promedios simple y ponderado, respectivamente—, obtenemos resultados distintos.

Reiteramos nuestra posición en el sentido que la segunda opción es la correcta, por ser la que más se ajusta a la realidad de las cosas.

4.3. Precisiones en cuanto al precio de compra o al precio de venta

Si bien es cierto, como viene siendo señalado por nosotros, que es factible dejar la determinación del precio al que tenga el bien en un determinado mercado en un determinado día, se podría plantear el caso en que existan dos precios distintos, vale decir, el precio de compra, entendido por el precio en que un comerciante adquiere determinado bien en

una determinada fecha; y el precio de venta, entendido como el precio en que el comerciante vende dicho bien, esa misma fecha.

Si hubiesen dos precios: uno de compra y uno de venta, los contratantes podrían fijar que el precio se determinará en base a la referencia de uno u otro. Entendemos que a falta de designación de cuál de ellos se ha querido referir, habrá que tomar como criterio el de averiguar la naturaleza de la operación efectuada, para ver si le es aplicable claramente alguno de estos dos supuestos.

En caso no sea fácilmente distinguible de la integridad del acto, el saber si se trataba de un precio de compra o un precio de venta, entendemos que habría que obtener el precio promedio, el cual será muy difícil de conseguir en caso no exista un sistema objetivamente considerado por el cual se sepan los volúmenes de dicho producto comercializados en esa fecha en ese mercado o plaza (descartamos a las Bolsas de Valores o Productos, pues dada su propia organización, cuentan con datos sumamente exactos a este respecto).

En caso de no ser posible realizar este cálculo con volúmenes exactos, habrá que obtener simplemente el promedio respectivo de los precios de venta y de compra, es decir, la media proporcional de los mismos.

Arias-Schreiber opina en similar sentido que nosotros:[12] cuando expresa que «Conviene, empero, si se emplea esta fórmula, que se indique en el contrato si las partes se están sujetando al precio de compra o de venta, pues son distintos y en caso de que nada se diga opinamos que, por equidad, habrá que sacar el promedio de ambos».

4.4. Precisiones de índole geográfico

También será posible combinar los factores que venimos analizando con uno de índole geográfico, como podría

---

[12] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op., cit.*, tomo II, página 58.

ser el determinar que el valor en que será vendido un bien será el del promedio de los valores máximos que obtengan los bienes «a» y «b» en los mercados «x» e «y», el día «z».

Similar regla podríamos aplicar respecto de productos que se vendan en plazas o Bolsas y también, tomando en consideración cualquier otro índice de referencia.

5. Precio mayor o menor al de mercado

Cabe también la posibilidad de que los contratantes no se remitan al precio que un bien tenga en un mercado, plaza o Bolsa, en estricto, sino, siempre tomando en consideración el precio que tenga en dichos lugares, establezcan que será un tanto mayor o menor a aquel. Vale decir, cabría establecer que unas acciones determinadas serán vendidas a un 5% menos que el precio en que se coticen en la Bolsa de Valores de Lima en tal día, debiéndose esta rebaja —por ejemplo— a razones de amistad entre comprador y vendedor.

Es evidente que también será susceptible el que se presente el supuesto contrario, vale decir, cuando lo que se establezca sea un plus, lo que podría darse por las más variadas razones y en las más diversas circunstancias.

Podrían además, establecerse otros precios, como podría ser el mayor o el menor que tuviese el bien. Esto resulta lógico.

Hemos encontrado un grupo de Códigos Civiles que hacen referencia a esta posibilidad de pacto entre comprador y vendedor.[13]

---

[13] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia a que el precio corriente al que pueden remitirse los contratantes para hacer al precio determinable, no necesariamente tendrá que ser el de plaza, sino que podrá ser mayor o menor que este, siempre y cuando los contratantes así lo establezcan:

Código Civil Español (artículo 1448), Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1608), Código Civil Panameño de 1917 (artículo 1218), Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1930 (artículo 1337), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 924).

Entre los autores consultados, León Barandiarán,[14] alude a la posibilidad de un convenio de estas características.

6. Cotización señalada por corredores

Es justamente debido a la muchas veces frecuente imposibilidad objetiva de determinar cuál ha sido el precio en un determinado mercado o plaza, en una determinada fecha, que ha sido contemplada por el Código Civil Argentino (artículo 1353) y por el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 924) que dicha cotización será determinada por certificados de corredores, o por testigos en los lugares donde no haya corredores.[15]

6.1. Supuesto en que no exista dicha cotización de mercado

Cabe también la posibilidad de que habiendo sido dejada la determinación del precio del bien al precio que tuviese en un determinado mercado, plaza o Bolsa, ocurra que en la fecha designada no se haya realizado ninguna operación respecto de los bienes materia del contrato de compraventa. En tales casos, se plantearían problemas de no muy fácil solución.

Debemos mencionar que el Código de las Obligaciones de Polonia de 1935 se pone en el supuesto de que, a pesar de haber establecido las partes la referencia al precio de un mercado, no exista dicho precio. En su artículo 296, inciso 3, da como solución el «referirse al corriente del mercado o de la bolsa del lugar donde se le comercia de acuerdo a los usos recibidos, considerados como aplicables».

No hemos encontrado otro cuerpo legislativo que haga referencia sobre el particular.

---

[14] LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, página 19.

[15] Ver: WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 271.

Por su parte, la doctrina consultada se divide en dos tendencias de opinión, una que sostiene que habrá que ver cada caso concreto para decidir si hay o no contrato, y otra que sostiene que en tales supuestos no habría contrato.

Veamos ambas posiciones:

6.1.1. Es necesario analizar cada caso concreto para decidir si hay o no contrato

Este criterio es planteado en la Argentina por López de Zavalía[16].

6.1.2. No hay contrato

Esta posición es sostenida en el Perú por Arias-Schreiber.[17]

6.1.3. Nuestra posición

Por nuestra parte, consideramos muy valiosos los argumentos esgrimidos por López de Zavalía en el sentido que habrá de analizarse cada caso en particular para saber si habrá o no contrato. Creemos que un tema tan conflictivo como este no requiere una respuesta tan concluyente como aquella consignada en la segunda posición. El criterio contrario a la validez de la venta está reñido con el principio contenido en muchas normas de nuestro Código, tendientes a optar por la preservación y validez del contrato en vez de su nulidad.

Además, creemos que López de Zavalía trata de buscar algunos elementos que hagan determinable el precio a falta de cotización en la fecha indicada en el mercado previsto,

[16] LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, página 76.
[17] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, página 58.

tal como es la opción de considerar el promedio entre el corriente del día anterior y el del día posterior.

Sin embargo, concordando con el tratadista argentino, pensamos que será indispensable analizar las consideraciones que han llevado a las partes a establecer ese mercado y esa fecha como referencia, ya que, de constituir este elemento el factor determinante de la voluntad de las partes, deberíamos inclinarnos por sancionar al contrato como nulo por falta de precio.

7. Supuesto en que no se hayan establecido ni la fecha ni el lugar a tomar en consideración para determinar el precio

Sobre este tema se ocupa López de Zavalía.[18]

8. Supuesto en que se haya determinado el lugar de la plaza, mercado o bolsa, pero nada se haya dicho acerca de la fecha

En este punto, observamos que podrían considerarse dos posiciones distintas: una en el sentido de tomar en cuenta el precio del día de la celebración del contrato; y otra, en el sentido que debería tomarse en cuenta el precio del día de la fecha de cumplimiento de la prestación, o día de entrega del bien.

A esta última posición se adhieren, entre otros, Barros Errázuriz[19] Alessandri y Somarriva[20] y Wayar.[21]

Por nuestra parte, debemos señalar que si no se hubiese fijado ni la fecha ni el lugar a tomar en consideración

[18] LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, página 76.
[19] BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Op. cit.*, tomo II, página 368.
[20] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Op. cit.*, tomo IV, páginas 375 y 376.
[21] WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 269 y 270.

como referencia, evidentemente el contrato sería nulo por ser indeterminable su precio, debido a la carencia de datos suficientes para determinarlo. Si no se hubiese señalado la fecha, mas sí el lugar, consideramos de justicia, al igual que López de Zavalía, que deba tomarse en cuenta el día previsto para la entrega del bien, y en defecto de señalamiento de este último, el día de la celebración del contrato.

De haberse determinado la fecha, mas no el lugar (mercado, plaza o Bolsa), deberán tenerse en cuenta algunas consideraciones. En principio, debemos entender que se está hablando del lugar de la celebración del contrato o de la entrega del bien (según se deduzca del contenido del acto celebrado). De haber en ese lugar un solo mercado, plaza o Bolsa en el que se comercialicen los bienes vendidos, evidentemente se tomará en consideración este. De haber varios, y contar estos con datos exactos acerca de la comercialización diaria del producto, se tomará en cuenta el precio promedio de los mismos; de no contarse con dichos datos, el contrato será nulo por falta de precio.

Sobre el tema contenido en el artículo 1545 una Resolución Suprema,[22] dictada el año 1941, estableció que:

> Cuando en un contrato de compraventa de algodón se fija un precio provisional y se pacta que el precio definitivo será fijado por el vendedor en determinada fecha, el saldo del precio exigible es el que resulta de la comparación de dicho precio provisional con el definitivo de la cotización vigente en la fecha fijada por el vendedor.

[22] RESOLUCIÓN DE TRIBUNAL. 1941, página 381. En: GUZMÁN FERRER, Fernando. *Op. cit.*, tomo III, páginas 1582 y 1583.

OTROS SUPUESTOS DE PRECIO DETERMINABLE

Artículo 1546.- «Es lícito que las partes fijen el precio con sujeción a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1235».

Fuentes nacionales del artículo 1546

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; el Código Civil de 1852; el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; y el Código Civil de 1936.

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, abordó la materia en su artículo 20: «Es lícito que las partes fijen el precio en función de índices de precios, siempre que sean susceptibles de determinación objetiva»; mientras el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1576: «Es lícito que las partes fijen el precio en función, de índices de precios, siempre que sean

susceptibles de determinación objetiva»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1509: «Es lícito que las partes fijen el precio en función de índices de precios, siempre que sean susceptibles de determinación objetiva».

Análisis

1. Pertinencia de la norma

En realidad, el artículo 1235 al que hace remisión el artículo 1546 menciona tres posibilidades a las que las partes pueden dejar la determinación del precio en el contrato de compraventa:

(a) Indices de reajuste automático que fija el Banco Central de Reserva del Perú;
(b) Otras monedas, lo que equivale a decir, monedas extranjeras;
(c) Mercancías.

Sin embargo, debemos anotar que consideramos desacertada la redacción del artículo 1546, bajo comentario, ya que podría dar a entender, al reiterar la norma del numeral 1235, que esta es de aplicación al contrato de compraventa (y al de permuta, por razones obvias), pero no a otros actos, pues en los demás contratos típicos no se consignan normas similares al artículo 1546, situación que no impide —en lo absoluto— la aplicación del artículo 1235 a dichos actos, pues esta es una norma que corresponde a la generalidad de obligaciones.

Pero en realidad, la licitud de que las partes pacten en su contrato cualquiera de las posibilidades antes mencionadas, no es óbice para que acuerden alguna otra forma de determinación del precio que les parezca conveniente.

Así las cosas, vamos a proceder a efectuar una revisión de lo que representan las posiciones de la doctrina y de la legislación al respecto.

Algunos de los Códigos Civiles consultados hacen referencia expresa a la posibilidad de someter la determinación posterior del precio a diversos índices de referencia. Los casos más puntuales son el Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1546) y el Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 487).

También el Código Civil Argentino contempla esta posibilidad, pero de manera mucho más restringida, cuando en su artículo 1349 hace mención a que se considerará cierto el precio cuando las partes lo designen con referencia a «otra cosa cierta».

2. Diversos supuestos de precio determinable

La doctrina se pronuncia de la forma más variada posible a este respecto, al contemplar diferentes supuestos en los cuales el precio puede ser dejado a posterior determinación, tomando como referencia algún elemento, ya sea un acontecimiento o alguna mercancía.

A continuación analizaremos todos los supuestos que hemos encontrado en la legislación y doctrina consultadas:

2.1. Compraventa por el precio que otro ofrezca por el bien

Este supuesto solamente es contemplado por el Código Civil Argentino (artículo 1355) y el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1936 (artículo 925), y en ambos casos se sanciona a dicho pacto con nulidad.

En igual sentido se pronuncia la mayoria de la doctrina consultada.[1]

---

[1] POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, tomo I, página 16; TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 203; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT,

La venta por el precio que un tercero ofrezca por el bien, consideramos debería ser sancionada como nula, pero debe hacerse una primera salvedad en el sentido que el precio que otro ofrezca por el bien debe entenderse en tiempo futuro, vale decir, el que otro ofrecerá por el bien, supuesto en el cual se podrían dar los fraudes anotados por la doctrina consultada. Como señala López de Zavalía,[2] «distinto sería el caso en que las partes se remitieran al precio que ya alguien hubiera ofrecido con anterioridad, porque entonces ya habría una referencia cierta a un precio cognoscible en el momento del contrato, y susceptible de ser probado».

Consideramos de interés la excepción planteada por Wayar,[3] referente a que el precio sugerido por el tercero sea el corriente de plaza:

> [...] ¿qué ocurre si el precio sugerido por el tercero es el corriente en plaza? A nuestro juicio, en este caso el contrato debe ser declarado válido; no cabe duda, en efecto, de que puede considerarse determinado el precio, no sólo porque lo proponga el tercero, sino también, y ello es fundamental, porque el precio sugerido es el que se paga en plaza por el objeto vendido [...].

Sin embargo, no estamos de acuerdo con Wayar, ya que si bien el precio sugerido por el tercero puede coincidir con el de mercado, plaza o Bolsa, puede no coincidir con este, e incluso, darse un supuesto de fraude.

Creemos que un pacto de estas características debe ser considerado nulo, ya que la referida nulidad está destinada

---

Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 132 y 133; HUC, Théophile. *Op. cit.*, tomo X, página 58; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. cit.*, tomo IV, página 558; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, página 80; y WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 267 y 268.

2 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, página 79.

3 WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 268.

a proteger a las partes de dicho riesgo, independientemente de si se llegue a materializar o no el perjuicio latente.

2.2. Compraventa por el precio que tenga otro bien cierto

Este supuesto es contemplado expresamente por el artículo 1349 del Código Civil Argentino, habiendo encontrado un grupo de autores que tratan acerca del particular.[4]

Respecto a la equivalencia del precio con relación a otro bien cierto, lo consideramos perfectamente factible como forma de contratación de una compraventa. Sin embargo, creemos que precisamente el bien que se tome como referencia debe ser un bien cierto, es decir, estableciéndose con precisión de qué bien se trate, individualizándolo. De lo contrario, pensamos que no habrían elementos suficientes para determinar el precio, a menos que se trate de un bien fungible.

2.3. Compraventa por el precio de costo de producción del bien

Ninguno de los Códigos Civiles consultados se manifiesta sobre el particular.

En doctrina encontramos dos posiciones opuestas: una primera que considera que el contrato es válido[5] y una segunda que sostiene que el contrato es nulo.[6]

---

4 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, página 75; BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, página 239; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 269; y SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen IV, página 118.

5 Este criterio es sostenido, entre otros, por Pothier (POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, tomo I, páginas 15 y 16) y Sánchez Román (SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. cit.*, tomo IV, página 558).

6 Parecer sustentado, entre otros profesores, por Planiol y Ripert (PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 30) y Badenes Gasset (BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, páginas 239 y 240).

Por nuestra parte, y en lo que respecta a la venta por el costo de producción del bien, consideramos que deben distinguirse dos supuestos:

2.3.1. Si el bien ha sido producido por el propio vendedor

Consideramos que un pacto que incluya una referencia a este precio de costo será nula, debido a que en la práctica se estaría dejando al vendedor la potestad exclusiva de establecer el monto de dicho costo. A pesar de ser cierto que en el proceso de elaboración de un bien habrán valores objetivos, existirán otros cuyo monto no podrá establecerse de manera tan veraz, como es el caso de lo que haya costado la mano de obra del productor (vendedor), lo que podría llevar a que este último asignara a esta parte del costo de producción, valores notablemente mayores a los reales.

Por tal razón creemos que remitir en un supuesto como el anotado el precio de la venta al del costo, sería prácticamente lo mismo que dejar la determinación del precio de la venta a uno solo de los contratantes. Para graficar lo antes dicho, mencionaremos un ejemplo: «A» le dice a «B»: «Te vendo esta torta por lo que me costó. Me costó S/. 15. ¿Aceptas?». «B» le contesta: «Sí, acepto».

En el ejemplo señalado, existe una venta por el precio de costo y dicha venta es válida porque el vendedor señaló el precio de costo de la torta y sobre dicho precio el comprador asintió (existió consentimiento sobre bien y precio).

Distinta sería la suerte del siguiente ejemplo: «A» le dice a «B»: «Te vendo esta torta por lo que me costó. ¿Aceptas?». «B» le contesta: «Sí, acepto». En este caso, las partes han entendido remitir el precio como referencia al de costo de la torta. Sin embargo, de considerar válido este último ejemplo, «A» podría exigir a «B» el pago del precio que arbitrariamente se le ocurriese señalar, pudiendo ser este precio sobredimensionado por «A». En la práctica, a «A» se le estaría dejando la exclusiva determinación del precio, razón por la

cual en nuestro segundo ejemplo no habría venta, por faltar el requisito de determinabilidad del precio (requisito del precio cierto).

2.3.2. Si el bien ha sido producido por terceras personas (ajenas al comprador y vendedor)

Para este supuesto, remitir la determinabilidad del precio a lo que a ese tercero le haya costado producir el bien, sí haría al precio determinable, ya que no dependerá de las partes la determinación del precio, sino de la manifestación que el tercero haga sobre el particular.

Debemos manifestar que este supuesto podría constituir una primera excepción a la conmutatividad del contrato de compraventa en lo que al precio se refiere. En tal sentido, aquí cabrían dos posibilidades:

2.3.2.1. Que las partes sometan el contrato a la condición suspensiva de que efectivamente el bien haya costado algo

De nada haber costado, no se verificará la condición y, por tanto, el contrato nunca surtirá efectos.

De verificarse la condición, vale decir si el tercero manifiesta que el bien costó algo, el contrato surtirá plenos efectos, debiendo el comprador pagar dicho precio y el vendedor transferir la propiedad del bien.

2.3.2.2. Que las partes hubiesen querido celebrar un contrato puro y simple

En este supuesto, aun el bien nada hubiese costado, el vendedor deberá transferir su propiedad al comprador gratuitamente.

Consideramos necesario hacer una apreciación, cual es, la de que por mandato de la ley, un contrato de compraven-

ta que revista las características descritas, deberá, como regla general, ser considerado como conmutativo, salvo que las partes expresen indubitablemente su voluntad de pactarlo en forma aleatoria.

2.4. Compraventa por el precio de adquisición del bien por el vendedor

Ninguno de los Códigos Civiles consultados se manifiesta sobre el particular.

En doctrina hemos advertido tres opiniones distintas: una primera, que considera válido el contrato, sostenida por Baudry-Lacantinerie y Saignat;[7] una segunda que considera nulo el contrato, sostenida por Troplong;[8] y una tercera posición, que podríamos denominar ecléctica, esgrimida por Duranton.[9]

Por nuestra parte consideramos que para este caso podemos distinguir dos supuestos:

2.4.1. Si la última transferencia de propiedad del bien (la anterior al contrato del que tratamos) estuviese inscrita en los Registros Públicos (sea el bien mueble o inmueble), consideramos que el contrato sería válido, ya que en virtud de la presunción establecida en el artículo 2012 del Código Civil, en el sentido que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones, sin admitirse prueba en contrario, y de la existencia del artículo 2014, resultará evidente que el conocimiento del precio de adquisición de dicho bien estará al acceso de ambos contratantes, lo que equivale a decir, que comprador y vendedor están reputados ser conocedores del precio (presunción *iuris et de iure*).

---

[7] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 132.

[8] TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 202.

[9] DURANTON. *Op. cit.*, tomo VII, página 50.

2.4.2. Si la última transferencia no ha sido inscrita en los Registros Públicos, el contrato será nulo, debido a que no existirá una forma fehaciente de conocer el precio de adquisición del bien; y, de considerarlo válido, esto equivaldría a dejar el señalamiento del precio a la voluntad exclusiva del vendedor del mismo.

2.5. Compraventa por el precio equivalente a la cantidad de dinero que haya en un lugar determinado

Ninguno de los Códigos Civiles consultados se pronuncia sobre el particular.

La doctrina que trata el punto se manifiesta por la validez de un contrato de estas características.[10]

Nosotros consideramos que en el caso materia de análisis, podrían presentarse diversos supuestos:

2.5.1. Si las dos partes conociesen al momento de la celebración del contrato el contenido o la cantidad de dinero existente en el lugar indicado como referencia, el contrato sería perfectamente válido, ya que habría pleno consentimiento de ambos contratantes sobre bien y precio.

2.5.2. Si solo una de las partes conociese el contenido del lugar indicado, el contrato sería nulo, y podríamos graficarlo con el siguiente ejemplo: «A» le dice a «B»: «Te compro tu libro X por la cantidad de dinero que tengo en el bolsillo derecho de mi pantalón; ¿Aceptas?». «B» contesta: «Acepto». En el ejemplo, «A» conocía la cantidad de dinero que tenía en su bolsillo, mientras que «B» desconocía tal cantidad. En este supuesto el contrato sería nulo porque equivaldría a dejar la

---

[10] DURANTON. *Op. cit.*, tomo VII, página 50; MARCADÉ, V. *Op. cit.*, tomo VI, página 180; y TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 202.

determinación del precio a la exclusiva voluntad de una de las partes.

2.5.3. En el supuesto que ambas partes desconociesen la cantidad de dinero existente en el lugar tomado como referencia, el contrato sería aleatorio y válido, pudiendo revestir dos caracteres distintos:

2.5.3.1. Que las partes sujeten el contrato a la condición suspensiva de que haya algo en el lugar tomado como referencia

2.5.3.2. Que las partes celebren un contrato puro y simple, vale decir, completamente aleatorio

2.6. Compraventa por el precio equivalente al valor del bien

Ninguno de los Códigos Civiles consultados se pronuncia sobre el particular.

En doctrina, en tanto Pothier[11] es partidiario de un contrato de estas características, Baudry-Lacantinerie y Saignat[12] niegan validez a este pacto.

Por nuestra parte consideramos que vender un bien por lo que valga equivale a venderlo por su justo precio, ya que solo constituirá un precio justo aquel que refleje el valor real del bien.

Por tal consideración es que hacemos aplicables al presente supuesto los comentarios que formulamos más adelante al tratar de la venta dejada al justo precio.

[11] POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, tomo I, página 19.
[12] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 132.

2.7. Compraventa por el precio equivalente a aquel en el cual otra persona venda un bien

Ninguno de los Códigos Civiles consultados se pronuncia sobre el particular.

La doctrina se manifiesta de manera favorable a esta modalidad de celebrar la compraventa.[13]

Por nuestra parte, pensamos que podrían darse dos supuestos:

2.7.1. Que el tercero todavía no haya vendido

Consideramos que el caso en mención es perfectamente válido, siempre y cuando ambas partes contratantes de común acuerdo designen a la persona en base a la cual se va a fijar el precio de venta del bien. De lo contrario, si solo una parte contratante señalase a la persona cuyo precio de venta se tendrá como referencia, se estaría dejando la determinación del precio bajo el peligro de posibles fraudes y complicidades entre la persona designada y el contratante que la designó; todo ello en perjuicio del otro contratante.

2.7.2. Que el tercero haya vendido el bien, supuesto que se regirá, *mutatis mutandis*, por los principios señalados por nosotros para el caso 2.5. del análisis de este artículo.

2.8. Compraventa con precio dejado a la suerte

Ninguno de los Códigos Civiles consultados se manifiesta sobre el particular.

En doctrina, solo hemos hallado la opinión de Duranton[14] quien sostiene que es factible celebrar una compraventa de-

[13] Así tenemos, entre otras opiniones, las de POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, tomo I, páginas 19 y 20; TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 203; y BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo. *Op. cit.*, tomo II, páginas 366 y 368.
[14] DURANTON. *Op. cit.*, tomo VII, página 50.

jando el precio, por ejemplo, «por el número de mil francos que será determinado por el primer número salido en la lotería en el próximo sorteo».

Pensamos que el ejemplo citado por Duranton es perfectamente válido, ya que nada obsta para que las partes celebren un contrato expresamente aleatorio, pues en el ejemplo citado por dicho autor, el vendedor podrá pagar desde 1,000 hasta 9,000 francos, debido a que el primer número de la lotería será cualquiera del 1 al 9, pero casi nunca 0, ya que los billetes de lotería por lo general nunca empiezan con 0; pero nada impediría que se tome como referencia no el primero sino el último o cualquier otro dígito del billete de lotería ganador, que incluyese el 0 (pagar nada) como posibilidad.

No está demás señalar que las partes podrían tomar como referencia el factor que quisieren, siempre y cuando el resultado del mismo no dependa de la voluntad de aquellas.

Este podría ser un supuesto de compraventa aleatoria en razón del precio.

2.9. Compraventa con precio dejado al monto en el cual el vendedor venda un día determinado

Ninguno de los Códigos Civiles consultados se pronuncia sobre el particular.

En doctrina, los Mazeaud[15] no admiten este supuesto, opinión con la que concordameos plenamente, ya que aceptarlo equivaldría a dejar la determinación del precio a la decisión exclusiva de una de las partes.

2.10. Compraventa dejada al justo precio

Debemos señalar que este supuesto es mencionado por un número reducido de Códigos Civiles, y consiste en que

[15] MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, página 142.

ambas partes dejen la determinación del precio, precisamente, al justo precio que dicho bien tenga en un determinado momento, sea este el de la celebración del contrato o el del día del pago.

Básicamente existen dos posiciones legislativas: aquella que considera que el contrato es nulo, y otra que sostiene la validez del mismo.

Veamos:

2.10.1. El contrato es nulo

Esta posición es sostenida por el Código Civil Argentino (artículo 1355 —es nulo este pacto—) y el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1936 (artículo 925 —es nulo este pacto—).

Son básicamente las doctrinas francesa y argentina aquellas que se cuestionan el problema del «justo precio», opinando mayoritariamente los autores de dichos por la nulidad.[16]

2.10.2. El contrato es válido

Esta posición es sostenida por el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1474, segundo párrafo —es válido—; su tratamiento se remite a lo establecido por el primer y segundo párrafos, que señalan lo siguiente: «Si el contrato tiene por objeto cosas que el vendedor vende habitualmente y las partes no han determinado el precio, ni han convenido el modo de determinarlo, ni el mismo es establecido por acto de la autoridad pública o por normas corporativas, se presume que las partes han querido referirse al precio normal-

[16] Así tenemos, entre otras, las opiniones de HUC, Théophile. *Op. cit.*, tomo X, página 58; LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo II, páginas 68 y 69; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 30; REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, página 161; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, Parte Especial, página 78; y SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen IV, página 118.

mente practicado por el vendedor. Si se trata de cosas que tienen un precio de bolsa o de mercado, el precio se toma de los listines o de las mercuriales del lugar en que debe realizarse la entrega, o de los de la plaza más próxima».) y el Código Civil Portugués de 1967 (artículo 883, inciso 2 —es válido—; su tratamiento se remite a lo establecido por el inciso 1 de este artículo, precepto que establece: «Si el precio no estuviere fijado por entidad pública, y las partes o no determinaren ni acordasen el modo de determinarlo, vale como precio contractual el que el vendedor normalmente practicase a la fecha de conclusión del contrato o, a falta de éste, el de mercado o bolsa al momento del contrato y en el lugar en que el comprador deba cumplir; en la insuficiencia de estas reglas, el precio es determinado por el tribunal, siguiendo juicios de equidad»).

En doctrina, asumiendo la que mucho después sería la posición que adoptara el Código Civil Italiano de 1942, Falcón[17] sostiene que un contrato de tales características es válido; al igual que Messineo.[18]

En contra del criterio de la nulidad del contrato, sustentado por el Código Civil Argentino (vale decir, esgrimiendo la posicón de validez del mismo), encotramos la opinión de Borda y Wayar.[19]

Por nuestra parte, debemos señalar que respecto al supuesto del precio justo, lo consideramos en principio nulo, ya que como anotan algunos de los autores citados, resulta algo sumamente abstracto, a lo que nosotros agregaríamos que al remitir el precio al que sea justo, absolutamente nada se estará precisando, debido a que resulta regla general que cuando comprador y vendedor acuerdan un precio sobre un bien determinado, es porque consideran como justo a ese precio pactado.

---

17 FALCÓN, Modesto. *Op. cit.*, tomo IV, página 203.
18 MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo V, páginas 66 y 67.
19 WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 266 y 267.

Creemos que remitir el precio al que sea justo equivale a que las partes no señalen precio alguno.

Las únicas posibilidades en las que un acto de estas características revistirá validez, son aquellas en que resulte aplicable lo dispuesto por el artículo 1547 del Código Civil Peruano, norma que establece que en la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor.

Otro caso en el cual a falta de determinación del precio (supuesto del justo precio) el acto sería válido, es si se tratase de bienes que tengan precio de Bolsa o de mercado, cuando se presumirá que regirá el del lugar donde deba realizarse la entrega (argumento del artículo 1547, segundo párrafo, del Código Civil Peruano).

2.11. Compraventa por el precio que resulte de posterior tasación del bien

Existe un reducido grupo de Códigos Civiles que hacen referencia a que el precio puede ser dejado a posterior tasación que se haga sobre el bien vendido, sea aquella íntegra o con cierta rebaja convenida, siempre que además se sometan a decisión judicial en el caso de que alguna de ellas no se conforme con la tasación.[20]

En doctrina solo hemos hallado el parecer del Doctor León Barandiarán.[21]

---

20 Entre estos cuerpos legales, se encuentran los siguientes:
Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1322), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil Peruano de 1926 (artículo 380), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1378, primera parte), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1389, primera parte), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1798).
21 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, páginas 19 y 20.

En opinión nuestra, cuando se deja la determinación del precio del bien a posterior tasación del mismo, constituye supuesto fundamental, la designación de la (s) persona (s) que efectuará (n) dicha tasación por acuerdo de ambas partes.

Resulta evidente que quien efectuará dicha tasación será un perito, vale decir, un experto entendido en la materia relativa al bien vendido, pues de lo contrario no podría hablarse de tasación propiamente dicha.

Este supuesto, como ha sido señalado, no se ha contemplado expresamente por el Código Civil Peruano de 1984, pero sin embargo, podemos comprenderlo dentro del supuesto general del artículo 1544, relativo a la determinación del precio del bien por parte de una tercera persona. Tampoco ha sido recogido por el Código Civil Argentino, pero podríamos entender para ese país similar situación de la que hemos dado para el Perú, ya que se le podría comprender dentro de los alcances del artículo 1349 del Código de Vélez Sarsfield. Por ello es que hemos tratado acerca del supuesto de tasación por un tercero, y consideramos, a diferencia del Doctor León Barandiarán, que si este perito designado por las partes no llega a hacer la tasación, los contratantes pueden sustituirlo. De no existir consenso entre las partes, el contrato será nulo, ya que no le correspondería al Juez señalar el precio de la tasación, puesto que dicha labor no está comprendida dentro del ámbito de sus funciones.

2.12. Compraventa por el precio dejado a resultado de una subasta pública

Existe un grupo de Códigos Civiles que hace referencia expresa a que la determinación del precio puede estar librada al precio más alto que se ofrezca por el bien que se venda, en subasta pública.[22]

[22] Código Civil Peruano de 1852 (artículo 1323), Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil del Perú de 1926 (artículo 381), Proyecto de Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1378, segunda parte), Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1389, segunda parte).

En doctrina solo hemos hallado la opinión de León Barandiarán.[23]

Advertimos que la generalidad de cuerpos y proyectos legislativos que se pronuncian acerca del precio como resultado de una subasta pública, son peruanos. Ningún Código consultado —de otro país— regula el particular.

Consideramos que el supuesto anotado puede tener dos interpretaciones distintas:

2.12.1. Que las partes pacten dejando la determinación del precio del bien sobre el cual contratan, referida a la postura más alta en la que se venda otro bien (similar o no) en subasta pública.

Este supuesto, en principio, es válido, si es que ya se hubiese vendido el otro bien; y si no se hubiese vendido todavía, lo será, a menos que sea el vendedor quien efectúe la postura más alta en dicha venta.

2.12.2. Que el supuesto esté referido al propio bien materia de la venta, en el cual, debido a disposición legal, el bien deba ser vendido en subasta pública. Sin embargo, este último supuesto lo consideramos obvio, ya que no requerirá de algún pacto para su producción. La doctrina peruana que se pronuncia sobre el tema lo hace desde esta perspectiva, como puede apreciarse la opinión del Doctor León Barandiarán.

2.13. Compraventa con precio dejado a los índices de reajuste automático que fija el Banco Central de Reserva del Perú

Para mejor estudio de este punto, remitimos al lector a una investigación anterior.[24]

[23] LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo I, página 20.

[24] OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, segunda parte, tomo V, páginas 33 a 157.

Por lo demás, no vemos ningún inconveniente en pactar un contrato de compraventa, sujetando el monto del precio a los índices de reajuste que fija el Banco Central de Reserva del Perú; es más, resulta adecuado para preservar el valor de la prestación a ejecutar por el comprador.

2.14. Compraventa con precio sujeto a reajuste derivado de cláusulas valoristas relativas a monedas extranjeras

Para un mejor análisis acerca de este punto, remitimos al lector a una investigación anterior.[25]

2.15. Compraventa con precio sujeto a reajuste derivado de cláusulas valoristas relativas a metales preciosos o minerales en general

Para un estudio en profundidad sobre este punto, remitimos al lector a una investigación anterior.[26]

2.16. Compraventa con precio sujeto a reajuste derivado de cláusulas valoristas relativas a cualquier otra mercancía

En este caso, también remitimos al lector a una investigación anterior.[27]

2.17. Supuesto en que las partes no pueden fijar el precio. El precio legal

El supuesto más común en un contrato de compraventa es aquel en el cual las partes gozan de la más amplia libertad para establecer de mutuo acuerdo el precio por el que se transferirá la propiedad del bien. Sin embargo, caben situaciones de excepción, en las cuales, por disposición de norma legal, se establezca un precio, ya sea este un precio fijo o que esté constituido por los límites máximos en que se podrá vender un bien.

Estas situaciones han respondido al felizmente decreciente intervencionismo del Estado en la economía y en las relaciones de los particulares.

La inmensa mayoría de Códigos Civiles consultados no hacen referencia alguna al tema del precio legal.

Sin embargo, la excepción está constituida por el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1474 —cuando alude al precio fijado por acto de la autoridad pública—); y el Código Civil Portugués de 1967 (artículo 884).

En doctrina, son varios los tratadistas que hacen mención y admiten la posibilidad de existencia del precio legal.[28]

Por nuestra parte debemos señalar que aunque no vamos a ocuparnos a profundidad del modelo económico al cual nos adherimos, debemos efectuar ciertas consideraciones generales acerca de este tema y el precio legal.

En las antiguas economías de los países socialistas, el Estado se constituía en el ente regulador de todo el proceso económico nacional.

Sin embargo, esta no es la única forma de intervención del Estado en la economía, ya que se han dado casos de

---

[25] OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, segunda parte, tomo V, páginas 59 a 64.

[26] OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, segunda parte, tomo V, páginas 39 y 40.

[27] OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, segunda parte, tomo V, páginas 40 a 42.

[28] Así tenemos, entre otros, a FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente. *Op. cit.*, tomo II, página 257; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, páginas 29 y 30; JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 10; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 20; ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 19; WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, páginas 294 y 295; BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, página 200; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, página 34; y BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit*, tomo I, páginas 213 a 230.

países en los cuales si bien el Estado no ha regulado la totalidad de la actividad económica, sí lo ha hecho respecto de sectores importantes de la misma. En el Perú, el más reciente ejemplo de intervencionismo estatal, estuvo constituido por el régimen que gobernó al país entre 1985 y 1990, dentro del cual se dieron una serie de disposiciones por las cuales el Estado intervenía en el proceso económico y, particularmente, en la regulación de gran cantidad de precios.

Estas medidas que, en apariencia estaban destinadas a «regular adecuadamente la economía», tuvieron, precisamente, el efecto opuesto, ya que contribuyeron a la generación y crecimiento de un mercado negro de productos, del cual fueron principales beneficiarios, precisamente, los funcionarios vinculados a las empresas públicas encargadas de la comercialización y distribución de los productos controlados.

Con el advenimiento del régimen que empezó a gobernar el 28 de julio de 1990, se dieron disposiciones por las cuales se eliminaron la casi totalidad de controles, dejándose a las leyes del mercado (oferta y demanda) la regulación de los precios, situación que ha venido manteniéndose, a pesar de ciertas distorsiones y casos de excepción —numerosos, por cierto—.

Como regla general, nos manifestamos opuestos a la regulación de precios por parte del Estado. Al ser partidarios de la Economía Social de Mercado, creemos que el rol del Estado en la economía debe tener carácter subsidiario, vale decir, que solo intervenga donde los particulares no intervienen y cuando los particulares, precisamente, hayan generado, por prácticas monopólicas u oligopólicas, distorsiones en el funcionamiento del propio mercado.

Pero de darse el supuesto de un precio legal, si las partes excediesen el monto fijado por la ley, el contrato no será nulo, sino que el exceso se tendrá como no puesto. Igualmente, si el precio pactado por las partes fuera inferior al

legal, dicho pacto sería válido, por cuanto la finalidad de la norma no se habría visto transgredida.[29]

En resumen, somos contrarios al establecimiento de precios legales, ya que consideramos que la mejor forma de lograr que suban los precios es —precisamente— regulándolos.

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1546

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

Resulta inútil establecer una norma como esta en el contrato de compraventa, puesto que el artículo 1235 del Código Civil es de aplicación a la generalidad de obligaciones. La permanencia del numeral 1546 podría llevar a interpretaciones equivocadas, al no haberse consignado norma similar en los demás contratos típicos, a los cuales también les es aplicable este principio.

---

[29] Véase BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, página 200; y WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 295.

SUPUESTO EN EL CUAL LAS PARTES HAYAN OMITIDO DETERMINAR EL PRECIO Y FIJAR LAS REGLAS PARA SU POSTERIOR DETERMINACIÓN, EN BIENES DE COMERCIALIZACIÓN CORRIENTE Y MASIVA

Artículo 1547.- «En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor.

Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega».

Fuentes nacionales del artículo 1547

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; ni en el Código Civil de Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; así como tampoco en el Código Civil de 1852.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 regulaba el tema en su artículo 1683: «Cuándo el comprador recibe la cosa sin determinarse el precio, ó cuando hay duda sobre el que se ha fijado, se presume que las partes se conformaron con el precio corriente en el día y lugar, donde se entregó la cosa».

De otro lado, el artículo 1547 que nos ocupa, no registra antecedentes en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; y el Código Civil de 1936.

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, abordó la materia en su artículo 21: «En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, se presume que ellas han querido referirse al precio normalmente cobrado por el vendedor.— Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega»; en tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1577: «En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, se presume que ellas hayan querido referirse al precio normalmente cobrado por el vendedor.— Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el numeral 1510: «En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente si las partes no han determinado el precio ni han convenido el establecido por el vendedor.— Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega».

Análisis

1. Delimitación conceptual

Ya hemos analizado el supuesto en el cual las partes determinan con exactitud el precio del contrato de compraventa. Adicionalmente hemos tratado también del supuesto en el cual si bien las partes no hubiesen determinado el precio, sí han establecido reglas para su posterior determinación, es decir, los supuestos de precio determinable por expresa designación de las partes contratantes.

Ahora nos toca analizar el supuesto en el cual las partes no hayan ni determinado ni establecido siquiera reglas para la posterior determinación del precio.

Por principio, a falta de precio, el contrato de compraventa resulta nulo, pero la doctrina y la legislación se han encargado de establecer algunos principios a través de los cuales dicha nulidad podría dejarse de lado y establecerse, en virtud de normas expresas (de la ley) procedimientos para la determinación del precio del bien vendido.

Cabe resaltar que los supuestos en los que podrían aplicarse estas normas, se basan, fundamentalmente, en bienes fungibles, de comercialización corriente y masiva, tal como veremos en el punto siguiente.

2. Precio a tomar en consideración

En nuestra tradición jurídica existen dos posiciones sobre qué precio deberá tomarse en consideración.

En adelante, un análisis de ambos criterios:

2.1. Se tomará el precio corriente de plaza del día de la entrega del bien

Existe una importante corriente legislativa en el sentido de asumir que a falta de determinación del precio, éste de-

berá ser entendido como el precio corriente de plaza del día de la entrega.[1]

En doctrina, comparte este criterio un importante número de profesores.[2]

2.2. Se tomará el precio en el cual el vendedor expende habitualmente ese bien

Esta posición es seguida por un reducido grupo de Códigos Civiles.[3]

---

[1] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia a que el precio de bienes muebles, a falta de determinación del mismo, deberá ser entendido como el precio corriente de plaza del día de la entrega:

Proyecto de Código Civil de Andrés Bello (artículo 1979, tercer párrafo, «cosas fungibles»), Código Civil Chileno (artículo 1808, tercer párrafo, «cosas fungibles»), Código Civil Salvadoreño de 1860 (artículo 1612, tercer párrafo, «cosas fungibles»), Código Civil Uruguayo (artículo 1666, tercer párrafo, «cosas fungibles»), Código Civil Argentino (artículo 1354), Código Civil Colombiano (artículo 1864, tercer párrafo, «cosas fungibles»), Código Civil Ecuatoriano (artículo 1774, tercer párrafo, «cosas fungibles»), Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 212, «Si el comprador ha hecho un pedido, pero sin la indicación del precio, la venta se presume concluida al curso medio del día y del lugar de la ejecución».), Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1796, segunda parte, siempre y cuando el bien hubiese sido entregado. En caso de haber diversidad de precios, se tomará el precio medio.), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 613, inciso II), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1547, segundo párrafo), Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 755), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino, de 1987 (artículo 1331; si el precio no pudiera ser determinado por este criterio y tampoco fuera de los que el vendedor vende habitualmente y se pudiere conocer dicho precio, lo determinará el juez).

[2] Entre ellos: LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo II, página 68; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, páginas 18 y 19; REZZÓNICO, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, página 160; y SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen IV, página 118.

[3] Los siguientes Códigos Civiles hacen referencia a que el precio de un bien, a falta de determinación del mismo, deberá ser entendido como aquel por el cual el vendedor vende habitualmente dichos bienes:

Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1474), Código Civil Portugués de 1967 (artículo 883, «[...] a la fecha de conclusión del contrato o, a falta de éste, el de mercado o bolsa al momento del contrato y en el lugar en que el

En doctrina, este criterio es sostenido, entre otros por Messineo.[4]

El Código Peruano adopta una posición bastante interesante, pues comprende a los dos supuestos que son mencionados por la legislación y doctrina consultadas.

Concretamente, nos estamos refiriendo al artículo 1547, precepto que a la letra establece lo siguiente:

Artículo 1547.- «En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor.

Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega».

La posición del Código Civil Peruano, a este respecto, ha sido tomada, evidentemente, del artículo 1474 del Código Civil Italiano de 1942, que a la letra establece (texto original):

Artículo 1474.- «Falta de determinación expresa del precio.— Si el contrato tiene por objeto cosas que el vendedor vende habitualmente y las partes no han determinado el precio, ni han convenido el modo de determinarlo, ni el mismo es-

---

comprador deba cumplir; en la insuficiencia de estas reglas, el precio es determinado por el tribunal, siguiendo juicios de equidad».), Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 613, inciso I), Código Civil Peruano de 1984 (artículo 1547, primer párrafo), Anteproyecto de Código Civil Brasileño de 1984 (artículo 488; a falta de acuerdo, por haber habido diversidad de precio, prevalecerá el término medio), Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1987 (artículo 1331; si no se pudiese aplicar este criterio y si el precio no tuviera cotización en el día y lugar, lo determinará el juez).

Debemos puntualizar que el Código de las Obligaciones de Suiza (artículo 298) hace referencia a que el precio de un bien, a falta de determinación del mismo, deberá ser entendido como el precio por el cual el vendedor y el comprador comercian habitualmente dichos bienes.

[4] MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo V, página 66.

tablecido por acto de la autoridad pública o por normas corporativas, se presume que las partes han querido referirse al precio normalmente practicado por el vendedor.

Si se trata de cosas que tienen un precio de bolsa o de mercado, el precio se toma de los listines o de las mercuriales del lugar en que debe realizarse la entrega, o de los de la plaza más próxima.

Cuando las partes hayan querido referirse al justo precio, se aplican las disposiciones de los apartados anteriores; y cuando no concurran los casos previstos por ellos, el precio, a falta de acuerdo se determina por un tercero, nombrado a tenor del segundo apartado del artículo anterior».

Respecto a la importancia de este numeral, se manifiesta Badenes Gasset:[5]

> Como se ve, el legislador italiano ha estado dominado por la preocupación de salvar de la nulidad el contrato de contenido incompleto. Pero para alcanzar dicho fin, se ha excedido, puesto que, como observa Luzzatto, cuando el precio no ha sido del todo determinado, falta un elemento esencial y es dudosa la oportunidad de encomendar a un tercero el encargo de determinarlo. Esta norma puede recibir una amplia aplicación, aplicación que comprende, puede decirse, todos o casi todos los casos, en los cuales el precio no haya sido determinado por las partes, porque el Código no exige que las partes se hayan referido expresamente al justo precio, como hacía, en cambio, el abrogado Código de comercio (art. 60, apartado 2), contentándose sólo con que hayan entendido referirse a ése, y, por otra parte, en la grandísima mayoría de los casos, en que falta determinación del precio es de presumir, precisamente, que las partes han entendido referirse al justo precio.
>
> Se llega, pues, en el derecho italiano, a determinar elementos esenciales del contrato, no por las partes contratantes, sino por una voluntad extraña a ellas, e impuesta por un órgano estatal.

[5] BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, página 251.

Por nuestra parte concordamos plenamente con la opinión general de la doctrina, al igual que, en lo fundamental, con la redacción del artículo 1547 del Código Civil Peruano vigente.

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1547

Artículo 1547.- «En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor, específicamente el del día en que deba efectuarse la entrega del bien.

Si se trata de bienes que tienen precio de mercado, plaza o Bolsa, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega».

Fundamento

Nuestro artículo 1546 difiere sustancialmente de aquel previsto en los numerales precedentes, ya que en estos casos, las partes no han tomado como referencia ningún elemento. La ley (en el actual artículo 1547 del Código Civil) entiende —y con razón— que sería absurdo sancionar con nulidad a un pacto de tales características por considerarlo con precio indeterminable; y lo que hace es remitir dicho precio al normalmente establecido por el vendedor. Estamos de acuerdo con esta solución, pero deseamos efectuar una precisión en el sentido de que se tome como referencia para ello el del día en que deba efectuarse la entrega del bien.

Dentro del propio artículo 1547, antes citado, se contempla un segundo supuesto: aquel en el cual se trate de bienes que tengan precio de Bolsa o mercado. Hemos creido

necesario, en concordancia con la doctrina y legislación consultadas, efectuar la adición de la palabra «plaza». Por lo demás, consideramos conveniente mantener el segundo párrafo de este numeral, tal como se encuentra en la actualidad.

EL PRECIO EN LAS VENTAS EN QUE AQUEL SE FIJA POR PESO

Artículo 1548.- «En la compraventa en que el precio se fija por peso, a falta de convenio, se entiende que se refiere al peso neto».

Fuentes nacionales del artículo 1548

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.

En cambio, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, abordó el tema —en cierta forma— en su artículo 1007: «Con respecto al vino, aceite y otras cosas que se usa pesar antes de comprarlas, no hai venta, mientras el comprador no las haya pesado»; pero el Código Civil de 1852, no lo hizo, al igual que el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; y el Código Civil de 1936.

Ya dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981,

abordó el particular en su artículo 22: «En la compraventa en que el precio se fija por peso se entiende, en la duda, el peso neto»; en tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, lo hizo en el artículo 1578: «En la compraventa en que el precio se fija por peso se entiende, en la duda, el peso neto»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1511: «En la compraventa en que el precio se fija por peso, a falta de convenio se entiende que se refiere al peso neto».

Análisis

1. Concepto de peso bruto

Guillermo Cabanellas,[1] define el concepto de «peso bruto», como el total de la pesantez de algo, incluida la tara (es decir, parte del peso que en los productos o mercancías no se aprecie aisladamente); o sea, el vehículo, parte o embalaje en que se transporta un producto.

2. Concepto de peso neto

Cabanellas[2] señala que el «peso neto», es el estricto de un género o artículo, descontando el envoltorio, envase, persona o vehículo en que se encuentre o transporte. Es decir, el peso bruto menos la tara.

3. Consideraciones generales

En lo referente a las ventas por peso, los cuerpos legislativos consultados casi no se ocupan del tema. Las excepciones están constituidas por el Código Civil Peruano de 1984, en el artículo antes citado, y el Código de las Obligaciones de Suiza, en su artículo 212, cuando prescribe, en sus párrafos segundo y tercero, en igual sentido que el Código Peruano:

Artículo 212.- «Si el comprador ha realizado una operación, pero sin indicación del precio, la venta se presume concluída al promedio del día y del lugar de la ejecución.

Cuando el precio se calcula sobre el peso de la mercancía, el peso del embalaje (tara) es deducido.

Son reservados los usos particulares del comercio, en base a los cuales el precio de ciertas mercancías se calcula, sea sobre el peso bruto, sea con una deducción fija o de tanto por ciento».

En lo que se refiere a la compraventa por peso, estamos de acuerdo con lo expresado por la doctrina nacional consultada,[3] la misma que es favorable a la redacción del artículo 1548, bajo comentario, debido a que lo que interessa al comprador es, precisamente, el contenido (peso) neto del bien vendido. La envoltura o envase tiene por finalidad resguardar el producto del clima o de su traslado de un lugar a otro (por ejemplo, del lugar donde se ha producido, hasta el lugar donde se ha pactado su entrega), pero —al fin y al cabo— ella resulta siendo accesoria.

Antes de culminar con nuestros comentarios sobre el artículo 1548 del Código Civil, debemos precisar que compartimos el parecer del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle,[4] cuando sostiene que esta regla tiene por objeto combatir la difundida práctica de incluir en el precio del bien vendido el peso del envase cuando la venta se hace fijando el precio por

---

1 CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo VI, página 235.
2 CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo VI, página 235.
3 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit*, tomo VI, página 215; y ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo II, página 60.
4 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa,* página 117.

peso, sin pactarse que sea el precio bruto. Refiere que Bianca considera que esta práctica es abusiva.

Agrega que tal como se dice en la respectiva exposición de motivos, se ha optado por la regla contenida en el artículo 1548 entendiendo que lo que tiene interés para las partes es el peso neto del bien vendido, pues este peso es el que tiene el bien tal como va a ser utilizado por el comprador.

Propuesta de eventual adición legislativa

Artículo 1548-A.- «Las disposiciones de este Capítulo rigen, en lo que sean aplicables, a los demás contratos de prestaciones recíprocas en los cuales una de las partes se obligue a entregar a otra una suma de dinero o signo que lo represente, a cambio de una obligación de dar, hacer o no hacer».

Fundamento

Si bien las normas contenidas en el presente Título, relativo al Capítulo Tercero, Título I, Sección Segunda del Código Civil Peruano de 1984, están referidas únicamente al precio en el contrato de compraventa, consideramos existen poderosos argumentos para hacer de aplicación estas disposiciones a los demás contratos de prestaciones recíprocas en los cuales una de las partes se obligue a entregar a otra una suma de dinero o signo que lo represente, a cambio de una obligación de dar, hacer o no hacer.

Creemos en la conveniencia de incluir una norma como nuestro artículo 1548-A, porque consideramos que los principios establecidos en el presente Título podrían constituir, en buena cuenta, aquellos generales a todo precio, rebasando este los límites propios del contrato de compraventa —para el que fue pensado—, porque muchos de los principios allí contenidos no son exclusivos de este contrato, sino que más bien podríamos hacerlos extensivos a otros que reúnan las características que acabamos de mencionar.

CAPÍTULO CUARTO

Obligaciones del vendedor

OBLIGACIÓN DE TRANSFERIR LA PROPIEDAD DEL BIEN

Artículo 1549.- «Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien».

Antecedentes nacionales del artículo 1549

Sobre el particular, no se encuentran antecedentes en el Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836; así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

Por su parte, el Código Civil de 1852 reguló al respecto en el artículo 1308, precepto de texto siguiente: «En la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y pago del precio».

De otro lado, no hemos encontrado antecedentes de esta figura en el Proyecto de Código Civil de 1890; pero sí reguló el tema el Primer Anteproyecto del Libro Quinto elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925, en su artículo 1308, bajo los siguientes términos: «En la venta simple pasa la propiedad de la cosa inmueble al comprador, aun antes de su entrega y pago del precio. La propiedad de la cosa mueble se adquiere sólo mediante la tradición». También se estableció, en el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, artículo 369, lo siguiente: «Desde que los contratantes convienen en la

cosa y en el precio, queda perfeccionada la venta, aunque aquella no haya sido entregada, ni éste pagado».

Por su parte, el Código Civil de 1936, abordó la materia en sus artículos 1172: «La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario» y 1173: «Si la cosa cierta que debe entregarse es mueble, y la reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiere obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno de los acreedores conste de instrumento público».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, del año 1981, trató sobre el particular en su artículo 23: «Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien o de la titularidad del derecho en favor del comprador», el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hizo en el artículo 1579: «Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien o de la titularidad del derecho en favor del comprador», y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1512: «Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien».

Análisis

1. El problema de si el vendedor está o no obligado a transferir al comprador la propiedad del bien

Pothier, precursor de las doctrinas que inspiraron al Código Civil Francés, ya tenía muy claro, en el siglo XVIII, que en la compraventa el vendedor se obligaba con respecto al comprador a hacerle adquirir libremente a título de propietario la cosa vendida. Sin embargo, al referirse a la obligación de entrega, anotaba que a través de ella, el vendedor debía transferir al comprador todo derecho que tuviese sobre la cosa. Pero de ello deducía que el vendedor no se obliga precisamente por el contrato a transferir la propiedad de la cosa que vende si es que no fuera propietario de la misma; sino tan solo a poner al comprador en posesión de la cosa y a defenderle contra todos los que quisieran luego arrebatársela o pretender sobre la misma algún derecho *(hactenus tenetur ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat)*; razón por la cual consideraban que si alguien había vendido de buena fe una finca que no le pertenecía y había puesto al comprador en posesión de ella, aunque después llegue el vendedor a averiguar que no era propietario de la misma, no tendría acción alguna contra él, mientras no haya sido perturbado en su posesión.[1]

No obstante ello, Pothier reconoce que a esta decisión se acostumbra oponer la ley *fin. D de cond. caus. dat.*, a la que se solía también contestar que la mencionada ley no podría referirse al caso de un contrato de compraventa sino a otra especie de contrato o convención de doy para que des (*do ut des*), por el que uno se había obligado formalmente a transferir al otro contratante la propiedad de la cosa.

Recuerda Pothier que Caillet, catedrático de Poitiers, hacia principios del siglo XVII en un concienzudo comentario *ad. tit. Cod. de evict.*, que figura en el Thesaurus de M. Meerman, dice que el principio de los jurisconsultos romanos de que el vendedor no viene en rigor obligado a transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida, es un principio puramente arbitrario adoptado por dichos jurisconsultos, que se aparta de la naturaleza del contrato, y que de ningún modo debe seguirse en la práctica forense, pues incluso dicho autor no cita a ningún otro en apoyo a su opi-

[1] POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, tomo I, página 27.

nión. Según Pothier, el principio de los jurisconsultos citados parece fundarse en la naturaleza misma del contrato y en las palabras con que se efectúa la venta; pues, en efecto, se dice que el vendedor vende, y para explicar esta palabra se añaden estas otras: cede, renuncia y deja y promete garantizar y defender de cualquier perturbación; palabras que no entrañan ninguna otra obligación contraida por el vendedor que la de ceder al comprador, entregándole con la cosa todos los derechos que tenga sobre la misma, y la de sostenerle en su posesión, siempre que en ella se viese perturbado.

De todo ello, Pothier concluye en que cuando un vendedor de buena fe celebre un contrato de compraventa, no siendo propietario del bien, no estará obligado a transferir precisamente la propiedad de la cosa, ya que esta obligación no se encuentra, pues, expresada en las palabras a que hemos hecho referencia.

Como vemos, el tema de la obligación de transferir propiedad por parte del vendedor al comprador, punto que resulta claro en la legislación de nuestro país, en virtud a lo establecido por el artículo 1529 del Código Civil que impone al vendedor la obligación de transferir la propiedad del bien, no ha estado siempre claramente definido en la legislación de nuestra tradición jurídica. Como anotamos oportunamente, existe un grueso sector de Códigos Civiles que no hacen referencia expresa a la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien al comprador. En tal sentido, no debe extrañar que algunos autores contemporáneos se hayan ocupado de hacer las respectivas precisiones, para despejar cualquier duda que se pudiera derivar del texto legislativo de sus países.

Es el caso de Manuel Albaladejo,[2] quien anota que se ha discutido en doctrina si el vendedor tiene obligacion de

[2] ALBALADEJO, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, páginas 39 y siguientes.

transmitir al comprador la propiedad de lo vendido. Así, según una opinión, cuando lo vendido es una cosa, el vendedor queda obligado a transmitir su propiedad al comprador. Pero según otro punto de vista, como quiera que el Código Civil Español no impone explícitamente al vendedor la obligación de transmitir al comprador la propiedad de la cosa vendida, y que, además, en virtud de su obligación de sanear, aquel responde a este solo en caso de evicción, cabe preguntarse si en caso dicha evicción no se produce, y el comprador no es perturbado en lo absoluto en su señorío sobre la cosa, pero llega a saberse con certeza que esta (aunque el vendedor la creyese suya) era de un tercero, que sigue siendo su verdadero dueño (a pesar de que ello no perjudique lo más mínimo en ningún orden al comprador, porque ni es cosa cuya propiedad esté inscrita en ningún registro ni el dueño trata de recuperarla en forma alguna), ¿puede el comprador reclamar al vendedor?

Albaladejo estima que en el Derecho Español, el Código Civil acoge una respuesta negativa, la misma que no resultaría inaceptable; lo que no quiere decir, según él, que aunque ello no sea esencial, normalmente no pese sobre el vendedor la obligación de transferir la propiedad (que sí que pesa, ya que no cabe duda de que la venta tiende a transferir por lo menos el señorío pleno y definitivo que el vendedor tenga sobre la cosa; lo que, si es propietario, es tanto como obligarle a transferir la propiedad), sino solo que, al menos mediando buena fe, cuando un vendedor no la transfiere porque no puede (como ocurre en el caso de haber vendido algo creyéndose dueño), no cabe reclamarle hasta que haya evicción, porque no estando necesariamente obligado a transferirla, la falta de tal transferencia no supone incumplimiento.[3]

[3] Manuel Albaladejo señala que se debe a motivos históricos el que al vendedor se le impusiese, en el Derecho Romano, no la obligación de transmitir la propiedad de lo vendido, sino solo la de transferir su posesión legal y pacífica. Ello, no porque se pensase que el fin de la compraventa era hacer ad-

quirir al comprador la cosa solo materialmente o de hecho (siguiendo como dueño de la misma el vendedor), sino porque, aunque tendiendo, en principio, dicho contrato a transmitir a aquel su señorío pleno y definitivo, sin embargo, no se podía, en general, imponer al vendedor la obligación específica de transferir la propiedad, ya que —dentro del ámbito del comercio jurídico— habían personas que no podían ser propietarios, y cosas no aptas para ser objeto de propiedad, sino solo de «posesión».

Según una opinión, tal falta de obligación de transmitir, en toda compraventa, al comprador la propiedad de la cosa vendida, se ha mantenido en el Código Civil Español, como lo prueban, no ya solo la imposibilidad de que, a falta de evicción (es decir, de que por la sola no transmisión de la propiedad), pueda el comprador reclamar al vendedor, sino también los antecedentes históricos de dicho Codigo (hasta el punto que Florencio García Goyena, que fue el artífice máximo del Proyecto de Código Civil de 1851, que como se sabe es el precedente básico del Código, llega a decir, al tratar esta materia, que, desde luego, no se ha querido, en general, imponer al vendedor la obligación de transmitir la propiedad).

A decir de Albaladejo, en teoría esta construcción de obligar al vendedor a transmitir, no necesariamente la propiedad, pero sí, cuando menos, la posesión legal y pacífica de lo vendido, es perfectamente admisible, y para la práctica tiene, además, la ventaja de eliminar reclamaciones cuando el comprador no sufra un perjuicio efectivo —la evicción—, sino solo tenga conocimiento de no ser dueño.

Para el citado profesor, en la práctica, dicha construcción carece de la mayor parte, por lo menos, de los inconvenientes que, a primera vista, pudieran achacársele, pues, en primer lugar, el comprador normalmente adquiere por usucapión la propiedad de la cosa que compró; en segundo lugar, si existe un tercero que claramente es el verdadero dueño de dicha cosa (pues dudoso que lo sea o no, no se puede asegurar que el vendedor lo haya sido, y, por tanto, no haya transmitido la propiedad al comprador) el propio comprador, que no sufrió aún la evicción, pero que sabe que no adquirió la propiedad, puede generalmente, provocar aquella —si lo desea— instando al verdadero dueño para que le reclame la cosa; y, en tercer lugar, la posesión que ha de proporcionarse al comprador no es una posesión cualquiera sino una posesión —en concepto de dueño, se sobreentiende— legal y pacífica (según expresión del Código Civil Español); posesión que, en la práctica, podrá transferírsele aunque no haya la seguridad de que el vendedor es dueño (y transfiere el dominio), pero no, generalmente, cuando conste de forma oficial que lo es otra persona, ya que, desde luego, no puede aceptarse que sea poseedor legal y pacífico quien ni siquiera tiene a su favor la presunción legal de ser poseedor (como ocurriría, por ejemplo, si lo vendido fuese un inmueble y el comprador no puede inscribirlo a su nombre en el Registro de la Propiedad, o si se trata de algunas otras cosas muebles, con cuya documentación, figurando a nombre de otro, no puede estimarse que sea totalmente legal la situación posesoria del comprador).

Si bien los problemas teóricos y prácticos desarrollados por Albaladejo no forman parte de la discusión doctrinaria peruana en relación al contrato de compraventa, precisamente por la existencia de la norma expresa del artículo 1529, debemos manifestar que en caso de no establecerse claramente este principio en la aludida norma, tendríamos que optar por una respuesta distinta a la del profesor español.

Las consideraciones de Albaladejo podrían resultar aplicables al caso peruano, ya que en virtud del sistema de transferencia de propiedad adoptado en nuestro país, no estamos en presencia de la transmisión de una propiedad absoluta, sino relativa, sobre todo en el caso de inmuebles, en tanto el Registro no es constitutivo, sino meramente declarativo.

De esta forma, podríamos imaginar una eventualidad como la planteada por el citado profesor, en la que luego de celebrado el contrato sobre un bien ajeno y con posterioridad a la entrega del mismo, no se produzca inconveniente o problema práctico alguno contra el comprador, quien se encontraría gozando de la tranquila y pacífica posesión del bien comprado.

Resulta obvio que en tanto el referido comprador desconozca el carácter ajeno del bien, no podría tomar medida alguna al respecto, por la sencilla razón de que no habría nada que lo impulsara a actuar de esta forma. Pero si descubriese que el bien no era de propiedad del vendedor, y que no resulta amparado por las presunciones de los artículos 948 o 1542 del Código Civil Peruano, tendría todo el derecho de demandar la rescisión del contrato (argumento de los artículos 1539 y 1540 del Código Civil Peruano) o —de ser al caso— demandar la anulabilidad del acto celebrado, por causal de dolo o error; o, por último, resolver el contrato por el incumplimiento del vendedor.

Pero más allá de los argumentos de orden legal que ampararían en el Perú una solución de esta naturaleza, te-

nemos otros de orden lógico, pues el Derecho no podría obligar a un comprador que ha buscado —mediante la celebración del contrato de compraventa— hacerse de la propiedad del bien, y no lo ha conseguido, recurriendo al argumento de que tal situación no le causaría perjuicio alguno.

Es claro que lo que no se habría producido es la evicción, pues no habrá sido vencido en juicio por el verdadero propietario del bien, persona que, incluso, puede no haber advertido tal situación. Pero esto lo único que nos llevaría a afirmar es que ese comprador no tendría derecho a reclamar el saneamiento de ley (al no darse el presupuesto necesario de la evicción) pero ello no significa que tenga que quedarse de brazos cruzados esperando que dicha evicción se produzca en cualquier momento.

Tampoco podría sostenerse que el comprador estaría imposibilitado de accionar en resguardo de sus derechos, bajo el argumento de que algún día podría verse beneficiado por la prescripción adquisitiva del bien, pues nada garantiza que esto ocurrirá necesariamente de esta forma, ya que dicha prescripción podría ser interrumpida, antes de vencer el plazo prescriptorio, en cualquier momento, situación que llevaría —tal como lo dispone el artículo 1994 del Código Civil— , a que se borre todo el plazo prescriptorio ya transcurrido.

Por eso estimamos necesario concluir en que el comprador (más allá de la existencia de las normas legales que en el Perú respaldan esta afirmación), tendría todo el derecho de evitar encontrarse sujeto a esa especie de espada de Damocles, en que consistiría el no saber si sus derechos sobre el bien permanecerán inalterables o si, por el contrario, algún día los perderá.

En tal sentido es que razones de elemental justicia llevarían a concluir en una respuesta como la que acabamos de dar.

No obstante ello, esto no significa que neguemos sentido o validez a las expresiones de Albaladejo, ya que las circunscribimos única y exclusivamente al ámbito de aquellos países en cuyas legislaciones no queda claramente delimitado el hecho de que el vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien, y, específicamente, al Código Civil Español, cuyos antecedentes históricos avalan una conclusión como aquella sostenida por el profesor cuyas expresiones hemos comentado.[4]

2. El problema del Registro de la Propiedad Inmueble en el Perú

De las palabras del Doctor Manuel Augusto Olaechea en su famoso Memorándum a la Comisión Reformadora del Código Civil de fecha 11 de agosto de 1925, (recogidas en las Actas de las Sesiones de dicha Comisión) y cuyo texto se transcribe como nota a pie de página, advertimos que el mencionado jurista señalaba el problema que plantea el seguir el esquema francés de transferencia de propiedad, al

[4] En respaldo de lo señalado por Albaladejo, Badenes Gasset (BADENES GASSET, Ramón. *Op. cit.*, tomo I, página 478) anota que el Código Español no expresa claramente la obligación del vendedor de proporcionar al comprador la propiedad de la cosa vendida o de proporcionarle, en su caso, el derecho vendido, contrariamente a lo que se establece en el Código Italiano de 1942, que en su artículo 1476 señala como obligación del vendedor la de hacer adquirir la propiedad de la cosa o del derecho si la adquisición no es efecto inmediato del contrato.

Sin embargo, para otro sector de la doctrina española, entre quienes se encuentra el profesor Alfonso de Cossío (DE COSSÍO, Alfonso. *Op. cit.*, páginas 360 y 361), la situación inversa es muy clara. De Cossio anota que en cuanto a la función del contrato de compraventa, esta no es otra que la de traspasar el dominio de la cosa del vendedor al comprador, siendo lógico que la obligación fundamental de aquel consista en llevar a cabo la tradición, sin la cual tal transferencia no sería posible, y agrega que a la tradición, y no a otra cosa, se refiere el artículo 1462 del Código Español, al utilizar una expresión reiterativa, como es la de «poner en poder y posesión», es decir, que no solo se pone la cosa en poder material del comprador, sino que, además, se le transfiere la posesión a título de dueño sobre la misma, porque no sería suficiente la mera entrega si ésta no tuviese además el significado de reflejar un «ánimo de transmitir definitivamente al comprador la posesión dominial de la cosa misma».

crear una propiedad relativa (la derivada del contrato mismo), frente a una propiedad absoluta, como es la derivada de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Olaechea advertía las deficiencias técnicas que plantea el sistema francés frente al alemán, creador de una propiedad absoluta, ya que en virtud del carácter constitutivo para la transferencia de propiedad que reviste la inscripción en el Registro, resultaban evidentes las ventajas de este sistema sobre el primero de los nombrados.

Sin embargo, resulta interesante observar que el propio Olaechea, a pesar de los argumentos técnicos esgrimidos en favor del sistema alemán, propuso que en el Perú se continuase con el sistema francés, debido a las deficiencias de infraestructura registral que presentaba nuestra Patria.

Es lamentable tener que admitir que tras 75 años del referido Memorándum del Doctor Olaechea, si bien la realidad registral del Perú, ha cambiado en cierta forma los padecimientos económicos del país son incluso mayores.[5]

---

[5] A continuación transcribimos, por constituir una notable pieza jurídica, el texto íntegro del Memorándum del Doctor Manuel Augusto Olaechea sobre el modo de transmitir la propiedad. Se encuentra en las Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, Fascículo V, Páginas 3 a 8. Imprenta Castrillón, Lima, 1928.

«Señores:

Tiene capital importancia para establecer el régimen legal de las obligaciones de dar, resolver previamente sobre el sistema que conviene adoptar en orden a definir si la propiedad se transfiere como efecto inmediato de la convención, o si es solución preferible, tratándose de los inmuebles, consagrar el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento, sino mediante la inscripción; y si respecto de las cosas muebles debe mantenerse el principio según el cual la tradición es requisito indispensable para adquirir el dominio.

Según el Código francés, la propiedad de los inmuebles se transfiere como efecto inmediato de la convención. Conforme a éste, la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto, es un hecho que no tiene la virtud de hacer propietario al adquirente, sino simplemente de ponerlo en aptitud de servirse de la cosa. La obligación nace y muere en este sistema sin solución de continuidad, porque se considera perfecta, cumplida y ejecutada en el mismo momento de su formación.

El sistema francés es el mismo que instituye el Código Civil vigente, como se ve en el artículo 1306 que dice:

'*Artículo 1306.*- Desde que los contratantes convienen en la cosa y el precio, queda perfeccionada la venta, aunque aquélla no haya sido entregada, ni este pagado.'

En Derecho Romano la tradición era absolutamente necesaria para operar el desplazamiento de la propiedad.

El Código francés presume que existe, por decirlo así, una tradición de derecho implícita; y como consecuencia de este sistema exageradamente espiritualista, la convención pone desde luego los riesgos de la cosa a cargo del acreedor convertido en propietario por el simple consentimiento de las partes.

El sistema adoptado por el Código Napoleón no ha sido uniformemente seguido por los códigos modernos.

El Código Italiano (se refiere Olaechea, naturalmente, al de 1865) imitó absolutamente al francés.

El Código argentino —artículo 577— establece que antes de efectuarse la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere ningún derecho real.

El Código español —artículo 609— dice: La propiedad se adquiere como consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición; y el artículo 1095 añade: el acreedor no adquiere derecho real sobre la cosa hasta que le haya sido entregada.

El Código alemán, siguiendo el sistema prusiano distingue los actos creadores de obligaciones y el contrato abstracto de enajenación o contrato real que necesita en lo referente a la traslación de la propiedad inmobiliaria, la intervención de un oficial de justicia y la inscripción del acto en el registro. Esta investidura —artículo 925— es necesaria según el Código que examino, para operar la transferencia de la propiedad entre las mismas partes.

El Código suizo admite, en principio, tratándose de las ventas mobiliarias, el desplazamiento automático de la propiedad —artículo 185—; pero tratándose de los inmuebles, hacen notar Rossel y Mentha, que según el artículo 220, dada la frecuencia de la estipulación para aplazar la toma de posesión, el principio es contrario (Los artículos citados en este párrafo corresponden al Código Federal de las Obligaciones, que, aunque con numeración separada, forman el Libro Quinto del Código Civil de Suiza).

El Código del Brasil establece, continuando sobre el particular las enseñanzas de Freitas, que el derecho real no se constituye sino por la tradición, cuando la cosa es mueble o por transcripción si fuese inmueble. El contrato dentro de este sistema es título que constituye la razón jurídica o fundamento de la tradición o de la transcripción, según los casos respectivos.

Como hemos manifestado antes, en Derecho Romano, el simple consentimiento de las partes no bastaba para operar la traslación de la propiedad. El adquirente no tenía la calidad de propietario respecto de tercero y aun respecto del mismo enajenante, sino mediante la tradición; hasta

este momento no existía sino un derecho de acreencia y no un derecho real, *jus ad rem* y no *jus in re*.

La situación creada en Francia por el Código de 1804 se ha modificado grandemente en virtud de la ley de 26 de marzo de 1855, según la cual no se puede oponer a tercero ningún derecho real que no esté transcrito al registro.

El sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento mira al interés general y al desarrollo del crédito territorial.

Los derechos y obligaciones son relaciones entre individuo e individuo, que no afectan a terceros, al paso que los derechos reales existen *erga omnes*, y aquel a quien pertenecen puede ejercerlos contra cualquiera.

El sistema de la tradición implantado por el Código Argentino y por el Español, reviste una marcada inferioridad respecto del actual sistema francés. La tradición es el hecho de entregar la cosa; este hecho no está sometido a formas superficiales y se prueba como todo hecho. La tradición como medio de publicidad es completamente ineficaz y deja vivos los propios inconvenientes que se pretenden allanar.

Es preferible indudablemente el sistema de la inscripción. La transmisión de los derechos reales no se efectúa, o no tiene efecto respecto de terceros, sino cuando el acto jurídico ha sido debidamente inscrito en el Registro.

La radical diferencia que separa al derecho francés del derecho alemán —dice Valverde— se explica dado el distinto concepto que uno y otro derecho tiene de las relaciones jurídicas que afectan a la propiedad mobiliaria e inmobiliaria. Para el pueblo alemán y para el anglosajón, las relaciones que el hombre tiene con las cosas inmuebles deben ordenarse de una manera adecuada a la naturaleza física de éstas, exigiendo, por tanto, una serie de disposiciones que tienen por fin aclarar, ordenar y fijar establemente aquellas relaciones, dando lugar con esto al nacimiento de una legislación inmobiliaria, de que carecen los pueblos de raza latina. Puede decirse que en el derecho alemán, las relaciones jurídicas del hombre con las cosas son de derecho público, y de aquí que los poderes públicos, y en su nombre las autoridades, intervengan en la constitución, modificación y extinción de aquellas relaciones, y nadie, por lo tanto, puede ostentar el título de propietario si no ha obtenido previamente la confirmación o investidura de tal derecho que le conceden los tribunales, previo un examen minucioso de los antecedentes y circunstancias de la transmisión, y entonces se hace constar en el Registro el asiento que autoriza el tribunal o funcionario que ha intervenido y que es lo que se llama inscripción.

Para el derecho francés apenas si tiene interés la diferente naturaleza de las cosas muebles o inmuebles, y por eso suelen aplicarse las mismas reglas jurídicas a los unos que a otros. Las relaciones jurídicas del hombre con las cosas son de derecho privado, y por consecuencia niegan la intervención de los poderes públicos para la garantía y seguridad de tales relaciones, y de aquí que la propiedad territorial puede adquirirse por el mero consentimiento del transmitente, sin que la inscripción en el Registro tenga

más valor que el de un simple anuncio para los terceros que no han intervenido en el acto, pero no le concede una propia y verdadera sustantividad.

Después de estos antecedentes, emito mi parecer en los siguientes términos, que someto a mis ilustrados colegas de Comisión.

— Tratándose de cosas muebles el dominio de ellas se adquiere por la tradición.

  Este principio jurídico se deduce débilmente del artículo 1388 del Código Civil vigente.

— Respecto de los inmuebles, mantengo el sistema francés contemporáneo, que es el vigente en el Perú, desde 1888, en que se dictó la ley sobre Registro de la Propiedad Inmueble.

Reconozco —claro está— los defectos de este sistema que pueden sintetizarse en que crea una propiedad relativa al lado de una propiedad absoluta. Pero el sistema de la transcripción aplicado a la manera legislativa alemana, o a la manera brasileña, es inoperante en el Perú, por ser impracticable. Carecemos aún del Registro, y no alcanzo a ver, dada nuestra incipiente sociabilidad, el momento de su implantación en todo el país. Y bien no concibo la vida de un sistema que presupone como base necesaria la inscripción, sin el registro, sin títulos escritos que no existen en todo el país, sin notarios, sin abogados, sin ambiente propicio, en suma, para establecer la inscripción con carácter de obligatoriedad general e imprescindible; implantados legislativamente los registros de estado civil por el Código vigente, desde 1853, no funcionan todavía en la mitad del país, y este dato desconsolador pero palpitante, es un signo que indica cuál sería la suerte de tan audaz reforma.

Magdalena del Mar, 11 de Agosto de 1925

M.A. Olaechea».

En este punto de nuestro trabajo, consideramos necesario precisar en qué consisten los Sistemas Alemán y Torrens, relativos a la transferencia de propiedad, pues en numerosas ocasiones han sido y serán mencionados en esta obra. Para tal efecto, recurriremos al civilista argentino Alfredo Colmo (COLMO, Alfredo. *De las Obligaciones en General.* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, Páginas 232 a 234). En adelante, sus palabras:

«Registro en Alemania.— No es así en otras partes, sobre todo en Alemania, que es el país modelo al respecto. Allí los registros son reales (también son personales a la vez). Para ello se ha practicado previamente una operación de capital importancia: el catastro de todos los inmuebles. Tal operación supone varias cosas: el estudio geodésico, sobre el terreno, de cada propiedad, para determinar su ubicación geográfica con respecto a puntos invariables (tal cerro, tal río, tal meridiano, etc.), sus dimensiones, etc.; y el análisis jurídico de los títulos respectivos, en toda la suma de sus antecedentes, transmisiones, etc., para determinar la propiedad, y las afectaciones consiguientes, de los inmuebles. De tal suerte se tiene una delimitación precisa y plenamente objetiva de la situación física y de la condición jurídica de cada una de las propiedades contenidas en el territo-

rio. Así, cuando alguien pretende vender o gravar un inmueble dado, no hace más que ir a los correspondientes registros, que contienen toda la historia de las mutaciones y modificaciones de ese inmueble, a partir de la primera inscripción, para conocer su estado jurídico. De ahí que el título respectivo no sea la escritura o el testamento, sino la inscripción. Por lo mismo, sean cuales fueren las circunstancias ocultas, no hay más propietario que el que figure como tal en los registros. Es así natural que la inscripción valide el consiguiente derecho y dé pie para rechazar cualquier pretensión contraria, sin perjuicio de las acciones que el verdadero dueño o titular pueda tener contra quien lo ha perjudicado, y aun contra el mismo Estado, en el caso de que el registrador, por error o negligencia, haya inscrito mal un título.

Los registros germánicos son obligatorios: todo aquel que quiera constituir, modificar, etc., un derecho real inmobiliario, tiene que recurrir al registro, pues no hay otro medio legalmente eficaz. La operación se verifica mediante lo que se llama el contrato abstracto de enajenación (Saleilles, Obligation, e a 5; Huebner, Germanic Private Law, 34), en cuya virtud las partes interesadas manifiestan que constituyen tal o cual derecho real en estas o aquellas condiciones. De ello se toma debida nota en los respectivos registros, después de analizadas las correspondientes circunstancias (si el propietario es tal y se encuentra en condiciones de realizar el acto, si el inmueble está libre, etc.), y con la inscripción queda consumado el contrato real, como lo llaman los alemanes, de constitución del derecho.

Sistema Torrens.— Es menester advertir que en Australia se propuso e implantó, hace años, un registro de igual carácter real, pero voluntario. Quien pretenda acogerse al registro no tiene más que dirigir una solicitud al efecto, acompañando los títulos correspondientes. Un doble y complejo examen, topográfico y jurídico, sigue a esa pretensión. Acreditada así la legalidad de la solicitud, se ordena todavía una publicación en los periódicos oficiales, para que los terceros interesados deduzcan en tiempo las acciones que crean contra la pretensión del solicitante. Si nada se observa, se practica la inscripción y se entrega al interesado un certificado que viene a ser su título definitivo. Este es eficaz contra quienquiera, aunque se pruebe lo ilegal de la inscripción, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por la inscripción errada. Una vez registrado un inmueble, las operaciones que se refieran al mismo son mucho más sencillas. Quien desee enajenarlo o gravarlo no tiene sino que dirigir la correspondiente solicitud al registro, acompañando su certificado y el contrato respectivo (en modelos ya formulados por la oficina), y con las firmas de las partes legalizadas ante el juez de paz local, y aun ante un testigo que luego se ratifique ante el jefe del registro, quien después de hallar que todo está en forma, procede a verificar la inscripción que cuadre: si es venta total, endosa el certificado en favor del adquirente; si es venta parcial, otorga un certificado propio al adquirente, y practica en el del enajenante las anotaciones respectivas; si es una hipoteca, se hace la anotación que corresponde en el registro y en el título del propietario, etc.

No obstante, las citas efectuadas, consideramos imprescindible analizar con todo detenimiento el problema de la transferencia de la propiedad.

En primer lugar trataremos de responder a la pregunta de ¿por qué la propiedad inmueble en el Perú se transmite con la sola obligación de enajenar? Para ello recurriremos a un análisis fundamentalmente histórico del tema. A continuación el desarrollo del mismo.

La modalidad de que ese registro (conocido por Act Torrens, Ley Torrens, en homenaje al recuerdo de su creador, Sir Robert Torrens) fuese voluntario, era debida a dos circunstancias principales: una social (económica, jurídica, etc.), determinada en el fondo por la falta de un catastro adecuado; y otra psicológica, en cuya virtud se quería marchar progresivamente, hacer entrar la institución en la conciencia general, mostrar sus ventajas positivas, hasta que llegase la oportunidad de hacerla obligatoria.

La institución tomó cuerpo en casi todas las 'provincias' australianas, hasta difundirse en otras colonias británicas, en el protectorado francés de Túnez y en el Brasil.

Sus méritos han sido varios. Los gastos de inscripción son reducidos, salvo en lo que respecta a la primera inscripción: aún así, en conjunto resultan muy inferiores a los ordinarios de la escritura corriente entre nosotros, dado lo elemental de la operación del endoso de los títulos. La seguridad de los derechos, la rapidez de las operaciones y la movilidad de los valores inmuebles (casi equiparable a la de los muebles, y en cuya virtud la proverbial pesantez de las nuestras queda disipada poco menos que del todo), han redundado en beneficio general.

Es cierto que existe el peligro de las inscripciones equivocadas y del posible despojo de un verdadero propietario. Pero una institución cualquiera no debe ser juzgada en ese sentido, a menos que se trate de errores de fondo y que impliquen un peligro colectivo, al fin y al cabo, el error es inherente al hombre. También hay muchas escrituras que no traducen la realidad. Lo que es peor, en éstas el error puede ser más grave y repetido, por lo mismo que faltan los elementos técnicos que se tiene en aquel registro. Por lo demás, baste con apuntar que las indemnizaciones que ha debido abonar el Estado por inscripciones erradas, apenas si han alcanzado a un décimo de la reserva que al efecto se crea por la misma ley, y que se forma con una pequeña porción de los derechos de inscripción».

3. La transmisión de la propiedad inmueble en el Derecho Civil Francés

3.1. Generalidades históricas

Por lo general, cuando se aborda cualquier tema de Derecho Civil, resulta casi imposible dejar de citar, por lo menos a través de una breve mención, al Derecho Francés, y en especial a su Código Civil, más conocido como Código Napoléon, que entró en vigencia en el año 1804.

Pero, tan común como resulta hablar del Derecho Francés, resulta omitir hacer cualquier análisis sobre el contexto y el entorno del Code. Ninguna ley se promulga sin motivo, ningún Código se hace por hacerse, ningún Código es huérfano de padres y de corrientes ideológicas que le den origen. El Código de 1804, el Código por excelencia de los tiempos modernos, es evidente que no escapó al contexto histórico, contexto que por la importancia del mismo y de los acontecimientos e ideas que precipitaron su elaboración y promulgación, hacen que verter algunas frases sobre estos orígenes y la Historia de Francia se convierta en algo apasionante.

Por ello, en adelante, y antes de abordar el tema que ocupa el punto central de esta parte de nuestro trabajo, ensayaremos algunas pinceladas de Historia.

La Historia de Francia no es solo su Historia, es, en alguna medida, la Historia del mundo. Esta frase, que tal vez pueda sonar un tanto exagerada, no lo es, ya que si nos ponemos a revisar un poco de Historia Universal de los siglos XVII, XVIII, XIX y XX, constataremos que muchos de los acontecimientos de los que ese país ha sido protagonista han tenido gran influencia en muchas otras naciones del mundo.

El episodio de la Revolución Francesa resulta, en cuanto a los hechos, muy conocido. Sin embargo, sus contenidos y consecuencias ideológicos y sociales sí han merecido, merecen y de seguro merecerán las más variadas opiniones. Y

es que cuando un acontecimiento tiene tanta y tan grande trascendencia sobre la humanidad entera, cuando un acontecimiento reclama las más grandes justicias y genera las más profundas reivindicaciones y humillaciones a la dignidad humana, es natural, y hasta imperioso, que desaten los más variados temperamentos y las más arraigadas pasiones de los hombres.

Sin duda, la importancia que tuvo en el ámbito social, político y económico el proceso revolucionario francés, fue, en esos campos, tan grande como la que en el jurídico tuvo el Codigo Napoléon. En ambos planos de la vida y saber humanos, ningún pueblo de la Tierra se vio sustraído a sus efectos. Todos los vivieron, para bien o para mal.

Si hiciéramos un seguimiento histórico de Francia desde la etapa prerevolucionaria hasta el ascenso de Napoléon y su coronación como Emperador, podríamos arribar a varias conclusiones, a nuestro criterio sumamente importantes para el tema en tratamiento. Estas serían las siguientes:

(a) El espíritu de los revolucionarios de 1789, al buscar la consagración e instauración de un nuevo orden, llevaba implícitos nuevos valores y nuevas prioridades, distintas a las del antiguo régimen;
(b) Este orden de prioridades, como era lógico suponer, estaba encabezado por aquellos derechos en que la emergente burguesía revolucionaria se sentía vulnerada durante la vigencia de la monarquía absoluta;
(c) Dentro de estos derechos reclamados prioritariamente, se encontraba el derecho a la propiedad privada, considerado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como un derecho natural del hombre;
(d) Si bien no hubo mayor respeto a los derechos consagrados en la Declaración, específicamente en lo referido al derecho de propiedad privada, éstos se mantuvieron vigentes, y cuando la estabilidad retornó a Francia, primero con el Directorio y luego con Bonaparte, este de-

recho fue consolidándose. Fue así adoptado como el principal de los derechos naturales del hombre. Se consagró en la práctica la sacralización del principio establecido en la Declaración;

(e) Esta era una imposición del nuevo criterio valorativo determinado por la Revolución, que haría primar de ahora en adelante el individualismo sobre el absolutismo. El afianzamiento del derecho de propiedad privada y su sacralización eran una consecuencia lógica de la revalorización de los individuos y del conjunto de sus libertades. Sin duda alguna, la libertad, la independencia y la seguridad económicas exigían de modo absoluto la existencia de un derecho de propiedad sólido y estable.

Las vicisitudes sufridas por la Revolución y los sucesivos organismos que en ella gobernaron, a la par que el desorden, las injusticias, las luchas de Francia en el frente externo y la falta de una autoridad sólida y fuerte y de reconocimiento general, llevaron al poder a Napoléon. Él representaba la autoridad de que Francia carecía. Era el único que podía representar la estabilidad que Francia necesitaba, y encaminarla hacia un nuevo destino de grandeza.

En tal sentido, Napoléon representa el orden del que Francia había carecido hasta ese entonces. Y de un modo realmente previsor pone todo su empeño en perennizar ese orden.

Francia, durante el Imperio de Napoléon fue la nación hegemónica de Europa. No solo era un ejemplo de grandeza y poderío militar, sino que su pueblo e instituciones fueron alcanzando paulatinamente una fortaleza y coherencia mayores.

Ese espíritu de grandeza de Francia, que era el espíritu de grandeza del propio Napoléon, lo llevó a buscar dar a su país un conjunto de leyes que aseguraran su estabilidad y

la de ciertos principios de la pasada Revolución (naturalmente aquellos que él compartía).

Es por ello que, más allá de sus innumerables victorias militares y grandes obras públicas, Napoléon es recordado porque durante su gobierno se dieron tres importantes Códigos: el de Comercio, el Penal y el Civil.

Sin duda estos tres cuerpos normativos fueron de gran relevancia, pero la mayor trascendencia la tuvo el último de los nombrados.

La preparación, elaboración, aprobación y promulgación del Code Civil Français comenzó y culminó durante el gobierno del Consulado de Napoléon.

El proceso de aprobación y promulgación de los diversos Títulos del Código Civil duró entre marzo de 1803 y marzo de 1804, es decir aproximadamente un año. Pero a este plazo hay que sumarle los tres años que tardó la elaboración del Proyecto y su discusión a nivel nacional.

En suma, por el ímpetu y la decisión de Napoléon, Francia tuvo al fin, y luego de tan solo cuatro años, su Código Civil, el cual adoptó, con el correr de los años, el nombre de su propulsor.

3.2. El derecho de propiedad

Una vez concluida la elaboración del Proyecto de Código Civil por la Comisión nombrada por Bonaparte, los cuatro miembros de aquella —Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu y Jacques de Maleville—, en su Discurso Preliminar formulaban la siguiente reflexión:

> Ahora bien, retomamos las ideas de uniformidad en la legislación, porque se entrevé la posibilidad de realizarlas.[6]

[6] *Recueil (...).*

Y se formulaban la siguiente pregunta:

¿Pero un buen código civil podía nacer en medio de las crisis políticas que agitaban a Francia?.[7]

Luego decían:

Toda revolución es una conquista. ¿Se hacen las leyes en el paso del antiguo gobierno al nuevo?. Por la sola fuerza de las cosas, estas leyes son necesariamente hostiles, parciales, subversivas. Se es llevado por la necesidad de romper todos los hábitos, de debilitar todas las ataduras, de desechar todos los descontentos. No se ocupa más de las relaciones privadas de los hombres entre ellos: no se ve sino el objeto político y general; se busca confederados más que a ciudadanos. Todo deviene derecho público.[8]

Más adelante, la Comisión señala:

Hoy en día, Francia respira; y la constitución, que garantiza su reposo, le permite pensar en su prosperidad.

Buenas leyes civiles son el más grande de los bienes que los hombres pueden dar y recibir; ellas son la base de las costumbres, el *palladium* (consideramos debe entenderse como paladín) de la propiedad, y la garantía de toda paz pública y particular: si ellas no fundan el gobierno, ellas lo mantienen; ellas moderan el disfrute y posesión, y contribuyen a hacerla respetar, como si ella fuera la propia justicia. Ellas atañen a cada individuo, ellas se mezclan en las principales acciones de su vida, ellas le siguen por todas partes; ellas son a menudo la única moral del pueblo, y siempre ellas forman parte de su libertad: en fin, ellas consuelan a cada ciudadano de los sacrificios que la ley política le encarga para la ciudad, protegiéndolo, cuando se hace necesario,

[7] *Recueil (...),* tomo I, página 1.
[8] *Recueil (...),* tomo I, páginas 1 y 2.

en su persona y en sus bienes, como si él fuera, él sólo, la ciudad entera. También, la redacción del Código civil ha, por tanto, fijado la solicitud del héroe que la nación ha establecido como su primer magistrado, que anima todo por su genio, y que creerá siempre tener que trabajar por su gloria, en tanto que falte alguna cosa por hacer para nuestro bienestar.[9]

Como vemos, en este Discurso Preliminar la idea del derecho de propiedad ocupaba un lugar preferencial dentro de la dialéctica del Código Civil Francés. Naturalmente, este derecho merecía protección, en tanto era considerado un derecho natural del hombre, junto a los que hoy en día entendemos como personalísimos.

Esta idea constituye uno de los temas centrales a lo largo de todo este discurso, motivo por el cual vamos a señalar aquellos puntos en los cuales se le menciona, y los respectivos contextos. El respeto a la propiedad privada es un aspecto fundamental de ese nuevo Estado que sustituía al absolutismo monárquico. La libertad de acción de los individuos, esa libertad para tener mayores ámbitos en los cuales desarrollarse, requería pasar necesariamente por ser una libertad sobre los propios hombres y sobre sus propios bienes. Esta idea queda muy clara en la siguiente reflexión de la Comisión:

En los Estados despóticos, en donde el príncipe es propietario de todo el territorio, donde todo el comercio se hace en nombre del jefe del Estado y en su provecho, en donde los particulares no tienen ni libertad, ni voluntad, ni propiedad, hay muchos más jueces y verdugos que leyes: pero en todo lugar donde los ciudadanos tienen bienes que conservar y defender; en todo lugar en el cual el honor cuenta para cualquier cosa, se hace necesario un cierto número de leyes para hacer frente a todo. Las diversas especies de bienes, los di-

[9] *Recueil (...),* tomo I, página 2.

versos géneros de industrias, las diversas situaciones de la vida humana, requieren reglas diferentes. La solicitud del legislador está obligada a proporcionarse a la multitud y a la importancia de los objetos sobre los cuales es necesario legislar. De ahí, en los Códigos de las naciones civilizadas, esta previsión escrupulosa que multiplica los casos particulares, y parece hacer un artículo de la razón misma.[10]

Respecto de la solución de conflictos sobre propiedad se dice:

[...] en las materias civiles, el debate existe siempre entre dos o más ciudadanos. Una cuestión de propiedad, o cualquier otra cuestión similar, no puede permanecer indecisa entre ellos. Se está obligado de pronunciar; de cualquier manera que sea, es necesario terminar el litigio.[11]

Y siguen diciendo, ahora refiriéndose al Título Preliminar del Código:

Todas las leyes se refieren a las personas o a los bienes, y a los bienes para utilidad de las personas.[12]

Francia, otras veces dividida en regiones de costumbre y en regiones de derecho escrito, estaba regida, en parte por costumbre, y en parte por el derecho escrito. Ahí había algunas ordenanzas reales comunes a todo el Imperio.[13]

Examinando las últimas ordenanzas reales, nosotros hemos conservado de ellas todo aquello que tiende al orden esencial de las sociedades, al mantenimiento de la decencia pública, a la seguridad de los patrimonios, a la prosperidad general.[14]

[10] *Recueil (...),* tomo I, página 3.
[11] *Recueil (...),* tomo I, página 5.
[12] *Recueil (...),* tomo I, página 6.
[13] *Recueil (...),* tomo I, página 7.
[14] *Recueil (...),* tomo I, página 8.

Cuando tratan acerca del matrimonio, y específicamente de los bienes en el matrimonio, los miembros de la Comisión sostienen lo siguiente:

Se ha pretendido, en ciertos escritos, que todo aquello que autoriza la separación de bienes, deba autorizar el divorcio, y que ninguna de estas dos cosas debe marchar sin la otra. ¿Por qué los medios que pueden legitimar la separación de bienes, podrían ellos disolver el matrimonio? El matrimonio no es sino la unión de las personas; los esposos son libres de no obligar su fortuna. ¿Por qué entonces hacer depender el matrimonio de una cosa que le es propiamente extraña?[15]

Cuando tratan acerca de los bienes propiamente dichos, y refiriéndose a los cambios operados respecto del tratamiento de los mismos en el antiguo régimen, establecen que:

En el antiguo régimen, la distinción de las personas privilegiadas y no privilegiadas, nobles o plebeyas, entrañaba, en lo referente a los bienes, una gran cantidad de distinciones que han desaparecido y que no pueden más revivir.[16]

Naturalmente, respecto de los bienes, el Código Civil también consagraba el principio de «Igualdad» que fue uno de los pilares de la Revolución de 1789:

Hablando de las diferentes naturalezas de los bienes, nosotros hemos distinguido el simple uso del usufructo, y el usufructo de la propiedad.[17]

Los contratos y las sucesiones son los grandes medios de adquirir lo que no se tiene todavía, y de disponer de lo que ya se tiene.[18]

[15] *Recueil (...),* tomo I, páginas 13 y 14.
[16] *Recueil (...),* tomo I, página 18.
[17] *Recueil (...),* tomo I, página 18.
[18] *Recueil (...),* tomo I, página 18.

En general, los hombres deben poder contratar libremente sobre todo aquello que les interese. Sus necesidades los aproximan; sus contratos se multiplican a la par que sus necesidades.[19]

En el comercio, en donde las más grandes fortunas son a menudo invisibles, se sigue más a la persona que a los bienes. De ahí que la prenda, la hipoteca, son cosas prácticamente desconocidas al comercio. Pero en las materias civiles, donde se sigue más a los bienes que a la persona, se hacen necesarias leyes hipotecarias, es decir, son necesarias leyes que puedan dar sobre los bienes toda la seguridad que se busca.[20]

Refiriéndose al Derecho Sucesorio, la Comisión señala lo siguiente:

La parte del código civil que está destinada a fijar el orden de las sucesiones, no nos ha parecido la menos importante. ¿El derecho a suceder tiene su base en la ley natural, o simplemente en las leyes positivas? De la solución de este gran problema depende el sistema que se le debe establecer.

El hombre nace con necesidades; se hace necesario que él pueda alimentarse y vestirse: él tiene por tanto derecho a cosas necesarias para su subsistencia y para su entretenimiento. Aquí está el origen del derecho de propiedad.

Nadie habría plantado, sembrado ni construido, si los dominios no hubiesen sido separados, y si cada individuo no hubiese estado asegurado de poseer pacíficamente su dominio. El derecho de propiedad en sí es una institución directa de la naturaleza, y la manera como se ejerce es algo accesorio, un desarrollo, una consecuencia del derecho mismo.

Pero el derecho de propiedad termina con la vida del propietario: consecuentemente, después de la muerte del propietario, ¿qué será de sus bienes, ahora vacantes por efecto de su deceso?[21]

---

19 *Recueil (...)*, tomo I, página 19.
20 *Recueil (...)*, tomo I, página 20.
21 *Recueil (...)*, tomo I, páginas 21 y 22.

Esta recopilación de ideas de la Comisión acerca del derecho de propiedad y aspectos relacionados íntimamente al mismo la consideramos muy ilustrativa respecto de cuál fue el pensamiento de los miembros de dicha Comisión, el cual recogía, sin lugar a dudas, las ideas centrales que sobre el particular habían sido banderas de lucha en la Revolución.

Pero más interesante aún resulta la lectura de la Exposición de Motivos del Título II, Libro II, del Código Civil, relativa a la Propiedad, elaborada por el Consejero de Estado Portalis, y expuesta en la sesión del 28 ventoso, año XII.

Portalis sostiene, haciendo un breve estudio acerca de los orígenes del derecho de propiedad, que «[...] la necesidad y la industria son los dos principales creadores de la propiedad».[22]

«Desconfiemos de los sistemas en los cuales parece hacerse de la tierra la propiedad común de todos, ya que esto facilita el ser pretexto de no respetar los derechos de nadie».[23]

«Si nosotros descubrimos la cuna de las naciones, nosotros estaremos convencidos que hay propietarios desde que hay hombres».[24]

«Se encuentra, en todos los tiempos y en todo lugar, rastros del derecho individual de propiedad».[25]

«Pero el principio de derecho está en nosotros; él no es jamás el resultado de una convención humana o de una ley positiva; él está en la constitución misma de nuestro ser, y en nuestras diferentes relaciones con los objetos que nos rodean».[26]

«En una palabra, es la propiedad la que ha fundado las sociedades humanas. Es ella la que ha vivificado, extendido,

---

22 *Recueil (...)*, tomo I, página 286.
23 *Recueil (...)*, tomo I, página 287.
24 *Recueil (...)*, tomo I, página 287.
25 *Recueil (...)*, tomo I, página 287.
26 *Recueil (...)*, tomo I, página 287.

engrandecido nuestra propia existencia. Es por ella que la industria del hombre, este espíritu de movimiento y de vida que anima todo, ha sido llevado sobre las aguas, y ha hecho salir a la luz bajo los diversos climas todos los gérmenes de riqueza y de poder».[27]

«Lejos que la división de patrimonios haya podido destruir la justicia y la moral, es por el contrario la propiedad, reconocida y constatada por esta división, que ha desarrollado y afirmado las primeras reglas de la moral y de la justicia. Pues, para dar a cada uno lo suyo, es necesario que cada uno pueda tener alguna cosa. Yo añado que los hombres mirando al futuro, y sabiendo que ellos tienen algún bien que perder, no hay nadie que no tenga temor a la represalia de los daños que pudiese ocasionar a otro».[28]

«Los hombres no nacen iguales ni en talla, ni en fuerza, ni en industria, ni en talentos. El azar y los acontecimientos colocan entre ellos diferencias. Estas injusticias primeras, que son la obra misma de la naturaleza, entrañan necesariamente aquellas que se les encuentra en la sociedad».[29]

«Además, las necesidades recíprocas y la fuerza de las cosas establecen entre aquel que tiene poco y aquel que tiene mucho, entre el hombre industrioso y aquel que lo es menos, entre el magistrado y el simple particular, más lazos que todos los falsos sistemas no podrían romper.

No aspiramos por tanto a ser más humanos que la naturaleza, ni más sabios que la necesidad.

También ustedes se cuidarán, legisladores, de consagrar por vuestros sufragios el gran principio de la propiedad, presentada en el proyecto de ley como el derecho de disfrutar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta. Pero como los hombres viven en sociedad y bajo las leyes, ellos no podrían tener el derecho de contravenir a las leyes que regulan a la sociedad».[30]

«Se debe ser libre con las leyes, y jamás contra ellas. De ahí, reconociendo en el propietario el derecho de disfrutar y de disponer de su propiedad de la manera más absoluta, nosotros hemos añadido, con tal que no se haga de las mismas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos».[31]

«Nosotros convenimos en que el Estado no podría subsistir si él no tuviese los medios de proveer a los gastos de su gobierno; pero procurándose estos medios por la elevación de los tributos, el soberano no ejerce nunca un derecho de propiedad; él no ejerce sino un simple poder de administración».[32]

«Se ha tenido siempre por máxima que los dominios de los particulares son propiedades sagradas que deben ser respetadas por el mismo soberano.

En base a esta máxima, nosotros hemos establecido, en el proyecto de ley, que nadie puede ser obligado a ceder su propiedad, si no es por causa de utilidad pública, y mediante una previa y justa indemnización.

El Estado es, en estas ocasiones, como un particular que trata con otro particular. Es bastante que él pueda obligar a un ciudadano a venderle su propiedad, y que él le quite el gran privilegio que él tiene de la ley natural y civil de no poder ser obligado a enajenar su bien».[33]

Luego de concluir su análisis acerca de las normas relativas al derecho de propiedad en el Proyecto de Código Civil, Portalis expresa algunas ideas muy claras acerca de la importancia de este derecho, las que, como veremos tras su

---

27 *Recueil (...),* tomo I, página 287.
28 *Recueil (...),* tomo I, página 288.
29 *Recueil (...),* tomo I, página 288.
30 *Recueil (...),* tomo I, página 288.
31 *Recueil (...),* tomo I, página 288.
32 *Recueil (...),* tomo I, página 289.
33 *Recueil (...),* tomo I, página 290.

lectura, ratifican una vez más la importancia que se le dio en el Code Napoléon.

> Ustedes no estarán sorprendidos de que este proyecto se reduzca a algunas definiciones, a algunas reglas generales: *pues el cuerpo entero del código civil está consagrado a definir todo aquello que puede referirse al ejercicio del derecho de propiedad; derecho fundamental sobre el cual todas las instituciones sociales reposan, y que para cada individuo es tan precioso como la vida misma, ya que él le asegura los medios de conservarla.* (La cursiva es nuestra)
>
> La ciudad no existe, decía el orador romano, sino porque cada uno conserva lo que le pertenece. Con la seguridad de esta gran verdad, este orador filósofo detenía en su tiempo todos los movimientos de las facciones empeñadas en desorganizar el imperio.
>
> Es por su respeto a la propiedad que las naciones modernas son deudoras de este espíritu de justicia y de libertad, que, en los tiempos mismos de la barbarie, supieron defenderlo contra las violencias y los esfuerzos del más fuerte. Es la propiedad la que coloca en las selvas de la Germania las primeras bases del gobierno representativo. Es ella la que ha dado nacimiento a la constitución política de nuestros antiguos países de Estados, y que, en estos últimos tiempos, nos ha inspirado el coraje de sacudir el yugo y de librarnos de todas las trabas del feudalismo.
>
> Legisladores, la ley reconoce que la propiedad es el derecho de disfrutar y de disponer de su bien de la manera más absoluta, *y que este derecho es sagrado en la persona del más pequeño particular. ¡Qué principio más fecundo en útiles consecuencias!* (La cursiva es nuestra)
>
> *Este principio es como el amo universal de toda la legislación; él recuerda a los ciudadanos lo que se deben entre ellos, y al Estado lo que él debe a los ciudadanos; él modera los impuestos; él fija el régimen feliz de la justicia; él detiene en los actos del poder público los favores que serían perjudiciales a terceros; él aclara la virtud y la propia beneficencia; él deviene la regla y la medida de la sabia composición de todos los intereses particulares con el interés común; él comunica de este modo un carácter de majestad y de grandeza a los pequeños detalles de la administración pública.* (La cursiva es nuestra).
>
> *También ustedes han visto al genio que gobierna Francia establecer sobre la propiedad los fundamentos inquebrantables de la república.* (La cursiva es nuestra)
>
> Los hombres a los que las posesiones garantizan la fidelidad, están llamados en adelante a escoger aquello en lo que las luces, la sapiencia y la diligencia, deben garantizar las deliberaciones.
>
> Sancionando el nuevo código civil nosotros habremos afirmado, legisladores, todas nuestras instituciones nacionales. Ya ustedes han proveído todo lo que concierne al estado de las personas: hoy en día ustedes comienzan a regular lo que concierne a los bienes. Esto trata, por decirlo así, de ligar la estabilidad de la patria a la estabilidad misma del territorio. *No se puede amar su propiedad sin amar las leyes que la protegen. Consagrando máximas favorables a la propiedad, ustedes habrán inspirado el amor de las leyes; ustedes no habrán trabajado solamente en beneficio de los individuos, en el de las familias particulares, ustedes habrán creado un espíritu público, ustedes habrán abierto las verdaderas causas de la prosperidad general, ustedes habrán preparado el bienestar de todos.*[34] (La cursiva es nuestra)

Cualquier apreciación nuestra acerca de la importancia que se daba al derecho de propiedad, consideramos que sobra luego de estas palabras.

Pero para completar la revisión de las actas del Código Napoléon, vamos a recoger las principales apreciaciones que al respecto formula el Tribuno Faure, a nombre de la Sección de la Legislación, acerca del Título II, Libro II, de dicho cuerpo legislativo, en la sesión del 30 nivoso, año XII.

Faure expresa que no tiene la intención de tratar acerca de la naturaleza ni de los orígenes del derecho de propie-

[34] *Recueil (...)*, tomo I, páginas 294 y 295.

dad, ya que el señor Portalis lo ha hecho muy bien, pero no deja de señalar lo siguiente:

> Si está bien demostrado que el origen del derecho de propiedad se pierde en la noche de los tiempos; si es evidente que no se puede a este respecto presentar otra cosa que conjeturas más o menos verdaderas, es igualmente cierto que la base de la propiedad es la base de todo edificio político; *que una de las primeras condiciones del pacto social es la de proteger y de mantener la propiedad; que todo lo que tiende a este objeto es de la más grande influencia sobre la suerte de los pueblos; y en fin, que cuanto más justas y sabias son las leyes sobre la propiedad, el Estado será más floreciente y feliz.*[35] (La cursiva es nuestra)

Y para concluir su informe, Faure dice:

> *Una buena legislación sobre las propiedades es el más bello título de gloria para el Estado que la posee: ella brinda para él las más brillantes conquistas, ya que ella atrae y reune bajo su égida a todos aquellos que están envidiosos de partir sus preciosas ventajas.* (La cursiva es nuestra)
>
> La sección de legislación me encarga proponer a ustedes la adopción del proyecto de ley sobre la propiedad.[36]

Hasta aquí, nuestro análisis histórico acerca de la concepción del derecho de propiedad en la Francia Revolucionaria y en la Comisión que elaboró su Código Civil, ese Código Civil respecto del cual Napoléon tenía vocación de perpetuidad, esa ley que el futuro Emperador de Francia consideraba definitiva e inmutable.

Creemos que no sería exagerado decir que tras la promulgación del Código Francés, la creencia generalizada

[35] *Recueil (...),* tomo I, página 295.
[36] *Recueil (...),* tomo I, página 302.

en ese país era que a él se circunscribía todo el Derecho Civil. Prueba de ello es esa frase atribuída a un jurista francés que solía decir: «Yo no conozco el Derecho Civil. Yo conozco el Código Napoléon».

Esa vocación de perpetuidad encarnada por Napoléon respecto de su obra era una vocación y una creencia muy férrea. Prueba de ello es que en los primeros años de vigencia de dicho Código, prácticamente nadie se atrevió a criticar la obra, por el deslumbramiento que ejerció sobre el medio jurídico francés. Napoléon la creía inmutable, en buena cuenta, insuperable. Tanto así que se cuenta que el día en que Napoléon escuchó el primer comentario crítico acerca de su Código Civil, exclamó: «¡Mi Código está perdido...!», frase muy ilustrativa respecto de aquello que venimos diciendo.

En realidad se produjo a raíz del Código Napoléon toda una atmósfera de enceguecida admiración y veneración. Como decía Tisier, el Código Civil llegó a ser casi un libro revelado, un texto sagrado; era la carta inmutable, imperecedera de las conquistas de la Revolución.

Eran esos criterios los que llevaron a los autores del Proyecto de Código Civil, a colocar, en una verdadera muestra de respeto y veneración casi religiosa al Código, en la primera de las normas del proyecto, que «ese derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas, que no es otra cosa que la razón natural que gobierna a los hombres».

Fue por estas razones que el concepto acerca de la función de los juristas prácticamente quedó reducido a la exégesis y a una interpretación estricta de la propia ley. Como el Código era juzgado como definitivo e inmutable, el jurista no podía salirse en su labor interpretativa de la letra del mismo y del espíritu del legislador en la elaboración y aprobación de las normas a comentar. Estos criterios, no eran precisamente propulsores de renovación jurídica; sin embargo, como veremos más adelante, respecto de la transferencia

de la propiedad y muchos otros, la Escuela Exegética Francesa, constituyó, con su labor interpretativa del Código, el más importante de los elementos en la afirmación del Código mismo, ya que al tener aquella la riqueza que tuvo, hizo que el Código Napoléon fuese realmente un monumento jurídico muy sólido. Con el Código Francés, a diferencia de otros cuerpos legislativos posteriores, ocurrió que fueron tan sólidos los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales que siguieron a su promulgación, que constituyeron a la vez de elogio, enmienda, a la par que alabanza, rectificación, y de esta forma, está próximo (aunque con muchas modificaciones propias de esta misma exégesis) a cumplir, dos siglos de vigencia.

La labor de la Escuela Exegética Francesa es tan importante que sus razonamientos se mantienen presentes y vigentes en múltiples casos. Y en realidad, esto puede deberse a la seriedad y calidad jurídica de muchos de sus integrantes. Sería muy difícil imaginar en nuestros días una dedicación similar al Derecho, como la que llevó, con las severísimas limitaciones logísticas del siglo XIX, a tratadistas como Laurent o Troplong a crear obras de la magnitud y calidad de las suyas, o aun más, imaginar a un Baudry-Lacantinerie, creando ese «canto del cisne» que constituye para el Derecho Civil Francés (y de toda nuestra tradición jurídica) su Tratado de Derecho Civil.

El Código Francés reafirmó la idea de que la Revolución iniciada en 1789 no solo se había hecho para conquistar la libertad y la igualdad política, sino también la libertad e igualdad civil, principios que llevaron a Troplong a escribir en 1850 acerca del espíritu democrático del Código.[37]

Nosotros sí creemos vigentes los principios centrales del Código Napoléon; consideramos que el solo hecho de haber sobrevivido a los embates del comunismo, es muestra suficiente de que sus bases son lo suficientemente sólidas como para seguir en pie. Definitivamente creemos que Raymond Saleilles, ese joven y genial jurista muerto prematuramente, se equivocó cuando dijo, en 1904, justo al cumplirse un siglo de vigencia del Code, que el mencionado Código fue, en el dominio de la vida jurídica, la expresión perfectamente adaptada de un estado social que acababa de triunfar, pero que pronto no existirá más: el de la preponderancia de la clase media y del individualismo burgués.[38]

[37] TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo II, página 128.

3.3. La transferencia de propiedad en el Derecho Civil Francés

3.3.1. Antecedentes

El tema de la transferencia del derecho de propiedad en el Derecho Francés, es uno de los que ha generado las más vivas polémicas y los más encendidos debates doctrinarios a lo largo de la Historia del Derecho Civil Contemporáneo.

Las razones de esta polémica son múltiples y conocidas; es más, como lo hemos dicho, mucho han expresado los diversos autores sobre ella; y en todos los Tratados de Derecho Civil se ha tocado el tema, y prácticamente no existe doctrina de ningún país —de la tradición jurídica Romano Germánica— que deje de abordar el particular.

Este tema también ha sido tratado en nuestro medio en muchas ocasiones. Existen numerosas obras que lo mencionan, y tesis que se ocupan del mismo; pero lo que no se ha intentado, y en ese camino queremos transitar, es realizar una aproximación al mismo en base a las consideraciones de índole histórico que hemos desarrollado anteriormente y que nos servirán como fundamento para poder formular al-

[38] SALEILLES, Raymond. *Introduction à l'Étude du Droit Civil Allemand,* página 120. París, s/f.

gunas hipótesis que comentaremos conforme avance esta parte de nuestra obra. Esto lo haremos en base a los resultados de la propia discusión que plantea la doctrina francesa.

Para ello, hemos buscado recurrir a las fuentes más fidedignas que nos pudiesen aproximar de la manera más clara posible a toda la problemática que generó la transferencia de propiedad a raíz de la promulgación del Código Napoléon. Estas fuentes las constituyen, sin lugar a dudas, los autores componentes de la denominada Escuela Exegética Francesa, es decir, aquellos que se encargaron del estudio e interpretación de las normas del Código Civil Francés. Para una mejor comprensión del lector acerca de las opiniones de los mencionados autores, que se analizarán a continuación, deseamos precisar el orden cronológico en que éstos publicaron sus obras, lo que nos dará un necesario marco temporal. Así, Jacques de Malleville, al ser uno de los cuatro miembros de la Comisión que elaboró el Proyecto de Código por órdenes de Napoléon, fue el primero en publicar una obra interpretativa de dicho Código, en 1822. Le siguieron —entre otros—, Aubry y Rau, Duranton (1841), Marcadé (1852), Troplong (1856), Laurent (1875 - 1893), Rogron (1877), Mourlon (1878), Demante y Colmet de Santerre (1887), Baudry-Lacantinerie, con su Manual (1896), Guillouard (1902), Baudry-Lacantinerie con su Tratado (1908), Planiol y Ripert (1927), Colin y Capitant, Josserand (1938) y los Mazeaud, por solo citar a los más representativos.

Además, se consignan en los puntos respectivos, anotaciones de la primera Jurisprudencia Dalloz, relativa al Código Civil (1827) y de los Códigos Anotados Dalloz (1905 - 1907), como complemento al análisis doctrinario.

El Código Civil Francés regula en su artículo 1582, lo relativo al concepto del contrato de compraventa, y en su artículo 1583, lo pertinente a los efectos del mencionado contrato.

Veamos los textos de los referidos artículos:

Artículo 1582.- «La compraventa es una convención por la cual uno se obliga a entregar una cosa; y el otro a pagarla.

Puede hacerse por documento auténtico o privado».

Artículo 1583.- «Es perfecta entre las partes, y la propiedad se adquiere de pleno derecho por el comprador, con respecto al vendedor, desde el instante en que se conviene sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido entregada todavía ni pagado el precio».

En la Comisión que elaboró el Proyecto de Código Civil, la Exposición de Motivos del Título IV, Libro III, relativa a la venta, estuvo a cargo, como vimos anteriormente, del Consejero de Estado, señor Portalis, quien efectuó su ponencia en la sesión del 7 ventoso, año XII. Respecto de los artículos 1582 y 1583 del Proyecto, expresó los siguientes conceptos:[39]

> La venta es un contrato por el cual uno se obliga a entregar una cosa, y el otro a pagarla.
> Considerados en su substancia, que los contratos pertenecientes al derecho natural, y en todo aquello que respecta a sus formas, pertenecen al derecho civil; en materia de venta, como en toda otra materia, esto es el consentimiento, es la fe que hace el contrato; consecuentemente existe una verdadera venta desde el momento en el cual las partes están de acuerdo sobre la cosa y sobre el precio.
> Se decide, en el proyecto de ley, que la venta en general se perfecciona, aunque la cosa vendida no haya sido todavía entregada, y el precio no haya sido todavía pagado.
> En las primeras épocas, era necesaria tradición y ocupación corporal para consumar una transferencia de propiedad. Nosotros encontramos en la jurisprudencia romana una multitud de reglas y de sutilezas que derivan de estas primeras ideas.

[39] *Recueil (...)*, tomo I, páginas 590 y 591.

Nosotros citaremos, entre otras, esta máxima: *Traditionibus et non pactis dominia rerum transferuntur.*
En los principios de nuestro derecho francés, el contrato bastaba, y sus principios eran a la vez más conformes a la razón y más favorables a la sociedad. (La cursiva es nuestra)
Distingamos al contrato en sí mismo, de su ejecución. El contrato en sí mismo está formado por la voluntad de los contratantes. La ejecución supone el contrato, pero ella no es el contrato mismo. (La cursiva es nuestra)
Se es libre de tomar una obligación o de no tomarla pero no se es libre de ejecutarla o de no ejecutarla cuando se le ha tomado. El primer deber de toda persona que se obliga es el de observar los pactos que ella ha consentido, y de ser fiel a la fe prometida. (La cursiva es nuestra)

En la venta, la entrega de la cosa vendida y el pago del precio son actos que vienen en ejecución del contrato, son una consecuencia necesaria del mismo, que derivan de él como el efecto deriva de su causa, y no deben ser confundidos con el contrato. (La cursiva es nuestra).

La obligación está consumada desde que la fe está dada; sería absurdo que se le fuese autorizada a eludir sus obligaciones no ejecutándolas. (La cursiva es nuestra)

El sistema de derecho francés es, por tanto, más razonable que aquel de derecho romano; él tiene su base en las relaciones de moralidad que deben existir entre los hombres.

Este sistema es todavía más favorable al comercio. El hace posible aquello que no lo sería a menudo, si la tradición material de una cosa vendida fuera necesaria para perfeccionar la venta. *Por la sola expresión de nuestra voluntad nosotros adquirimos para nosotros mismos y nosotros transferimos a otro todas las cosas que pueden ser el objeto de nuestras convenciones. Se opera por el contrato una suerte de tradición civil que consuma la transferencia del derecho, y que nos da acción para obligar la tradición real de la cosa y el pago del precio. De este modo la voluntad del hombre, ayudada de todo el poder de la ley, supera todas las distancias, remonta todos los obstáculos, y deviene presente siempre, como la ley misma.* (La cursiva es nuestra)

La regla que la venta es perfecta, aunque la cosa vendida no haya sido todavía entregada, y el precio no haya sido todavía pagado, no se aplica más que a las ventas puras y simples, y no a las ventas condicionales o subordinadas a algún acontecimiento particular. Es necesario dirigirse en base a la naturaleza de las condiciones estipuladas, y en base a los principios que han sido establecidos a este respecto sobre las convenciones en general. (La cursiva es nuestra)

En realidad, hemos querido partir de la propia Exposición de Motivos del Code, a fin de ilustrar al lector, desde el principio, acerca de cuál era la concepción habida sobre el particular. Como vemos, de lo dicho por Portalis, resulta evidente una toma de posición muy propia e innovadora por parte de la Comisión del Proyecto de Código Civil. Quisiéramos, a esta altura de nuestro trabajo, resaltar las líneas finales del penúltimo párrafo de la ponencia de Portalis, ya que al otorgar la preminencia que da a la voluntad humana, al extremo de que por ella misma se pueda transferir la propiedad, establece una pauta muy clara del cambio de mentalidad propio del espíritu revolucionario y de una absoluta revalorización del individuo y de su importancia, como tal, en la sociedad.

De todo lo antes señalado, puede decirse, en buena cuenta, que debido a la casi infinita importancia que se daba entonces al derecho de propiedad, los legisladores podían imaginar la posibilidad de un deudor que incumpliera cualquier obligación que hubiese asumido frente a un acreedor, pero no ocurría lo mismo con relación a la obligación de transferir la propiedad, respecto de la cual no se dejaba al deudor la posibilidad de incumplir; por lo que se constituyó en una obligación cuya preminencia le dio un carácter muy especial y exclusivo: la de ser la única obligación que la ley no permitía incumplir. A pesar de que en nuestros días este argumento no sea el más adecuado, resulta imposible negar, como veremos posteriormente, que dicho principio pasó sin meditación alguna a muchos países, dentro de los cuales se

encuentra el Perú, cuyos Códigos Civiles —sin que ésto implique un criterio peyorativo— no han hecho sino repetirlo.

3.3.2. El contrato de compraventa y el problema de la transferencia de propiedad en el Derecho Romano y en el antiguo Derecho Francés Pre-napoleónico

Al mencionar el artículo 1582 del Código Civil Francés, que el vendedor está obligado a «entregar» al comprador el bien vendido, y no especificar esta norma los alcances del término «entregar», es que, precisamente, la doctrina francesa, a pesar de lo señalado por Portalis en la Exposición de Motivos del Código, se llena de dudas respecto de si es que el Código de 1804 continuaba o no con el mismo criterio que el Derecho Romano había seguido sobre el particular.

Veamos por qué la doctrina francesa ingresó a analizar esta supuesta similitud, además de qué era lo que consideraba acerca de las características del contrato de compraventa en Roma. Evidentemente, luego de tratar acerca de este particular, abordaremos la relación existente entre ambos Derechos sobre el tema bajo tratamiento.

Según Mourlon,[40] los jurisconsultos romanos definían a la venta como el contrato por el cual una de las partes se obligaba a entregar una cosa mediando un precio que la otra prometía pagarle.

Pero, más allá de la definición misma, ¿qué era aquello que entrañaba la celebración de un contrato de compraventa en el Derecho Romano, para la Escuela Exegética Francesa, vale decir, cuáles eran los efectos de la misma?

La respuesta nos la da también el propio Mourlon cuando señala[41] que en el Derecho Romano la venta concluida, o perfecta, producía dos efectos:

[40] MOURLON, Frédéric. *Op. cit.*, tomo III, página 206.
[41] MOURLON, Frédéric. *Op. cit.*, tomo III, página 208.

(a) Ella producía obligaciones. Su efecto directo, inmediato, era el de hacer al vendedor deudor de la cosa vendida y acreedor del precio, y al comprador deudor del precio y acreedor de la cosa vendida. De este modo, la venta no era sino una permuta de acreencias. Ella no desplazaba la propiedad, aun cuando ella era hecha a *domino*. La mutación opera *ex post facto*, por consecuencia de ciertos hechos posteriores a la venta, la tradición de la cosa vendida y el pago del precio. Hasta acá, la propiedad permanecía en manos del vendedor, quien, por consiguiente, conservaba el derecho de enajenarla e hipotecarla. De este modo, la transferencia de la propiedad no era concomitante a la creación de las obligaciones; resultaba, por el contrario, de su pago. Se era entonces vendedor, antes de ser enajenante; comprador, antes de ser adquirente.

(b) Ella ponía los riesgos de la cosa vendida a cargo del comprador, quien, por consiguiente, estaba obligado a pagar su precio, aun en el caso en el cual la cosa pereciera antes de la tradición, pero sin culpa del vendedor.

El primero de los elementos señalados por Mourlon, en realidad es recogido como uno de los puntos centrales de discusión sobre el tema de este trabajo por la mayoría de autores consultados. Estos sostienen, en abrumador número, que la compraventa en el Derecho Romano no conllevaba la obligación por parte del vendedor, de transferir al comprador la propiedad del bien vendido, sino la de garantizarle su tranquila y pacífica posesión.

Veámos algunas opiniones.

Mourlon sostiene[42] que el vendedor estaba entonces obligado a entregar la cosa vendida. Pero se pregunta ¿cuál era el sentido de esta palabra entregar? ¿Esta obligación era

[42] MOURLON, Frédéric. *Op. cit.*, tomo III, página 206.

plenamente perfecta por la tradición de la cosa? Considera que no, pues estar obligado a entregar en calidad de vendedor, sería estar obligado a procurar al comprador una posesión que se prolonga, una posesión perpetua. En otros términos, esto sería estar obligado a poner al comprador en posesión y de garantizarlo de toda evicción.

Agrega que aquí se detendría la obligación del vendedor. El no estaría obligado a hacer al comprador propietario.

Por otra parte, Baudry-Lacantinerie, en su Manual,[43] se expresa en similares términos, cuando sostiene que en Derecho Romano, el vendedor no contrata la obligación de hacer al comprador propietario; él se obliga solamente a hacerle tener la cosa vendida, a procurarle la pacífica posesión a título de propietario. «*Venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat*», dice la ley 30, S 1, D., De act. empti. Como el cumplimiento de esta obligación es posible para una cosa de la cual no se es propietario, la venta de la cosa ajena es válida. El comprador puesto en posesión de una cosa tal no puede efectuar ninguna reclamación, en tanto que no sea perturbado en la posesión que él ejerce a título de propietario.

El mismo Baudry-Lacantinerie, esta vez en su Tratado, junto a Saignat, sostiene[44] que en Roma los contratos no transferían nunca la propiedad; el materialismo romano no admitía que la transferencia de la propiedad pudiese resultar de una simple concepción jurídica; un acto material era necesario; se le encuentra, siguiendo los casos y las épocas, en la *mancipatio*, en la *cessio in iure*, en la *traditio usucapion*.

Más adelante[45] agregan que el vendedor no se obligaba a hacer al comprador propietario, a menos que existiera estipulación formal; su obligación se limitaba a hacerle tener la cosa vendida, es decir a procurarle la pacífica posesión a título de propietario. Dice que resultaría, sin duda, que el vendedor, sobre el cual continuaría reposando el derecho de propiedad, no podría prevalerse para desposeer o perturbar al comprador, que él mismo debía defender a este último contra las perturbaciones de las que él estaba amenazado por parte de terceros; pero en tanto que el comprador no estuviese ni desposeído ni perturbado, él no tendría ninguna acción contra el vendedor, aunque él hubiese tenido la prueba de que este último hubiera vendido una cosa de la cual él no era propietario.

Marcadé sostiene lo mismo, cuando expresa[46] que en Roma y en el antiguo Derecho Francés, la venta no tenía por efecto, de parte del vendedor, sino el de crear contra él la obligación de procurar al comprador el libre disfrute de la cosa, y no la propiedad de la misma.

Planiol y Ripert van en el mismo sentido. Ellos[47] piensan que en «[...] la compra-venta romana [...] el vendedor no contraía más obligación que la de asegurar al comprador el disfrute pacífico de la cosa vendida, sin estar obligado a transmitir su propiedad. Indudablemente los romanos no podían concebir una total disociación entre la venta y la trasmisión de la propiedad, puesto que se negaban a admitir como compra-venta el contrato por el cual las partes pactaran que el comprador se convertía en propietario; pero, entendían que la finalidad de la venta quedaba cumplida en cuanto el comprador tenía el libre disfrute de la cosa, aun sin haber adquirido la propiedad. Por esto admitían que la venta de una cosa ajena constituía un contrato lícito y válido; sólo daba lugar a una acción del comprador contra el vendedor en virtud de la obligación de garantía cuando

[43] BAUDRY-LACANTINERIE. Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, página 334.
[44] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 3.
[45] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 4.
[46] MARCADÉ, V. *Op. cit.*, tomo VI, página 141.
[47] PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 2.

el comprador venía a ser perturbado por el propietario en el libre disfrute de la cosa».

Colin y Capitant señalan a este respecto[48] que «La venta romana ni siquiera implicaba la idea de una transmisión de propiedad. El vendedor no se obligaba por ella a transmitir el *dominium*, ya que, en efecto, no todas las cosas eran susceptibles de *dominium*; por ejemplo, los agros provinciales no han podido ser durante muchísimo tiempo más que el objeto de la propiedad bonitaria. Y ciertas personas, los peregrinos, por ejemplo, no eran capaces de adquirir el *dominium*. Ahora bien, la función económica de la venta exigía que pudiera ser accesible a todo el mundo y que pudiera versar sobre toda clase de bienes. De aquí la regla romana de que el vendedor se obliga a transmitir y a garantizar solamente la *vacua possesio*. Esta solución, por lo demás, estaba exenta de inconvenientes, porque si el adquirente no había adquirido la propiedad a partir de la tradición, una prescripción sumamente corta se le confería bien pronto».

Los autores citados señalan también que «[...] no estará demás recordar la consecuencia de que desde el punto de vista romano, la venta de la cosa ajena era entonces no sólo posible, sino válida además». Y agregan que «Sin embargo, los mismos romanos habían advertido ya que si la transmisión de la propiedad de la cosa vendida puede ser esencial en la venta, es, en cambio, forzosamente propia de su naturaleza, porque lo normal es que el comprador quiera adquirir el máximum posible de derechos sobre la cosa que paga, y decidieron, por tanto, que cuando el vendedor era propietario de la cosa, el comprador susceptible de poder serlo y la cosa apta para la propiedad quiritaria, el comprador tenía derecho de exigir la transmisión de dicha propiedad por medio de la acción *empti*. Y, en efecto, siendo esta acción de buena fe, debía permitir [...] reclamar todo cuanto las partes

[48] COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Op. cit.*, tomo IV, páginas 6 y 7.

habían tenido razonablemente en consideración cuando habían contratado».

De todos los autores consultados, es Troplong, quien junto a Colin y Capitant, hace una de las mejores apreciaciones acerca de los alcances del contrato de compraventa en el Derecho Romano, esto a raíz del texto del artículo 1582 del Código Napoléon. Troplong señala[49] que la norma aludida responde a la idea de Ulpiano, expresada en la ley Número. 11, Número 2, Digesto De act. empt.: «*In primis rem proestare venditorem oportet, id est tradere*»; y que sin embargo, los jurisconsultos romanos iban más lejos: ellos decían que el vendedor no estaba obligado a hacer al comprador propietario de la cosa. Siguiendo esta teoría, el vendedor no estaba obligado sino a hacer tradición del objeto vendido, y a defender al comprador de las perturbaciones que le inquietasen; pero él no contrataría la obligación precisa de transferir la propiedad al adquirente. De este modo, si por ejemplo, Titius, hubiese vendido un inmueble del cual se creía propietario, pero que en el acto no le pertenecía, su comprador no habrá tenido el derecho de reclamar ya que él no habrá sido perturbado por el verdadero propietario; pues la venta no obligaba a Titius a investirlo de la propiedad, sino solamente a transferirle todos los derechos y a garantizarlo en caso de evicción.

Troplong agrega que toda esta teoría del Derecho Romano le parecía dominada por la influencia del viejo Derecho Civil de la República, que era esclavo de las palabras y que medía la trascendencia de un contrato sobre la denominación que él tenía en la lengua científica, y no sobre las expresiones sacramentales en las cuales se servía para formarlo entre las partes. Como nada dentro de las fórmulas ordinarias y dentro de la calificación del contrato de venta implicaba precisamente la obligación de transferir la propiedad, como este

[49] TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, páginas 5 a 7.

contrato tenía un sentido real y un fin positivo, aparte de toda necesidad de hacer al comprador propietario inconmutable; se habrá pensado que sería necesario permanecer fuera de esta necesidad, a fin de no hacer decir a las palabras aquello que ellas no expresaban directamente. Casi siempre, en el Derecho Romano, decía, se encuentran los vestigios de estas ideas estrechas, que presidieron a la constitución aristocrática del Derecho Civil en los primeros siglos de Roma, y en el cual los prudentes y los pretores tuvieron tanta inquietud para refrescarla. Por lo demás, en los contratos que eran menos romanos (si se puede hablar de este modo), es decir menos sometidos a las exigencias de este Derecho Civil tan arbitrario y celoso de estas anomalías, se encontrarían principios más amplios y más conformes al Derecho Natural. Es de este modo que en la permuta era admitido que cada parte debía hacerse respectivamente propietaria de aquello que ella daba y de aquello que recibía.

Guillouard no es tan enfático como los autores antes mencionados, pero parece compartir la misma opinión, al decir[50] que en Derecho Romano, pareciera cierto que el vendedor no estaba obligado a transferir la propiedad, sino solamente a suministrar al adquirente la pacífica posesión del objeto enajenado. Considera que esto es lo que resulta de diversos textos, pero sobre todo de un fragmento del jurisconsulto Africain.

De lo expuesto por todos los autores citados, algunos de ellos llegan a sostener que en el Derecho Romano, si se pactaba, dentro de un contrato de compraventa, que operase transferencia de propiedad, éste hubiera sido un contrato innominado.

En adelante las opiniones de Marcadé[51] y Troplong,[52] quienes sostienen esta tesis:

---

50 GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, páginas 10 y 11.
51 MARCADÉ, V. *Op. cit.*, tomo VI, página 141.
52 TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 6.

> Sin duda se habría podido hacer en Roma un contrato en el cual una de las partes, por el precio de la suma de dinero que la otra le pagase, habría transferido a esta última, o prometido transferirle, la propiedad misma de una cosa; pero este contrato no habría sido nunca el contrato de venta, él habría constituido uno de estos numerosos contratos a los cuales la legislación no ha dado nunca designación particular y que se llamarían contratos innominados: en cuanto a la venta, ella no engendraría contra el vendedor sino la obligación de procurar al comprador la libre posesión del bien. (Marcadé)
>
> Cuando, por una cláusula expresa, el vendedor se obligase a hacer al adquirente propietario, esta sería una estipulación exorbitante del contrato de venta; el contrato cesaría, él mismo, de ser calificado como venta, él volvería a la clase de los contratos innominados. Esta venta será una obligación *ob rem dati re non secutor.* (Troplong)

3.3.3. El contrato de compraventa y el problema de la transferencia de la propiedad en el antiguo Derecho Francés (antes de la entrada en vigencia del Codigo Civil)

La totalidad de autores consultados coinciden en que el Derecho Francés anterior a la vigencia del Código Civil, recogía, respecto del contrato de compraventa y la transferencia de propiedad, prácticamente, los mismos criterios y principios que el Derecho Romano, cuyas características acabamos de revisar.

En tal sentido, Baudry-Lacantinerie y Saignat[53] señalan que todos estos principios eran admitidos «[...] en el antiguo derecho francés, no solamente en regiones de derecho escrito, sino inclusive en regiones de costumbres. No era cuestión ni de *mancipatio* ni de *cessio in jure*, pero faltaba la tradición,

---

53 BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 4.

que había devenido en el modo ordinario de traslación, faltaba también la prescripción, que, habiendo tomado el lugar de la usucapión, hacía adquirir por la posesión prolongada.

Se sentía, por tanto, que el fin de la venta era el de hacer al comprador propietario de la cosa vendida. También la práctica, tomando la delantera a la legislación, estaba ella llegando a eludir la necesidad de la tradición real, sustituyendo ahí una suerte de tradición ficta: se escribía en las actas de venta unas cláusulas por las que no cabe duda que una tradición tuvo lugar, cuando el comprador no ha hecho todavía algún acto material de toma de posesión; estas eran las cláusulas de 'desocupación-ocupación', de 'vestir-desvestir', suponiendo hecha una tradición que no existía, pero que estaba en la intención de las partes, y la ficción reemplazaría de este modo a la realidad».

Troplong, a su vez, sostiene[54] que cualquiera que sea, la doctrina expuesta sobre los efectos de la venta en el Derecho Romano pasa completa al antiguo Derecho Francés, bajo los auspicios de Dumoulin y de Pothier.

Duranton se enmarca dentro del criterio de los dos autores citados. Sus expresiones son igualmente claras. Él recuerda[55] que las disposiciones del Derecho Romano a este respecto eran seguidas por la antigua jurisprudencia francesa, del modo que se puede ver en el Tratado del Contrato de Venta de Pothier; el vendedor por la naturaleza del contrato de venta, no se obligaba precisamente a hacer al comprador propietario de la cosa vendida; él se obligaba solamente a efectuarle la entrega, y a hacerle gozar de la misma libremente; a defenderlo, en caso de perturbación por parte de un tercero que pretendiese tener derechos sobre la cosa, y a garantizarla en caso de evicción total o parcial. Es esto lo que los jurisconsultos romanos entendían por estas palabras: *Venditor tenetur rem emptori proestare ut eam habere illi liceat.* La venta de cosa ajena era, por tanto, perfectamente buena: *«Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est, nam emptio est et venditio; sed res emptori auferri potest».* De donde se concluiría que el vendedor que había vendido de buena fe la cosa ajena, no podía ser demandado por el adquirente en tanto que éste no era perjudicado en su posesión. El efecto de esta venta y tradición, que constituía al comprador *in causâ usucapiendi*, había parecido a los jurisconsultos romanos bastante bueno, para que ellos rechacen al comprador toda acción en tanto que él no sea perturbado: a menos que el vendedor hubiese vendido, sabiendo que ésta era la cosa de otro, a alguien que ignoraba esta circunstancia, en tal caso que su mala fe le hiciese pasible de la acción de daños y perjuicios por parte del comprador, aun antes que éste fuese molestado por el propietario. Toda esta doctrina está claramente establecida por el jurisconsulto Africain, en la ley N° 30, S I, ff. de *actionibus empti et venditi.*

Guillouard es también del mismo criterio, pero anota[56] que ya en el último estado del antiguo Derecho Francés, la opinión contraria a los principios romanos se había hecho actual, pues los antiguos jurisconsultos franceses habían visto bien el fin que las partes se proponían en el contrato de venta, siendo finalmente la transferencia de la propiedad; y que ellas obligaban al comprador a operarla.

En realidad, cuando los autores de la Escuela Exegética Francesa hacen mención de la posición del antiguo Derecho Francés, se refieren, básicamente, a las posiciones de Pothier —el máximo exponente de esta etapa del Derecho en ese país (siglo XVIII)—, Argou y Bourjon.

[54] TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, página 7.
[55] DURANTON. *Op. cit.*, tomo IX, página 6.
[56] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 11.

En las siguientes líneas, ensayaremos rescatar algunas de las posiciones de estos juristas, a veces olvidados injustamente, cuando tratamos acerca del Derecho Francés.

Baudry-Lacantinerie y Saignat[57] señalan que Bourjon escribía: «El principal efecto de la venta de un inmueble está en hacer pasar la propiedad y el disfrute de este en la persona del adquirente; esta tradición es su fin» (Bourjon. Derecho Común de Francia, libro III, capítulo IV, sección # 1) y Argou: «La venta, entre los romanos, obligaba al vendedor a la tradición, entre nosotros ella transfiere la propiedad» (Argou. Institución en el derecho francés, libro III, capítulo XXIII).

Esta opinión de Bourjon también es recogida por Guillouard,[58] quien además recuerda el parecer de Argou, en el sentido que la venta es «Una convención de dar una cierta cosa por un cierto precio», considerando esta definición como la traducción del *dare* del Derecho Romano.

Baudry-Lacantinerie y Saignat señalan,[59] sin embargo, que estas ideas nuevas no expresaban todavía el verdadero estado de la legislación, que eran desiderata antes que verdades y Pothier, quien las resumía más exactamente, definía la venta como los jurisconsultos romanos y no haciendo un acto traslativo de propiedad. «La venta, dice él, es un contrato por el cual uno de los contratantes, quien es el vendedor, se obliga respecto del otro a hacerle tener libremente, a título de propietario una cosa por el precio de una cierta suma de dinero, que el otro contratante, quien es el comprador, se obliga recíprocamente a pagarle».

Y comentando su definición, Pothier decía: «Yo he dicho de hacerle tener a título de propietario. Estos términos, que

[57] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 4 y 5.
[58] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 11.
[59] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 10 y 11.

respondían a esto de aquí: *proestare emptori rem habere licere*, limitando la obligación de entregar la cosa al comprador y aquella de defenderlo, después que ella le ha sido entregada, de todas las perturbaciones por las cuales se le impediría poseer la cosa y comportarse como propietario; pero ello nos limitaba la obligación precisa de transferirle la propiedad».

Agregan Baudry-Lacantinerie y Saignat que Pothier reconocía, es cierto, un poco lejos que «es muy de la esencia del contrato de venta que el vendedor no quiera retener el derecho de propiedad de la cosa que vende, ya que él es el propietario y él está obligado, en este caso, a transferirla al comprador. Pero no es la venta la que opera esta transmisión, y si el vendedor había vendido una cosa de la cual él no era propietario, él no estaría obligado sino a defender al comprador contra todos aquellos que quieran hacerle abandonar o ceder la cosa e impedirle comportarse como propietario».

Laurent[60] señala que, a su entender, la definición otorgada por el artículo 1582 del Código Napoléon es la definición de Pothier, pero Pothier, como siempre, es más exacto y más completo, a riesgo de ser extenso. Él no dice que el vendedor se obliga solamente a entregar; él precisa la obligación diciendo que él se obliga respecto del comprador a hacerle tener la cosa libremente, a título de propietario, y él precisa también la obligación del comprador, que no es solamente la de pagar, sino pagar una cierta suma de dinero.

Laurent se pregunta «¿Qué es aquello que Pothier entiende por estas palabras: `De hacerle tener la cosa libremente a título de propietario´? ¿Esto quiere decir que el vendedor está obligado a transferir al comprador la propiedad de la cosa que constituye el objeto del contrato?». La respuesta para el mencionado tratadista, es la negativa,

[60] LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVI, página 107.

pues considera que Pothier tiene cuidado en agregar la explicación de que el vendedor se obliga a entregar la cosa al comprador y a defenderlo de todas las perturbaciones por las cuales se le impediría poseerla como propietario. Lo señalado por Laurent se basa en el siguiente razonamiento de Pothier, que él y Guillouard[61] recogen:

> Es bien de la esencia del contrato de venta, [...] que el vendedor no quiere retener el derecho de propiedad de la cosa que él vende, cuando él es el propietario, y que él está obligado, en este caso, a transferirla al comprador. Pero, cuando el vendedor no es el propietario, él no se obliga a transferir la propiedad de la cosa; él está solamente obligado a defender al comprador contra todos aquellos que quisieran hacerle desposeerse de la cosa e impedirle comportarse como propietario.

3.3.4. Alcances de la definición del contrato de compraventa en el Código Civil Francés

Nosotros ya hemos visto cuál era la definición contenida en el artículo 1582 del Código Napoléon acerca de la compraventa, además de haber citado la opinión del ponente del Título respectivo en la Comisión que elaboró el Proyecto de dicho Código. De esas palabras también pudimos deducir que la Comisión había querido introducir verdaderas reformas radicales en lo que se refiere a la concepción que sobre dicho contrato se venía manejando en el antiguo Derecho Francés.

Sin embargo, existió un renombrado autor francés que consideraba que el Código en realidad no había operado ninguna modificación radical al respecto, sino que más bien continuaba dentro de la línea tradicional, proveniente del Derecho Romano. Este autor era Toullier. Su posición es

[61] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, páginas 10 y 11.

mencionada, comentada y criticada por tres de los principales tratadistas franceses: Marcadé, Troplong y Baudry-Lacantinerie.

Baudry-Lacantinerie y Saignat[62] señalan que a pesar de los textos de la Comisión que elaboró el Proyecto, Toullier sostiene que el Código Civil no había conferido a la venta ningún carácter nuevo, y que como en el Derecho Romano y en el antiguo Derecho Francés, la naturaleza del contrato de venta consiste no en transferir la propiedad de la cosa vendida, sino en hacer tener al comprador a título de propietario, *ut rem emptori liceat, non etiam ut ejus faciat.*

Sostienen que esta opinión, desde hace largo tiempo abandonada, se fundaba, casi exclusivamente, sobre la definición defectuosa dada por el artículo 1582, que no impone al vendedor otra obligación que aquella de entregar la cosa, no aquella de hacer propietario al adquirente. Pero este artículo no está aislado. El artículo 711 enumera entre los modos de adquisición de la propiedad, el efecto de las obligaciones, lo que prueba que la traslación no está más subordinada al hecho material de la tradición; el artículo 1138 declara que la obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes contratantes y que ella hace al acreedor propietario, y por último, el artículo 1583 específico para el contrato de venta, no permite dudas de que la transferencia de la propiedad sea una consecuencia inmediata del contrato de venta, él mismo, independientemente de toda tradición.

Marcadé refiere[63] respecto de la posición de Toullier, que si se tiene al artículo 1582 aislado de aquellos que explican su pensamiento, se podría creer que él consagra esta antigua naturaleza de la venta, ya que la define como una

[62] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, página 11.
[63] MARCADÉ, V. *Op. cit.*, tomo VI, página 141.

convención por la cual uno se obliga a entregar una cosa, y esto es, en efecto, un simple derecho de disfrute y de posesión, pero considera que sostener esto constituye un grave error.

Pero la posición más clara y determinante en el sentido de que el Código ha roto por completo con los antiguos principios tradicionales, es sostenida y elaborada por Troplong.[64] Dada la importancia de los argumentos de Troplong, hemos decidido transcribir el tenor íntegro de sus palabras respecto de este tema:

> El señor Toullier ha buscado restaurar sobre este punto, en su XIV y último volumen, la teoría contraria que yo considero como anticuada, desde todo punto de vista. La gran autoridad en la cual juegan las opiniones del señor Toullier harían mi demostración incompleta, si yo no establezco, en esta circunstancia, que este docto autor no ha permanecido fiel al espíritu de la sana crítica que le ha hecho, tan a menudo, descubrir las innovaciones y los progresos del Código. Yo estoy, por tanto, forzado de aportar algunas pruebas a aquellas que yo ya he deducido. Este punto es fundamental: él domina toda la materia de la venta, y no sería posible hacerse ideas justas sobre el más frecuente de todos los contratos, si un principio tan esencial permaneciese obscuro y dudoso.
>
> En primer lugar, yo dejaría al señor Toullier combatir al autor del nuevo Denizart, que habría buscado escapar a la antigua doctrina, poco satisfactoria para su razón. Que este jurisconsulto ha estado mejor servido por la intuición de su buen sentido que por su análisis y su crítica; que él ha dado argumentos más o menos débiles en apoyo de una idea que el genio filósofico de Grotius había abrigado como verdadera, lo que importa poco hoy en día. El Código Napoléon ha dicho: él solo debe ser el centro de la discusión.
>
> El artículo 1599, que ha declarado nula la venta de la cosa ajena, ha operado una innovación remarcable en el derecho

[64] TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, páginas 5 y siguientes.

francés. Yo he buscado más alto para explicar su trascendencia; y, siempre restringiéndolo en sus justos límites, he demostrado que él engendra graves consecuencias, y que él no ha sido colocado en el Código como una disposición inerte y parasitaria. Ya que la venta de la cosa ajena es nula, se sigue que el vendedor que no transmite a su comprador un derecho de propiedad pleno y no equívoco, no satisfará a su principal obligación, y que él se expone a una acción de nulidad. ¿Cuál es la sanción de una venta nula? Es una acción de nulidad. Si el vendedor cede una cosa que no le pertenece, si el adquirente no es investido de la propiedad, si él está amenazado por el derecho de un tercero, verdadero propietario, el contrato es nulo, y el adquirente puede perseguir el aniquilamiento de la venta contra el vendedor que no ha cumplido sus obligaciones. Esta idea fluye con evidencia, no solamente del artículo 1599 del Código Napoléon, sino también de muchos otros que la confirman. Yo citaría 1° el artículo 1583, que quiere en tanto que haya convención sobre la cosa y sobre el precio que la propiedad sea adquirida de derecho al adquirente; 2° el artículo 1604, que define la entrega como el transporte de la cosa en el disfrute (*puissance*) del comprador, y yo vengo de decir que esta palabra (*puissance*) tiene una gran energía, que no puede hacer alusión sino al derecho de propiedad; 3° el artículo 1653, que mira un justo temor de la evicción como suficiente para autorizar la retención del precio entre las manos del comprador, y he mostrado que este artículo excede acá en protección y en favor de las leyes romanas de la antigua jurisprudencia, que exigía que el asunto de la propiedad fuese levantado.

De acuerdo a estas disposiciones, concluyo al respecto en que el Código Napoléon ha entrado en las vías de un perfeccionamiento reclamado por los jurisconsultos, filósofos, y que él ha proscrito la sutileza de las leyes romanas, popularizadas en Francia por Pothier.

El señor Toullier no ha centrado su atención sobre los matices que se tocan en los artículos 1583, 1604 y 1653. El se ha dejado dominar exclusivamente por algunos artículos impregnados de una terminología incompleta, valorada en Pothier (artículos 1603 y 1582), pero que deben ser explica-

dos por otras disposiciones más precisas y más exactas. Una sola objeción ha tocado el señor Toullier, aún cuando esté lejos de ser la única: esta es que toma su punto de apoyo en el artículo 1599 que declara nula la venta de la cosa ajena. Es muy grave en efecto para tener escape a esta sagacidad. ¿Pero cómo ha respondido el señor Toullier? Yo no temo en decir que es por un error capital. El artículo 1599, dice él, no autoriza al adquirente a demandar la resolución (habría que decir, más bien, la nulidad): la acción de daños y perjuicios es la única que él da al comprador que ha ignorado que la cosa no pertenecía al vendedor. ¡¡¡El no le da la acción de resolución, porque la naturaleza del contrato de venta no es precisamente la de transferir la propiedad de la cosa vendida, sino de hacerla tener al comprador a título de propietario!!!
Vean, es necesario reconocer, una sorprendente proposición. ¡¡¡La cual pues, no termina de perturbar el buen sentido por esta doctrina a todas luces irracional que quiere que aquel que no compre sino para devenir en propietario no pueda exigir que su vendedor lo invista de la propiedad; es necesario, inclusive pedir un nuevo sacrificio a la lógica e ir hasta pretender que una venta declarada nula por la ley no engendre acción de nulidad, todo para perpetuar sutilezas desde hace largo tiempo proscritas por la razón moderna e incompatibles con el ingenioso y simple derecho del Código Napoléon!!! Es cierto que el artículo 1599, después de declarar la nulidad de la venta de la cosa ajena, agrega: ella podrá dar lugar a daños y perjuicios cuando el comprador ha ignorado que la cosa era de otro. ¿Pero esto equivale a decir que el comprador no tendrá sino una acción de daños y perjuicios, que él no podrá hacer romper un contrato viciado en su origen, y que él deberá permanecer bajo los peligros o temores que le impiden encariñarse a su propiedad y hacerla estéril en sus manos? Para que un resultado tan peligroso para el comercio y el derecho de propiedad fuera admitido, sería necesario que se le encontrase escrito en la ley en términos positivos. Pero quien no ve que el artículo 1599 la rechaza al contrario de todas sus fuerzas, que él coordina la acción de daños y perjuicios con la acción de nulidad, que en una palabra, el comprador tiene a la vez: 1° el derecho de sustraerse a un mal

negocio y a una fuente de proceso por la acción de nulidad; 2° el derecho de demandar daños y perjuicios a su vendedor que ha faltado a sus obligaciones. ¡Qué sería esto, yo lo pregunto, sino una nulidad que dejaría subsistir el acto con todos sus inconvenientes y sus riesgos, nulidad puramente nominal y ociosa, y verdadera ilusión consagrada por la ley! ¿Se puede concluir en que una nulidad sea declarada de derecho (de oficio) y que el legislador se opone a que ésta sea perseguida y obtenida? ¿No es contradictoria al primer punto principal querer que en el mismo artículo la nulidad sea escrita en términos formales y borrada en la línea siguiente, probablemente como un error o una distracción?. Pues, no hay que equivocarse con esto, la acción de daños y perjuicios no está siempre fundada sobre una nulidad, y ahí se cuenta con una multitud de ejemplos en donde hay lugar a reparaciones pecuniarias, aun cuando el contrato sea válido en sí mismo. No es, por tanto, exacto sostener que los daños y perjuicios pueden ser la sola sanción de una disposición prescrita por la ley bajo sanción de nulidad. Ahí donde hay nulidad pronunciada, es necesaria una acción que sirva de correlato y haga caer el acto; la reparación del daño no es sino algo accesorio.
Por lo demás, no puede impedirse reconocer que, ya que la venta de la cosa ajena es nula, el adquirente tiene el derecho de exigir que el vendedor no le transmita sino un objeto del cual es realmente propietario. Ahora bien, si el vendedor falta a esta obligación, ¿no está ahí el artículo 1184, que a falta del artículo 1599, autorizaría al comprador a demandar la resolución? De este modo, sea por la acción de nulidad, sea por la acción de resolución, el comprador tiene el medio infalible de sustraerse a la influencia de la antigua jurisprudencia, muy fácilmente adoptada por el señor Toullier.

Yo no recordaría, por lo demás, las opiniones de los oradores del Tribunal, que he citado en apoyo de mi sentimiento. Pero yo agregaría una observación. ¿No es cierto que, en el contrato de permuta, la propiedad debe efectiva y necesariamente pasar a quien la recibe? *Itaque Pedius ait: alienam rem dantem nullam contraere pernintatu rem.* (L.1, # 3, D. De rer, perm.)

¿No ocurre lo mismo en la dación en pago? Ahora bien, ¿por qué sería distinto en la venta, que tiene con la permuta y la dación en pago las más grandes analogías?
¿Es necesario continuar, bajo el Código Napoléon, sometiéndolas a la tortura de mantener las distinciones que el espíritu comprende apenas y que la razón niega altamente?

Yo haría remarcar para terminar, que el señor Toullier no ha sido arrastrado en el error que yo vengo de señalar sino porque él ha visto a Pothier como el verdadero comentarista de los artículos 1582, 1583, 1604 y 1653 del Código Napoléon. Yo he tenido, por tanto, razón de insistir en mi prefacio sobre la necesidad de ponerse en guardia contra tan gran número de opiniones enseñadas por el ilustre autor del Tratado de las Obligaciones, y que no cuadran más con las teorías avanzadas del Código Napoléon. Cuando se ve un escritor de la fuerza del señor Toullier dejarse equivocar por esta autoridad algunas veces intempestiva y tomar por el espíritu inspirador del Código Napoléon el contrario que este tiene, rechazando por disposiciones positivas, es necesario sorprenderse [...].

Debo agregar, además, que el continuador de Toullier, el señor Duvergier, se ha pronunciado también contra su teoría.

Hasta aquí las expresiones de Troplong.

3.3.5. Características del contrato de compraventa en el Código Civil Francés

Mourlon[65] señala que en Derecho Francés, la venta concluida puede producir hasta 3 efectos: 1° crear obligaciones; 2° transferir la propiedad; 3° poner los riesgos de la cosa vendida a cargo del comprador.

Pero agrega que estos tres efectos no se encuentran siempre reunidos. *La venta es algunas veces solamente productiva de obligaciones, y otras veces traslativa de propiedad, al mismo tiempo que creadora de obligaciones* con o sin riesgos para el comprador. (La cursiva es nuestra)

[65] MOURLON, Frédéric. *Op. cit.*, tomo III, página 209.

Expresa, sin embargo, que los tres efectos están reunidos cuando la venta pura o a término tiene por objeto un cuerpo cierto del cual el vendedor es propietario. Esta venta obliga al vendedor a entregar y a garantizar la cosa vendida, y al comprador a pagar el precio. Además, ella hace al comprador propietario. *La transmisión de propiedad es entonces un efecto tan directo, tan inmediato, como la creación de las obligaciones.* La propiedad pasa del vendedor al comprador por el solo efecto de la venta; sin que haya necesidad ni de la tradición ni del pago del precio. Se es entonces *alienatur* al mismo tiempo que vendedor, adquirente al mismo tiempo que comprador, tal como lo establecen los artículos 711 y 1138 (La cursiva es nuestra)

Por nuestra parte, creemos que Mourlon confunde a la obligación de tranferir propiedad, con el contrato mismo.

3.3.6. Bondades que la Escuela Exegética atribuye al sistema de transferencia de la propiedad adoptado por el Código Civil Francés

La totalidad de autores consultados coincide en que el Sistema adoptado por el Código Napoléon reviste algunas considerables ventajas si se le compara con aquel adoptado por el Derecho Romano y que venía siendo asumido por el correr de los siglos en el antiguo Derecho Francés.

Pero, concretamente, estas ventajas se reducen a un cambio radical de concepción respecto del contrato de compraventa en sí mismo, así como también en lo que se refiere a la transferencia de la propiedad. Veamos ambos casos.

En lo que respecta al contrato de compraventa en sí mismo, este, como vimos, antes solo generaba, por parte del vendedor, la obligación de entregar al comprador el bien vendido y garantizarle su perpetua y pacífica posesión, protegiéndole de todos cuantos quisieran perturbarlo en la mis-

ma. Vale reiterar, que el comprador no se obligaba a transferir propiedad. *En el Código Civil, el vendedor sí se obliga a transferir la propiedad del bien al comprador.*

Y adicionalmente, dicha transferencia de propiedad no opera por el cumplimiento de ningún modo distinto al contrato mismo, vale decir, los diversos modos formularios del Derecho Romano, sino que opera única y exclusivamente en virtud de la celebración del propio contrato y el surgimiento de la obligación de transferir propiedad, con respecto al vendedor (ya que con respecto de terceros se plantean algunos problemas que analizaremos posteriormente).

3.3.6.1. Obligación de transferir propiedad

Respecto de la obligación de transferir la propiedad que genera el contrato de compraventa en el Código, Aubry y Rau[66] resultan ser los primeros autores en señalar el criterio que acabamos de exponer.

Por otra parte, Troplong[67] dice que si se compara el texto del artículo 1582 con muchos otros de los cuales él no debe ser separado, se convendrá en que el Código Napoléon ha sido concebido bajo la influencia de ideas distintas a las del antiguo Derecho Francés, y que él ata a la venta la obligación de transferir al comprador la propiedad misma y no solamente el uso pacífico de la cosa.

Considera que el artículo 1583 pareciera conducir a este resultado: La venta es perfecta entre las partes, dice él, y la propiedad es adquirida de derecho al comprador, respecto del vendedor, desde que se ha convenido sobre la cosa y el precio; de donde la convención contiene la obligación implícita de hacer pasar al comprador la propiedad de la cosa que le ha sido entregada, y no se puede decir más, como

[66] AUBRY, C. y RAU, C. *Op. cit.*, tomo IV, página 331.
[67] TROPLONG, C. *Op. cit.*, tomo I, páginas 7 y 8.

Africain, *non etiam ut ejus faciat.* El artículo 1662 confirma inclusive esta conclusión. Ella es corroborada por el artículo 1604, que define la entrega, el transporte de la cosa vendida en disfrute (*puissance*) y posesión del comprador. Esta palabra (*puissance*), de la cual no se encuentra el equivalente en ningún texto tomado de las leyes romanas, ni en las definiciones que Pothier, guía ordinaria de los redactores del Código Napoléon, da de la entrega de la cosa, es de una energía considerable. Troplong piensa que este no es solamente un derecho de posesión tan largo como posible, aquel que el legislador enfoca en la entrega; él ahí ve alguna cosa más: él quiere que el comprador tenga sobre la cosa un derecho de disfrute (*puissance*), es decir todo aquello que él tiene de más eminente en las relaciones del hombre con la cosa, o en otros términos, un derecho de propiedad.

Marcadé sostiene[68] que la antigua naturaleza del contrato de venta, ya criticada otras veces por muchos de los autores franceses, ha sido repudiada por el Código y es hoy en día la transmisión de la propiedad de la cosa vendida la que constituye el objeto del contrato de venta: ni los trabajos preparatorios del Código ni su texto mismo permiten dudar de esto. De una parte, en efecto, ha sido dicho y repetido, al momento de la confección del Código, que la transmisión de propiedad es hoy en día el objeto de la venta, que es esta la única finalidad de este contrato. De otro lado, se sabe que el Código entiende generalmente por obligación de entregar, la obligación de transferir la propiedad, como lo prueba el artículo 1138, el cual, *después de haber dicho que toda obligación de entregar se perfecciona por el solo consentimiento, agrega como consecuencia, que ella hace al acreedor propietario de la cosa desde el instante en el cual esta última haya sido entregada.* Y este es el que considera el sentido del artículo 1582, pues el artículo 1583 agrega inmediatamente que,

[68] MARCADÉ, V. *Op. cit.*, tomo VI, páginas 141 y 142.

a partir de la venta, esta convención de entregar, es perfecta por el acuerdo de las partes sobre la cosa y sobre el precio: la propiedad la adquiere el comprador. Marcadé señala que es, por último, por aplicación de este nuevo principio que la venta de la cosa ajena, que era válida en Roma y en el antiguo Derecho Francés, es declarada nula en el Código (artículo 1599). Señala que cuando, en efecto, el vendedor no estaba obligado sino a procurar al comprador la libre posesión y disfrute de la cosa, él no tenía necesidad de ser propietario, y el comprador, con tal que no fuese perturbado en su posesión, no tenía qué reclamar; pero hoy en día que el vendedor debe transferir la propiedad, es necesario que la tenga él mismo (ya que no se puede dar aquello que no se tiene), y hay desde entonces nulidad de la venta de bien ajeno. Señala, por último, que todos los comentaristas del Código, aun el continuador y anotador de Toullier, el señor Duvergier, reconocen el cambio traído sobre este punto a los antiguos principios. (La cursiva es nuestra)

El mismo razonamiento es compartido, en términos generales, por Colin y Capitant, quienes sostienen[69] que con el Código no sucede lo mismo que en el antiguo Derecho Francés, ya que la compraventa es, por sí misma, traslativa de propiedad. Señalan que el artículo 1583 resulta una aplicación del 1138, cuando expresa que «La venta es perfecta entre las partes, y la propiedad queda adquirida de pleno derecho por el comprador, con respecto al vendedor, tan pronto como hay convención firme sobre la cosa y sobre el precio, aunque dicha cosa no haya sido todavía entregada ni el precio satisfecho». Apunta que este texto viene a rectificar al artículo 1582, el cual, a pesar de la nueva mentalidad de los codificadores de 1804, ha sido concebido y expresado de conformidad con la antigua ideología romana.

[69] COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Curso Elemental de Derecho Civil,* tomo IV, página 6.

No obstante ello, los autores citados confunden el contrato y la obligación que constituye su objeto.

Para algunos comentaristas del Código, en argumento que nos parece bastante coherente, este cambio de concepción del contrato de compraventa, fue realizado obedeciendo a la que por regla general es la intención de las partes contratantes de un contrato de esta naturaleza, es decir, el que la propiedad del bien sea adquirida por el comprador.

En opinión de Demante y Colmet de Santerre,[70] si se consultase la probable intención de las partes al celebrar un contrato de compraventa, se puede decir que, casi siempre, el comprador pretende adquirir una acreencia de propiedad, y que el vendedor sabe que él se obliga a transferir una propiedad. El Código Civil ha tomado ese hecho en consideración, pues él declara nula la venta de la cosa ajena, de la que el Derecho Romano y el antiguo Derecho Francés reconocían la validez. No se comprendería esta nulidad de la venta de la cosa ajena, si no se le apoyase sobre la idea de que el vendedor ha tomado una obligación que él no puede cumplir, la obligación de hacer al comprador propietario del bien.

Este razonamiento también es compartido por Guillouard,[71] quien señala que no basta, como en el arrendamiento, que el adquirente tenga la pacífica posesión del objeto enajenado; él ha querido algo adicional, el dominio de este objeto, *plena in re potestas*.

De similar parecer es Duranton,[72] cuando dice que la obligación del vendedor, de entregar la cosa, no es de la naturaleza de aquella de un locador, que se obliga también a entregar la cosa arrendada al locatario para que este pueda gozar de la misma; ella es de entregarle la cosa para que él

[70] DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E., *op. cit.*, tomo VII, páginas 2 y 3.
[71] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, página 12.
[72] DURANTON. *Op. cit.*, tomo IX, página 6.

la tenga a título de propietario, a fin de poder disponer de ella como desee.

Demante y Colmet de Santerre, por su parte, agregan que *es necesario, entonces, reconocer que ordinariamente de su naturaleza, la venta implica obligación por parte del vendedor de transferir la propiedad de la cosa vendida,* produciendo como consecuencia, que el comprador podría perseguir al vendedor, antes, inclusive, de ser perturbado, desde cuando se le haya vendido una cosa de la cual no se le haya hecho propietario. (La cursiva es nuestra)

Sin embargo, Demante y Colmet de Santerre, no compartiendo la opinión de otros autores, señalan que apoyan esta interpretación del contrato de venta, sobre la intención probable de las partes y sobre el artículo 1599, pero no sobre los artículos 711 y 1138, pues juzgan que estos artículos, si bien dicen que la convención transfiere la propiedad, no han tratado acerca de la pregunta que ellos mismos han planteado, porque suponen una convención por la cual una persona se obliga a transferir la propiedad, y la pregunta está justamente en saber si la venta es una de estas convenciones.

Laurent[73] también fundamenta su conclusión en el sentido que el Código innova la definición de la compraventa romana, básicamente en el artículo 1599, relativo a la venta de cosa ajena. *Así, señalan que si el Código declara nula la venta de la cosa ajena, es necesario que la obligación del vendedor no se limite a hacer tener la cosa al comprador, sino que ella debe consistir en transferirle la propiedad.* Es de este modo que Grenier, el orador del Tribunal, explica el artículo 1599: «Siguiendo el derecho romano, el vendedor y el adquirente pueden respectivamente vender y comprar la cosa que ellos habían sabido no pertenece al vendedor. Laurent opina que esta legislación ha parecido contraria al

[73] LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XXIV, páginas 6 a 8.

verdadero principio de la venta. Su única finalidad debe ser la transmisión de propiedad. Entonces, ha parecido más conforme a la naturaleza de las cosas el anular la obligación como venta». (La cursiva es nuestra)

Otro autor que recoge la misma fundamentación es Duranton,[74] al decir que en razón de la disposición del artículo 1599, el cual sostiene que la venta de la cosa ajena es nula, *no es dudoso que la obligación del vendedor no sea el conferir al comprador la propiedad de la cosa vendida, salvo cláusula en contrario,* por ejemplo, por efecto de las estipulaciones de no garantía (*non garantie*). (La cursiva es nuestra).

No obstante, como lo hemos manifestado, no todos los autores franceses estuvieron de acuerdo con el cambio operado respecto del modo de transferir la propiedad. Théophile Huc,[75] recuerda la opinión de Bonnier, quien escribió que despojar a la propiedad de su carácter absoluto es quitarle su esencia misma. Bonnier decía que se es propietario o no se es; que era imposible concebir un verdadero derecho real, un *ius in re* que solo existe para un individuo. Bonnier se cuestionaba acerca de lo particular que sería un derecho real que permita a su titular triunfar únicamente respecto de la persona que especialmente se ha obligado con él. ¿Acaso no le bastaba al acreedor la acción personal para obtener la condena de su deudor? Se pregunta si es necesario que me diga «propietario» para hacer que aquel que me debe un cuerpo cierto, lo entregue *manu militari.*

Agrega Huc que por consiguiente se debe reconocer, junto con Bonnier y con muchos otros, este famoso y tan difundido sistema de la transmisión de la propiedad por el efecto de las obligaciones, como «este gran principio de la sociedad moderna», como lo calificaba Demolombe, tan grande que según Larombiére «El Código Civil no habría introducido ningu-

[74] DURANTON. *Op. cit.*, tomo IX, página 7.
[75] HUC, Théophile. *Op. cit.*, tomo VII, páginas 148 y 149.

na parte de cambio tan seria, ni tan fecunda en consecuencias, como este principio, decimos nosotros: no es más que una de esas redundancias, una de esas sutilezas pueriles, *idola fori*, que hizo desterrar una legislación seria».

3.3.6.2. En la compraventa la obligación de enajenar transmite de inmediato la propiedad

Respecto de la característica de la compraventa consistente en que transmite de manera inmediata la propiedad del bien, esta resulta siendo, sin lugar a dudas, la consecuencia e innovación más importante y tal vez más temeraria, introducida por el Código Francés. Esta innovación ha generado una de las más grandes y extensas polémicas del Derecho Civil contemporáneo, tal como señalamos en páginas anteriores.

En tal sentido, la norma del artículo 1583 es tan clara, al igual que los comentarios de los miembros de la Comisión del Proyecto de Código Civil, que prácticamente ninguno de los tratadistas franceses cuestionan el punto central de este principio.

En primer término, deseamos señalar la definición que Colin y Capitant[76] otorgan a la compraventa en el Derecho Francés del Código Civil. Ellos, como veremos a continuación, ponen énfasis en el hecho de que en virtud del mismo contrato se transfiere la propiedad del bien. Veamos:

> Jurídicamente se define la compraventa: el contrato por medio del cual una persona, llamada vendedor, transmite a otra, que se llama comprador, y le garantiza la propiedad de una cosa —o de un modo más general de un derecho cualquiera—, a cambio de un precio en metálico que el comprador se obliga a entregarle.

[76] COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Curso Elemental de Derecho Civil*, tomo IV, página 5.

Así también, Baudry-Lacantinerie y Saignat, en su Tratado de Derecho Civil[77] señalan que los trabajos preparatorios del Código Civil no dejan lugar a duda sobre la voluntad del legislador. En tal sentido citan las palabras de Portalis que vimos en su oportunidad. Además agregan que el Tribuno Faure, en su informe al Tribunal, decía, el 12 ventoso, año XII, que «desde que se conviene sobre la cosa y sobre el precio, la venta es perfecta; el adquirente deviene propietario del objeto vendido». Y por último, el Tribuno Grenier, en su informe a nombre del Tribunal decía, en la sesión del 15 ventoso, año XII: «El consentimento, por sí solo importa transmisión de propiedad».

Agregan los citados autores que estas palabras no provocarían ninguna oposición; pues ellas expresaban la opinión de los legisladores de entonces, quienes, imbuidos de ideas nuevas, querían asignar a los contratos el efecto traslativo que el pasado les había rechazado, y que en el artículo 1599 extraerían del nuevo principio una consecuencia lógica, declarando nula la venta de la cosa ajena y afirmando que el único fin de la venta es la transmisión de la propiedad, tal como expresaba Grenier al Tribunal. La transmisión de propiedad es el objeto de la venta, decía Faure, lo que conducía a no admitir este contrato cuando ese resultado fuese imposible.

En realidad, como anotan Baudry-Lacantinerie y Saignat, el asunto no se discute más hoy en día, y si el artículo 1582 da una definición incompleta de la venta, se está de acuerdo en encontrar el complemento en el artículo siguiente. La idea de venta se liga de tal modo a la idea de transmisión de propiedad, que se confunde de modo corriente el término vender con el término enajenar, y el comprador es comúnmente llamado adquirente por la propia ley francesa,

[77] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 11 y siguientes.

como ocurre en los artículos 1614, 1617, 1618, 1619, 1620, 1621, 1622, 1624, 1625, 1626, 1629, 1630, 1633, 1634, 1635, 1636, 1637, 1638, 1646, 1648, 1655, 1656, 1662, 1664, 1665, 1667, 1670, 1671, 1672, 1673, 1681 y 1682 del Código Civil.

Añaden Baudry-Lacantinerie y Saignat[78] *que el vendedor se obliga siempre a falta de convención en contrario a transferir la propiedad. Si la venta tiene por objeto un cuerpo cierto y determinado, la transmisión resulta del contrato mismo; si el objeto no es cierto y determinado, la transmisión no operará sino por el acontecimiento que producirá la determinación (tradición, opción). En uno y otro caso, el vendedor está obligado a hacer pasar al comprador la propiedad de la cosa vendida.* (La cursiva es nuestra)

Mourlon[79] señala que en Derecho Francés, la venta no es solamente productiva de obligaciones; a menudo ella es al mismo tiempo traslativa de propiedad. Se puede, no obstante, definirla: la convención por la cual una de las partes transfiere o se obliga a transferir la propiedad de una cosa mediando un precio que la otra se obliga a pagar.

Es el propio Mourlon el que expresa, como vimos en su oportunidad,[80] que la venta hace al comprador propietario. La transmisión de propiedad es entonces un efecto tan directo, tan inmediato, como la creación de las obligaciones. La propiedad pasa del vendedor al comprador por el solo efecto de la venta; sin que haya necesidad ni de la tradición ni del pago del precio. Se es entonces *alienatur* al mismo tiempo que vendedor, adquirente al mismo tiempo que comprador, como lo establecen los artículos 711 y 1138.

Señala además que el término acordado a una o a la otra parte, no impide a la venta ser instantáneamente

[78] BAUDRY- LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 11 y siguientes.
[79] MOURLON, Frédéric. *Op. cit.*, tomo III, página 209.
[80] MOURLON, Frédéric. *Op. cit.*, tomo III, página 208.

traslativa de propiedad; pues el simple término suspende, no la adquisición de los derechos que el contrato puede producir, sino solamente su ejecución (artículo 1185). Pero será diferente, si las partes han reenviado, por una cláusula expresa, a una época ulterior la transmisión de la propiedad.

Agrega el citado autor que los términos «vender» y «enajenar» no son sinónimos. Hay entre ellos la misma diferencia que entre la especie y el género: la venta, en efecto, no es sino una especie de enajenación, ya que se enajena por permuta, donación, etc. *Aun más, la venta no es por sí sola un acto de enajenación sino que obliga a ello.* (La cursiva es nuestra)

Duranton[81] señala que esta concepción sobre el carácter en sí traslativo del propio contrato de compraventa en el Derecho Francés es una innovación que, en virtud de lo establecido por el artículo 1138, no se aplica solo a este contrato, sino a toda obligación de dar un cuerpo cierto y determinado, esto es que, hoy en día, y suponiendo al vendedor propietario de la cosa vendida, el comprador deviene él mismo propietario, por el solo hecho del contrato de venta, sin que haya necesidad de alguna tradición, y aunque el precio no sea todavía pagado (artículo 1583).

Sin embargo, Marcadé confunde estas ideas,[82] cuando comenta que con los preceptos del Código Civil es distinto, y es el contrato de venta el que opera inmediatamente, independientemente de todo hecho posterior, la transmisión de la propiedad. El artículo 1138 —señala— tiene la explicación, pues plantea en principio que toda convención de transferir la propiedad de una cosa se encuentra, por el solo efecto del consentimiento, inmediatamente perfecta (es decir, reputada puesta en ejecución, y considerada seguida de una tradición civil que reemplaza la tradición material), y que

[81] DURANTON. *Op. cit.*, tomo IX, página 7.
[82] MARCADÉ, V. *Op. cit.*, tomo VI, página 142.

desde entonces, ella hace al acreedor propietario al instante mismo y antes que la tradición haya sido hecha. Y la ley, haciendo acá aplicación al contrato de venta de este principio, repite en el artículo 1583 que, desde el momento en que las partes están de acuerdo sobre la cosa y sobre el precio, desde el momento en que la convención está formada, la venta se encuentra perfecta y la propiedad adquirida por el comprador, aunque la cosa no haya sido entregada. Agrega Marcadé que no es necesario, entonces, para corregir la redacción del artículo 1582, definir la venta, como lo hace Duvergier, diciendo que es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa; más bien un contrato por el cual uno de los contratantes transfiere la propiedad de una cosa, mediando un precio en dinero que la otra parte se obliga a pagar. Pues, es por el efecto inmediato e instantáneo de la convención que la transmisión de propiedad se perfecciona, *de suerte que la obligacion de operar esta transmision no puede existir.* (La cursiva es nuestra)

Demante y Colmet de Santerre, se refieren al problema manifestando[83] que la segunda proposición del artículo 1583 recuerda la innovación admitida por el Código Civil en el artículo 1138: *la promesa de transferir la propiedad de un cuerpo cierto transfiere inmediatamente la propiedad de este objeto.* (La cursiva es nuestra)

Foignet[84] señala al respecto que, si bien antes vender y enajenar eran dos términos diferentes, hoy en día, por el contrario, cuando la venta recae sobre un cuerpo cierto, del cual el vendedor es propietario, *la propiedad de la cosa vendida pasa de derecho al comprador, por el solo efecto del consentimiento,* de suerte que vender y enajenar son términos sinónimos. (La cursiva es nuestra)

[83] DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo VII, páginas 6 y 7.
[84] FOIGNET, René. *Op. cit.*, tomo II, página 408.

Como se puede apreciar, Foignet y especialmente Marcadé, confunden, al igual que algunos otros autores franceses, lo que significa la obligación de transferir propiedad con el contrato que la genera.

Por nuestra parte, tal como lo hemos dicho en oportunidades anteriores, consideramos que dentro del sistema consensualista francés, la propiedad se transfiere al momento del surgimiento de la obligación. Por ello, los profesores citados se equivocan al concluir en el planteamiento que nos hemos permitido subrayar.

3.3.7. La transmisión inmediata del derecho de propiedad no constituye parte de la esencia del contrato de compraventa en el Derecho Francés

La afirmación del sub título anterior, es compartida por muchos tratadistas franceses. En tal sentido, vamos a recoger las más representativas opiniones sobre el particular.

Baudry-Lacantinerie, primero en su Manual[85] y luego en su Tratado,[86] sostiene que no siempre es de la esencia de la venta que el vendedor transfiera inmediatamente o que se obligue a transferir la propiedad al comprador; la ley supone solamente que tal ha sido la intención de las partes cuando ellas no se han explicado sobre ese particular. Señala que el principio de la libertad de las convenciones permitiría ciertamente hacer una venta en la cual el vendedor se obligase solamente a procurar al comprador la pacífica posesión de la cosa vendida; en otros términos, se podría, bajo el imperio del Código Civil, hacer una venta que tuviese el carácter de la venta romana. La convención no sería menos que una verdadera venta, produciendo, salvo la restricción relativa a la transmisión de la propiedad, todos los efectos

[85] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Op. cit.*, tomo II, página 334.
[86] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 11 y siguientes.

de la venta ordinaria; se le aplicaría especialmente la rescisión por causa de lesión, que es un efecto muy especial al contrato de venta (artículo 1674). Agregan que las partes han podido tener motivos para querer que la transmisión de la propiedad no fuese inmediata; ya que pueden haber querido retardarla hasta el pago del precio por el comprador; puede ser que el vendedor no haya sido todavía propietario de la cosa vendida, al tiempo de adquirirla. Esto, puede ser, porque la obligación de transferir la propiedad es solo de la naturaleza y no de la esencia de la venta, que el artículo 1582 no ha hecho entrar en la definición de este contrato esta obligación que él puede no hacer, y se limita a hablar de la obligación de entregar que él produce en todos los casos.

Por su parte, Marcadé sostiene[87] que si la transmisión instantánea de la propiedad es hoy en día el efecto normal y ordinario de la venta, este no es un efecto necesario y la venta puede, en ciertos casos excepcionales, no producir inmediatamente sino la obligación de hacer al comprador propietario ulteriormente. Señala que es esto lo que pasa, 1° cuando el objeto de la venta, no estando determinado en un individuo, o el precio no siendo todavía conocido, la venta no está todavía perfecta; 2° cuando las partes, a pesar de la determinación precisa del objeto y del precio, convienen en suspender el efecto ordinario del contrato, estipulando que el comprador no devendrá propietario sino después de un cierto plazo.

Demante y Colmet de Santerre[88] apuntan en el sentido que puede ser natural a la venta, conllevar la obligación de transferir la propiedad, pero esta obligación no es de la esencia de la venta. Señalan como sustento de su posición

[87] MARCADÉ, V. *Op. cit.*, tomo VI, páginas 142 y 143.
[88] DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo VII, páginas 3 y 4.

el hecho que el artículo 1599 no prohibe una convención por la cual el comprador renunciaría a prevalerse de la nulidad de la venta que tendría por objeto la cosa ajena, y si esta convención no está prohibida —se preguntan los citados autores—, ¿cómo podría retirársele la calificación de venta, que era otras veces su nombre legal, y que la definición oficial del Código es suficientemente amplia para conservarla hoy en día?.

Guillouard, por su parte, también recoge[89] conceptos muy similares a los de Demante y Colmet de Santerre, cuando dicen que la venta es por su naturaleza traslativa de propiedad, y el vendedor está obligado de derecho a efectuar esta transmisión; pero este no es sino un efecto natural del contrato, este no es jamás un efecto esencial, y las partes pueden derogarlo declarando formalmente que la propiedad no será transferida al comprador sino después de un cierto tiempo, o a la producción de una condición, o bien, aun, cuando el vendedor, que no es propietario al momento del contrato, haya podido tratar con el verdadero propietario del objeto enajenado, o, en fin, cuando el adquirente haya pagado su precio.

Laurent señala[90] que la transmisión de propiedad no es de la esencia de la venta, ya que la ley no lo dice, y esto no resulta de los principios. Recuerda también que los oradores del Tribunal invocan el Derecho Natural, es decir la voluntad de las partes contratantes; pues las partes tienen el derecho de manifestar una voluntad contraria; nada les impide consentir una venta romana. Señala además que una razón más fuerte resulta el que las partes pueden, ellas mismas, estipular que la propiedad no será transferida sino cuando el comprador haya pagado el precio; en esos casos, dice, la venta tendrá siempre por objeto el transferir la propiedad,

[89] GUILLOUARD, L. *Op. cit.*, tomo I, páginas 13 y 14.
[90] LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XXIV, página 39.

pero la transmisión será condicional, de suerte que el vendedor permanezca propietario en tanto que la condición no se cumpla, es decir en tanto que el precio no sea pagado.

Planiol y Ripert recogen plenamente[91] los conceptos vertidos por Laurent.

3.3.8. ¿La transmisión inmediata de propiedad, en los casos en que resulta posible, rige también respecto de terceras personas ajenas a las partes contratantes de la compraventa?

En la doctrina francesa se ha intentado muchas veces dar respuesta a esta interrogante. En realidad, todas las opiniones parten de constatar que en el artículo 1583 del Código, cuando se hace referencia a que la venta es perfecta entre las partes y la propiedad se adquiere de derecho al comprador respecto del vendedor desde el momento en que se conviene sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado, se estaría remarcando el hecho de que la transferencia de propiedad opera, en virtud del contrato, exclusivamente del vendedor con respecto al comprador.

Pero veamos cuáles son las opiniones que la doctrina recoge al respecto.

El primero de los comentaristas del Código que repara en el problema es, precisamente, Jacques de Maleville, uno de los miembros de la Comisión que elaboró el Proyecto del mismo,[92] quien luego de señalar que esta norma representa la abrogación de la máxima «*Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur*», señala que debe notarse bien aquello que el artículo dice: La venta es perfecta entre el comprador y el vendedor; pues es distinto respecto de los

[91] PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Op. cit.*, tomo X, página 8.
[92] DE MALEVILLE, Jacques. *Op. cit.*, tomo III, página 304.

terceros que podrían tener sobre la cosa un derecho anterior a la venta.

La inquietud de De Maleville es compartida por muchos otros autores franceses.

Mourlon,[93] señala que resultan de la disposición del artículo 1583, tres efectos: primero, que la venta es perfecta desde el momento en que las partes se han puesto de acuerdo sobre la cosa y sobre el precio; segundo, que esta perfección del contrato basta, ella sola y por ella misma, para hacer al comprador propietario respecto del vendedor; y tercero, adicionalmente se cuestiona si se concluiría, de estas últimas palabras, que él no deviene nunca, por el solo efecto de la venta, propietario respecto de terceros.

Mourlon considera que la respuesta afirmativa parece fundada, pues decir que la venta basta para hacer al comprador propietario respecto de tal persona determinada, es, evidentemente, decir, de modo implícito, que ella no basta para hacerla propietaria respecto de toda otra persona.

Cree, sin embargo, que la conclusión sería inexacta, pues las palabras: «respecto del vendedor», no significan lo que parecen decir; ellas tienen un sentido histórico, que importa conocer. Señala que, bajo el imperio de la ley del 11 brumario año VII, la convención hecha sin la finalidad de transferir la propiedad de un inmueble, por venta o donación, no transfería, por ella misma, sino una propiedad relativa, es decir, oponible solamente a ciertas personas determinadas. La propiedad absoluta, es decir oponible a todo el mundo, no era transmitida sino por un hecho posterior a la convención, por la transcripción del título, constando el contrato sobre un registro existente, a este efecto, en las oficinas del registro de propiedad inmueble. De este modo, el comprador devendría propietario, por la sola fuerza de la convención, en sus relaciones: primero, con su vendedor, en

[93] MOURLON, Frédéric. *Op. cit.*, tomo III, páginas 210 a 212.

el sentido que él podría hacerse poner en posesión *manu militari*; segundo, con el Estado, en el sentido que él podrá, desde el día del contrato, invocar la calidad de propietario para retirar las ventajas políticas que ahí estaban atadas; tercero, con los terceros que, sin tratar con el vendedor, se apoderarían de la cosa, en el sentido que él tendría contra nosotros una acción directa para forzarnos a restituir la cosa usurpada. Agrega que él no aparecía como propietario en sus relaciones con aquellos que, desde el contrato y antes de la transcripción, trataban con el vendedor. En tanto que la transcripción no tenga lugar, por la publicidad que ella da al contrato (advierte a los terceros de la mutación de la propiedad), el vendedor continuaba, en cuanto a su consideración, siendo propietario; de suerte que las enajenaciones totales o parciales consentidas por él eran válidas y oponibles al vendedor. De este modo, de dos compradores sucesivos del mismo inmueble, será propietario quien primero, haya hecho transcribir su título en el Registro.

Según Mourlon, de este modo, desde la promulgación del Código, y hasta el 1 de enero de 1856, la venta ha sido, por ella misma, por su sola energía y su sola fuerza, es decir, independientemente de la tradición de la cosa vendida y de la transcripción del acto que constata el contrato, traslativa de propiedad, tanto respecto de terceros como respecto del vendedor. Apunta además que no es igual en su tiempo (1878), ya que la venta es todavía por ella misma, y desde que ella existe, traslativa de propiedad respecto del vendedor; pero la mutación que ella opera no es oponible a terceros sino desde el día en el cual ella ha sido hecha pública por la vía de la transcripción según la ley del 23 de marzo de 1855.

En su opinión, en este nuevo sistema, el artículo 1583 deviene en verdaderamente exacto, pues la venta es perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio y desde este instante, la propiedad es transferida al comprador respecto del vendedor; pero, respecto de terceros, ella no

lo ha sido todavía, ya que en tanto que el acto de venta no esté transcripto, el vendedor estará en mora, en sus relaciones con los terceros, a pesar de ser propietario de la misma y de poder disponer de ella válidamente, pues no es sino por la transcripción de la venta que la propiedad completa y absoluta pasa de la persona del vendedor a aquella del comprador.

La respuesta para Duranton no reviste los mismos contenidos, mas sí el mismo fin. Este tratadista[94] opina que el artículo 1583 parece hacer entender que no es solamente en relación con el vendedor que el comprador es propietario por el solo hecho del contrato de venta, y que respecto de terceros, es necesario algo más; que para los inmuebles, por ejemplo, la transcripción que exigiese la ley del 11 brumario, año VII, sobre el régimen hipotecario para que el adquirente fuese también reputado propietario respecto de terceros, también ha sido juzgada necesaria por los redactores del Código, para que el comprador pudiese prevalerse de su título contra estos mismos terceros. Pero considera que esta conclusión sería errada, ya que el artículo 1583 no ha querido nunca decir esto; no se ha entendido redactándolo, por lo que se hace necesario discutir entonces, para saber si se mantuviera el sistema de la ley de brumario, tocando la necesidad de la transcripción respecto de terceros; se ha enviado la solución de esta pregunta a la discusión sobre el título de los privilegios y de las hipotecas. Sostiene que allá, también, la pregunta no ha sido decidida explícitamente, pero ella lo ha sido de modo implícito, por la omisión, en la nueva ley, de la disposición de aquella del brumario; pues no es asunto de la transcripción al Título de los Privilegios y de las Hipotecas, como medio de liberar los inmuebles de estas cargas: no se ha hablado como de un medio necesario para fijar la propiedad en tal o cual mano. Duranton cree

---

[94] DURANTON. *Op. cit.*, tomo IX, páginas 7 y 8.

que la pregunta se encuentra también implícitamente resuelta por el artículo 2182, precepto que sustenta que el vendedor no transmite al adquirente sino derechos que él tiene sobre la cosa vendida; pues si por efecto de una primera venta, el vendedor los ha transferido al comprador y sobre la base del propio artículo 1583, es claro que él no la tendría más, y por consiguiente, que él no ha podido transferir la cosa a otra persona distinta, a quien, desde ese primer contrato, ha vendido la misma cosa. Opina que en tal caso él estaría celebrando una venta de cosa ajena, venta nula, en los términos del artículo 1599.

Marcadé[95] y Demante[96] opinan de manera similar que los dos autores antes citados.

Y para concluir, debemos señalar que Baudry- Lacantinerie y Saignat,[97] refieren que la oponibilidad frente a terceros está subordinada a reglas que varían según la naturaleza de la cosa vendida. De este modo —señalan— la venta de inmuebles no es oponible a terceros sino a partir de la inscripción en la Oficina de las Hipotecas (ley del 23 de marzo de 1855, artículos 1 y 3); aquella de los créditos, a partir de la notificación al deudor cedido o de su aceptación por acto auténtico (artículo 1690); aquella de patentes de invención, a partir del registro en el Secretariado de la Prefectura (ley del 5 de julio de 1844, artículo 20); y, aquella de los navíos, a partir del cambio en Aduana (argumento de la ley del 27 vendemiario, año II, artículo 17; ley del 6 de mayo de 1841, artículo 20 *in fine*).

Para mayor detalle sobre el alcance de la interpretación dada por la doctrina francesa a los artículos 1582 y 1583 de su Código Civil, en el primer medio siglo de vigencia del

[95] MARCADÉ, V. *Op. cit.*, tomo VI, página 143.
[96] DEMANTE, A.M. y COLMET DE SANTERRE, E. *Op. cit.*, tomo VII, página 5.
[97] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel y SAIGNAT, Leo. *Op. cit.*, tomo XIX, páginas 11 y siguientes.

mismo, remitimos al lector a la consulta de Rogron, a la Jurisprudencia Dalloz y a los Códigos Anotados Dalloz, los mismos que constituyen valiosísimos documentos. Por ello, proporcionamos los datos respectivos.[98]

4. La transferencia de propiedad en el Perú

4.1. *La transferencia de propiedad inmueble*

El tratamiento que a lo largo de la historia del proceso codificador nacional se ha dado a este tema, podríamos reseñarlo de la siguiente manera:

4.1.1. *Código Civil de 1852*

El primer Código Civil que tuvo considerable vigencia en nuestro país (además de aquel de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, de efímera duración), el de 1852, en su Libro Tercero, De las Obligaciones y Contratos, Sección Segunda, De los Contratos Consensuales, Título Primero, legislaba el contrato de compraventa, definiéndolo en su artículo 1305, y estableciendo luego el carácter consensual de la transfe-

[98]
(a) ROGRON, J. A. *Op. cit.*
Artículo 1582: tomo II, páginas 2024 a 2030.
Artículo 1583: tomo II, páginas 2031 a 2036.
(b) DALLOZ, Armand. *Dictionnaire général et raisonné de legislation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public.* Citando volumen, página y número:
Artículo 1582: 2, 231, 17; 2, 386, 1305; 3, 564, 144; 4, 25, 889; 4, 638, 14s.; 4, 643, 212.
Artículo 1583: 1, 388, 117; 1, 564, 384; 1, 565, 399; 2, 265, 102; 2, 386, 1305; 2, 390, 1415.
(c) DALLOZ, Armand. *Codes Annotés,* París, 1905 a 1907:
Artículo 1582: tomo III, páginas 1 a 10; tomo adicional, página 282.
Artículo 1583: tomo III, páginas 10 a 12; tomo adicional, páginas 272 y 273.

rencia de propiedad de los bienes, siguiendo la metodología del Código Napoléon.

El artículo 1308 del Código de 1852 preceptuaba lo siguiente:

Artículo 1308.- «En la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y pago del precio».

Esta norma, como se puede apreciar de su texto, tuvo una gran influencia del artículo 1583 del Código Napoléon, del cual recoge todos sus elementos esenciales.

Esto significa que al celebrarse el contrato de compraventa simple con el solo consentimiento de las partes, y al operar la transferencia de propiedad de la cosa «aún antes de su entrega y pago del precio», debemos entender que dicha transferencia (al igual que en el Derecho Francés) se realizaba automáticamente, al momento del nacimiento de la obligación de enajenar, surgida de su celebración.

Precisamos que, al referirse el artículo 1308, en general, a «la cosa», y no hacer distinción alguna entre muebles e inmuebles, debemos aplicar el principio de que no es posible diferenciar donde la ley no lo hace, y afirmar, por tanto, que la transferencia de propiedad de los bienes muebles e inmuebles operaba automáticamente al momento de la celebración del contrato de compraventa, apenas surgida la obligación de transmitir propiedad.

Podemos concluir, entonces, que el Código Civil Peruano de 1852 seguía el modelo francés.

Además, conviene aclarar que a la fecha de entrada en vigencia del Código bajo comentario (1852), no estaba aún vigente la ley del 23 de marzo de 1855, modificatoria del Código Francés, que establecía el requisito de inscripción para la validez de la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles respecto de terceras personas, ajenas al contrato; razón por la cual el Código Civil Peruano de 1852 siguió fiel a la posición originaria del Código Napoléon.

4.1.2. *Código Civil de 1936*

Este cuerpo legislativo, en la Sección Segunda del Libro Quinto, Del Derecho de Obligaciones, relativa a las Obligaciones y sus Modalidades, incluía el artículo 1172, por el que se ratificaba el principio del artículo 1308 del Código Civil de 1852, antes citado, pero en esta oportunidad exclusivamente para bienes inmuebles, cuando disponía:

Artículo 1172.- «La sóla obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario».

Respecto a los bienes muebles, materia que desarrollamos más adelante, el Ponente del Libro V del Código de 1936, Doctor Manuel Augusto Olaechea y Olaechea, durante las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, fue el partidario más ferviente de instaurar el sistema de la tradición que más tarde fue asumido por el Proyecto.

Por otra parte, y refiriéndose a la tradición de los bienes inmuebles, en el Acta de la Comisión correspondiente a la 120a. sesión, de fecha miércoles 12 de agosto de 1925, el Doctor Olaechea presentó su ya famoso Memorándum en el que señalaba su parecer favorable respecto del Sistema Francés (con la reforma introducida por la ley de 1855 sobre la transferencia de la propiedad inmueble). Consideraba, además, que el sistema argentino y español de la tradición como modo necesario para transferir la propiedad inmueble no era un sistema adecuado, ya que la tradición podía revestir las más de formas, pero no necesariamente garantizar la publicidad del acto.

En la sesión del miércoles 19 de agosto de 1925, el Doctor Solf y Muro presentó un Memorándum a la Comisión, por el que resaltaba las ventajas del sistema del Registro de la Propiedad. Solf y Muro concluía su exposición resumiendo cuáles eran sus planteamientos[99], diciendo lo siguiente:

---

[99] COMISIÓN REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO. *Actas de las Sesiones*, fascículo quinto, páginas 19 y 20. Imprenta Castrillón, Lima, 1928.

«Al efecto propongo la adopción de un temperamento que por el momento se traduce en una dualidad de sistemas. Podemos establecer una separación entre los inmuebles que ya están inscritos en el Registro y se inscriban en adelante, y los inmuebles que no están registrados. Para los primeros, establecer la necesidad de la inscripción de todos los actos que con ella se relacionan para la validez de ellos, sea entre las partes o frente a terceros.

Los segundos, o sea los bienes no inscritos, mientras no se inscriban, seguirán sujetándose a las mismas reglas o a reglas semejantes a las que se contienen en nuestro Código Civil.

La innovación que propongo permitirá aplicar algunos de los principios del sistema Torrens o del germano a un conjunto considerable de bienes inmuebles, que llegan a 24,876 urbanos, 21,398 rústicos y 3,041 minas, según la estadística llevada en el Registro de la Propiedad hasta el año 1921, número que habrá aumentado desde entonces y que seguirá aumentando cada día.

La cuestión sobre si el requisito de la matriculación para la validez de las transferencias o la constitución de los derechos sobre inmuebles, debe considerarse como forma de la tradición exigida desde el Derecho Romano, a la manera que lo hace el Código chileno, o sobre si tal requisito queda al margen de esa regla, siguiendo el camino del legislador francés, de la transmisión operada por solo consentimiento, este es un punto materia de la ilustrada ponencia del señor Olaechea».

En esa misma sesión, el Doctor Pedro M. Oliveira respaldó el planteamiento de Solf y Muro en el sentido de adoptar el sistema de la inscripción y afirmó que era posible hacerlo.[100] Sustentando esta necesidad, el Doctor Oliveira señalaba[101] que:

[100] COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Op. cit.*, fascículo quinto, página 34.
[101] COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Op. cit.*, fascículo quinto, páginas 36 y 37.

> Urge civilizar al país, y uno de los medios de hacerlo consiste en dotarlo de instituciones que promuevan el desarrollo económico sobre la base de la seguridad de las relaciones jurídicas. Si por un apocado concepto de las posibilidades nacionales no acometemos resueltamente la reforma del Registro del Estado Civil y la reforma del Registro de la Propiedad, que son las más importantes que pueden llevarse a cabo en el orden civil, el nuevo Código caerá en el vacío y las más acertadas de sus disposiciones carecerán de eficacia. Por sabio que sea el régimen de los derechos reales en la letra de la ley, de nada servirá en la práctica si el Registro de la Propiedad no se reorganiza en armonía con las exigencias de una Sociedad que todo lo espera de la inmigración de capitales, del desarrollo del crédito y del crecimiento de la riqueza.

En la sesión del miércoles 26 de agosto de 1925, el Doctor Solf y Muro precisaba[102] que el principio de la inscripción en el Registro como indispensable para adquirir la propiedad y demás derechos sobre inmuebles no era absoluto, formulando una serie de precisiones legislativas y doctrinarias que lo conducían a proponer a la Comisión[103] rechazar las fórmulas alemana y suiza, a pesar de considerar superior a la primera sobre la segunda, y optar por la brasileña, «que omite toda declaración ante el Registro y sólo requiere la presentación del título, por juzgarla de mejor aplicación en nuestro medio, ya que se conforma con el régimen existente. Además, esta regla tiene carácter de generalidad pues se aplicará a todos los actos inscribibles, los de transmisión entre vivos y por causa de muerte, y los simplemente declarativos».

Propuso, además, que se expresara que la inscripción se verificaría en vista del título en que constan la causa juri-

[102] COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Op. cit.*, fascículo quinto, página 38.
[103] COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Op. cit.*, fascículo quinto, página 41.

dica del acto, y en su caso la voluntad del enajenante de consentir en la inscripción.

En la sesión del miércoles 2 de septiembre de 1925, el Doctor Juan José Calle presentó por escrito sus pareceres sobre el particular. Calle estaba en desacuerdo con las opiniones de Oliveira y Solf y Muro, y concordaba con las de Olaechea. El concluía con que el nuevo Código Civil debía mantener el sistema que imperaba en esos momentos, vale decir, que para el caso de bienes muebles, su dominio se adquiriera por la tradición; y respecto de los inmuebles, se mantuviera el sistema establecido por la Ley del 2 de enero de 1888, que creó el Registro de la Propiedad Inmueble, proponiendo su inclusión en el Proyecto de Código en debate.[104] En realidad esta ley, que creó el mencionado Registro, solo convirtió al mismo en declarativo, mas no en constitutivo de propiedad, razón por la cual, ésta se transmitía por la sola obligación de enajenar, criterio que el Doctor Calle consideraba el más acertado para la realidad de nuestro país.

No es nuestro objetivo dar un detalle completo de toda la discusión que se suscitó en la Comisión Reformadora, pero sí hemos querido trazar sus grandes lineamientos.

Al elaborarse el Proyecto del Libro V del Código Civil, la propuesta de Olaechea fue acogida por la Comisión. En la Exposición de Motivos del mencionado Proyecto, Olaechea decía[105] lo siguiente:

> Para definir el régimen de estas obligaciones (se refiere a las de dar), precisa resolver si conviene adoptar respecto de los inmuebles el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento, sino mediando la inscripción; y si tratándose de cosas muebles, debe mantenerse el principio de que la tradición es requisito indispensable para adquirir el dominio.

[104] COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Op. cit.*, fascículo quinto, página 57.

[105] OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. *Op. cit.*, páginas 16, 17 y 18.

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 trasferir 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 formación. El consentimiento, decía Bigot-Préameneu, perfecciona por sí sólo la obligación de entregar la cosa y no hay necesidad de tradición real para que el acreedor sea considerado propietario de ella. Por el contrato, afirmaba Portalis, se opera una especie de tradición civil. Y Marcadé agrega: la convención de dar crea la obligación; la obligación de dar lleva consigo la de entregar; el cumplimiento de esta obligación por la tradición transfiere la propiedad; la tradición no necesita ser real, porque el consentimiento lleva en sí una tradición fingida que produce el mismo efecto; y esta tradición realiza el desplazamiento automático del dominio. El sistema del Código francés fue adoptado por el peruano (se entiende el Código de 1852). El Código Napoleón presume que existe, por decirlo así, una tradición de derecho implícita, y como consecuencia de sistema tan espiritualista, la convención pone los riesgos de la cosa a cargo del acreedor convertido en propietario por el consentimiento.

El sistema instaurado por el Código francés no ha sido uniformemente seguido por las codificaciones posteriores. La institución creada por aquel Código fue modificada en Francia por la ley de 23 de marzo de 1855, conforme a la cual no se puede oponer a tercero ningún derecho real que no esté previamente inscrito.

El sistema que considera adquirido el derecho real como efecto de la inscripción, mira al interés general y al desarrollo del crédito territorial.

El sistema de la tradición reviste una marcada inferioridad respecto del sistema francés. La tradición es un hecho que no está subordinado a formas especiales; se prueba como todo hecho; y desde el punto de vista de la publicidad es claramente ineficaz.

La Comisión reconoce la inferioridad de nuestro sistema, cuyos defectos se pueden sintetizar diciendo que construye una propiedad relativa al lado de la propiedad absoluta. La inscripción no asume más valor que el de un simple aviso que protege a los terceros que no han intervenido en el acto, pero no lleva en sí misma una verdadera sustantividad.

No se concibe la vida de un sistema consolidado sobre la base de la inscripción, sin registro, sin títulos idóneos, que no existen en todas las regiones, sin notarios, sin abogados, sin clima propicio, para imponer el requisito de la inscripción con carácter de ineluctable obligatoriedad. La institución del registro fue implantada en el Perú hace casi medio siglo. No obstante los esfuerzos realizados, es lo cierto que no ha podido arraigarse en todo el país y que adolece de vacíos e imperfecciones que son insuperables a la acción de la voluntad. El Registro existente tiene el gravísimo defecto de ser personal. Su transformación requeriría, como condición insustituible, el catastro. Por eso, es imperativo prescindir del sistema germánico que ha organizado el dominio y los derechos reales sobre las bases de la publicidad y de la especialidad, atribuyendo a la primera valor y eficacia materiales. Ningún sistema teórico, por perfecto que sea, puede por sí sólo resolver satisfactoriamente los hechos. No son paralelos el progreso legal y el adelanto moral de una nación. La propiedad de las cosas muebles se adquiere por la tradición, y el dominio de los inmuebles, por el contrato, con las restricciones derivadas de la institución del registro.

Hasta aquí las palabras de Olaechea.

Los principios esgrimidos por el Doctor Olaechea y plasmados en el Código Civil de 1936, se mantienen vigentes en la actualidad, ya que el Código Civil promulgado en 1984, tiene normas de contenido similar a las del cuerpo legislativo derogado.

Creemos necesario recordar que la fidelidad, no solo en este aspecto sino en muchos otros, que profesó el Doctor Olaechea por el Derecho Civil Francés, se debía, en gran me-

dida, a la notable influencia que causó en su vida el viaje que realizó a ese país en los albores del siglo XX.

Al haber sido un excelente alumno en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, logró graduarse de Abogado a la edad de 19 años, es decir, siendo menor de edad (la mayoría de edad en ese tiempo se adquiría a los 21 años). Por tal razón, y de acuerdo con las leyes vigentes de la época, éstas le impedían ejercer su profesión, motivo por el cual su padre, el Doctor Manuel Pablo Olaechea Guerrero, lo envió a Francia para perfeccionarse y tomar lecciones de Derecho con los grandes maestros de la Facultad de París.[106]

Su hijo, el Doctor Manuel P. Olaechea du Bois, relata[107] cuál fue la influencia que ejerció sobre él el Derecho Francés:

> En París asistía diariamente a las lecciones de los maestros clásicos, al final de la **rue Soufflot**. Era el período que sin lugar a dudas puede llamarse la época de oro del Derecho Civil y en que la luz venía de Francia. Esta rama del conocimiento jurídico y la perfección de sus exégetas habían alcanzado admirable desarrollo. El culto de la lógica y la más depurada técnica, lo hacían una de las expresiones más elevadas del saber humano. Era posible enamorarse de la ciencia del derecho y éste fue el caso del doctor Olaechea.

4.1.3. *Código Civil de 1984*

El Código Civil vigente regula lo relativo a la transferencia de la propiedad en el Libro V, Derechos Reales, Sección Tercera, Derechos Reales Principales, Título II, Propiedad, Capítulo Segundo, Adquisición de la Propiedad, Sub-Capítulo IV, Transmisión de la Propiedad, artículos 947 a 949.

---

[106] OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. *Estudio Olaechea, 1878-1978*, página 75. Lima, 1978.

[107] OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. *Op. cit.*, página 75.

En la primera de las normas citadas, el artículo 947, el Código trata de la transferencia de propiedad de los bienes muebles, estableciendo que esta opera por la tradición de los mismos:

Artículo 947.- «La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente».

El artículo relativo a la transmisión de propiedad de los bienes inmuebles, es el 949, precepto que dispone lo siguiente:

Artículo 949.- «La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Como se puede apreciar de la clara redacción de las dos normas transcriptas, el Código Peruano opta por el mismo sistema que el Derecho Francés, desechando todas aquellas opciones que consideran como indispensable para la transferencia de los bienes inmuebles el requisito de la inscripción.

Aquí queremos, sin embargo, formular ciertas precisiones.

En la transferencia de propiedad en el Código Civil Francés, de acuerdo con la doctrina de ese país, si bien la norma general del artículo 1138, luego ratificada por el artículo 1583 (relativo al contrato de compraventa), la propiedad de los bienes muebles e inmuebles se transmite por la sola obligación de enajenar, respecto de los bienes muebles dicha norma resultó, en buena medida, solo declarativa, como anota Freitas cuando comenta el problema, ya que en virtud de lo establecido por el artículo 2279 del Código Francés «en materia de muebles, la posesión equivale al título», lo que en la realidad de los hechos significa que la transferencia de propiedad de estos bienes se realiza por medio de la tradición.

Desde esta óptica puede sostenerse que el Derecho Civil Peruano nunca se apartó del principio francés.

Si bien respecto de la transferencia de propiedad inmueble el Código Francés de 1804 estableció el principio de que se realizaba por la sola obligación de enajenar o el solo consenso (tal como fue asumido por el Código Peruano de 1852), a través de la ley de marzo de 1855 que creó en Francia el Registro de la Propiedad Inmueble, se estableció como requisito de oponibilidad frente a los terceros, justamente el hecho de la inscripción. Este sistema respecto de las inscripciones de los inmuebles fue también asumido por el Perú, cuando, como bien señala el Doctor Olaechea, en 1888 se dictó la ley sobre el Registro de la Propiedad Inmueble.

Vale decir que desde esa fecha (1888), el Perú actualizó su sistema respecto del francés, asumiéndolo nuevamente como suyo. De acuerdo con este sistema, la propiedad de los bienes inmuebles se transfiere por la sola obligación de enajenar, mas para oponerla a terceras personas es necesaria su inscripción en el Registro.

El Código Civil de 1936, como ya lo vimos, mantuvo el mismo sistema, incorporándolo en los artículos 1172, 1173 y 1050, cuyos textos son los siguientes:

Artículo 1172.- «Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda».

Artículo 1173.- «En las obligaciones divisibles, el crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores existan, reputándose créditos o deudas distintos e independientes unos de otros, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso».

Artículo 1050.- «Las servidumbres se extinguen en todos los casos por el no uso durante cinco años».

El Código Civil de 1984 no ha alterado dicho sistema, salvo otorgándole mayor claridad a sus preceptos.

Por tanto, podemos concluir que nuestro Derecho Civil nunca varió su posición respecto de la transferencia de la

propiedad, en relación a la línea trazada por el Derecho Civil Francés.

Por lo expresado, consideramos que existe perfecta armonía entre lo dispuesto por el artículo 1529 del Código Civil Peruano de 1984, relativo a la definición del contrato de compraventa, en el sentido de que se trata de un acto meramente obligacional, y no traslativo de ningún derecho real, y el artículo 949 del mismo cuerpo legal, referente a la manera como se transmite la propiedad.

La respuesta al tema de la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú no la podemos hallar dentro de principios ajenos a los que históricamente han regido nuestro Derecho Civil.

No obstante que el aparente problema que abordamos ha sido tratado y zanjado por la antigua Escuela Exegética Francesa del siglo XIX, han surgido en nuestro medio desde la aparición del Código Civil de 1984, numerosos intentos de explicación sobre el tema, además de haberse renovado preocupaciones de siempre.

Por la alta consideración que nos merecen sus propulsores, todos ellos distinguidos profesionales y catedráticos, queremos hacer mención de sus diversas posiciones, expresando además nuestro propio punto de vista sobre las mismas. Lo haremos en estricto orden cronológico a la fecha de publicación de sus opiniones.

En un artículo aparecido en el Volumen I de la Biblioteca «Para leer el Código Civil» del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú,[108] el Doctor Jack Bigio analiza la regulación que el Código Civil Peruano de 1984 brinda al tema de la transferencia de la propiedad inmueble. En tal

[108] BIGIO CHREM, Jack. *La Compraventa y la Transmisión de Propiedad.* En: Para leer el Código Civil, volumen I, páginas 195 a 211. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 14 de noviembre de 1984.

sentido sus comentarios devienen en una Exposición de Motivos, al haber sido, sin lugar a dudas, uno de los miembros más activos de la Comisión Revisora del Código Civil.

Por nuestra parte consideramos que el Doctor Jack Bigio recoge, sin lugar a dudas, la motivación que tuvo el legislador de 1984 para adoptar la redacción del artículo 949 del referido Código Civil.

Por lo demás, el autor, identificándose con un importante sector doctrinario, precisa que en el caso del artículo 949, si es que la obligación de transferir propiedad se derivase de un contrato, como es el caso del contrato de compraventa, el título y el modo coinciden en el contrato mismo. Consideramos que si bien es cierto que el título está representado por el contrato de compraventa celebrado, no será el mismo contrato el que transfiera la propiedad del bien inmueble, sino la obligación objeto del mismo, cuya ejecución es inevitable —por mandato de la ley—, siempre y cuando estemos en presencia de un bien de propiedad del vendedor, cierto y presente, y no exista disposición legal diferente ni pacto en contrario.

No obstante ello, debemos admitir que la posición del Doctor Bigio es, sin lugar a dudas, la más difundida en nuestro medio como explicación del tema referido a la transferencia de la propiedad inmueble.

Resulta importante la observación del Doctor Bigio cuando señala que la norma bajo análisis admite disposición legal diferente, a lo que se podría agregar que también cabe pacto en contrario a la misma. Todo ello nos hace ver que el artículo 949 del Código Civil es un precepto meramente dispositivo que no representa un obstáculo para los contratantes en caso de querer obligarse de manera diversa o pactar expresamente en contrario de la referida norma.

Gastón Fernández Cruz, en un artículo aparecido en diciembre de 1988[109], aunque relativo a la naturaleza de la

[109] FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *El Contrato Consensual de Prenda.* En:

prenda, abordó en algunas de sus páginas el tema de la transferencia de la propiedad inmueble.

Coincidimos con el Doctor Fernández Cruz cuando señala que la compraventa no es un contrato real, vale decir que no se celebra con la entrega del bien. No obstante ello, nos reafirmamos en que el contrato de compraventa, dentro del régimen peruano, es un contrato meramente obligacional. Así lo dispone el artículo 1529 del Código Civil de 1984. La transferencia de propiedad no se produce en favor del comprador con la sola declaración de voluntad de los contratantes. La declaración de voluntad de los contratantes da lugar a la celebración (no al perfeccionamiento) del contrato de compraventa. Y, como lo hemos señalado al analizar las expresiones del Doctor Jack Bigio, no es que exista coincidencia entre el momento de la celebración del contrato y la ejecución del mismo, sino que la ejecución de la obligación de transferir propiedad, cumplida por mandato de la ley, coincide con el momento de nacimiento de la obligación, que técnicamente es distinto al momento de la celebración del contrato del cual constituye su objeto; aunque cronológicamente sea imperceptible la diferencia temporal entre uno y otro momentos.

Alfredo Bullard Gonzales,[110] en un trabajo publicado en diciembre de 1991, expresa sus preocupaciones sobre la transmisión de la propiedad y la exclusión de los derechos de terceros en virtud de dicha transferencia de propiedad. Las apreciaciones del Doctor Alfredo Bullard revisten varios aspectos que consideramos necesario comentar.

El primero se basa en enfocar el problema desde su ya tradicional perspectiva del Derecho relacionado directamente

---

Revista Ius et Praxis, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, número 12, páginas 159 a 187, Lima, diciembre de 1988.

[110] BULLARD GONZALES, Alfredo. *Un Mundo sin Propiedad. Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble.* En: Revista Derecho, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, número 45, páginas 131 a 175, Lima, diciembre de 1991.

con la Economía, lo que le lleva a expresar conceptualmente y en gráficos, de manera bastante acertada, sus preocupaciones con referencia al tráfico comercial y a las probables trabas que al mismo pudiera afectar un sistema imperfecto de transferencia de propiedad, punto que relaciona con la posibilidad del propietario de excluir a los demás en relación al derecho de propiedad mismo, y hasta cuestionar si dentro de un sistema de transferencia de propiedad imperfecto estamos en presencia o ausencia de un verdadero derecho de propiedad. Por lo demás, consideramos que la posición del Doctor Bullard coincide con la preocupación general en el sentido de que el Sistema de Transferencia de Propiedad Francés, implantado en nuestro país desde inicios de la República, deviene en imperfecto. Para ello basta recordar las opiniones del ilustre Manuel Augusto Olaechea en su célebre Memorándum a la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852. En él el Doctor Olaechea, más allá de manifestarse partidario de los Sistemas que garantizan una propiedad absoluta, sobre todo el Alemán, hacía referencia a que el sistema de transferencia de propiedad adoptado en nuestro país crea una propiedad relativa.

Nos parece evidente que el artículo 949 del Código de 1984, no puede ser interpretado de manera aislada, y que jamás podría separarse de las normas relativas a la concurrencia de acreedores y de los preceptos del Libro de Registros Públicos del propio Código. Es claro que el artículo 949 es capaz de crear una propiedad relativa. Olaechea estaba en lo cierto.

Pero no por ello el artículo 949 deviene en un precepto abominable. Simple y llanamente expresa un principio abstracto, contra el cual las partes pueden pactar con toda libertad. Adicionalmente, creemos que la verificación de todos los datos a que hace referencia Bullard, cuando plantea la hipótesis de la consulta a un abogado respecto de la compra de un bien inmueble, representarán el complemento de la seguridad jurídica absoluta de la que precisamente adolece el propio artículo 949.

Así las cosas, podríamos llegar a afirmar que del artículo 949, si bien puede entenderse que crea una propiedad relativa, también puede deducirse que dicha propiedad se convertirá en absoluta, en la medida que las partes contrantes —y obviamente sus abogados— apliquen adecuadamente el resto de normas que complementan el principio dentro del propio Código y fuera del mismo para, de este modo, lograr un derecho de propiedad verdaderamente sólido y estable.

Los Doctores Max Arias-Schreiber Pezet y Carlos Cárdenas Quirós, en el Tomo IV de su Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, aparecido en el año 1991,[111] hacen un análisis histórico de la evolución del tema de la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú.

Consideramos sumamente valiosas las apreciaciones de los Doctores Arias-Schreiber y Cárdenas en relación al análisis histórico y la situación actual del problema de la transferencia de la propiedad en el Código Civil Peruano de 1984.

Adicionalmente, nos parece muy positivo que hayan dado un paso adelante, proponiendo soluciones al tema en cuestión. De dichas soluciones es sumamente acertado el énfasis que ponen en la necesidad de implantar un catastro obligatorio, a fin de registrar todos los inmuebles de la República.

Coincidimos en que se cree un Registro constitutivo y no declarativo de derechos, pero discrepamos en que ello pueda ejecutarse en la actualidad, es decir de inmediato. A pesar de las bondades del Registro obligatorio para los actos futuros sobre los bienes ya registrados —propuesta planteada en la sesión de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, de fecha 19 de agosto de 1925, por el Doctor Solf y Muro, y a la cual se adhirió el Doctor Pedro M. Oliveira— creemos que tales modificaciones sólo podrían llevarse adelante si se diesen

[111] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y MARTÍNEZ COCO, Elvira. *Exégesis*, tomo IV. Los Derechos Reales, páginas 286 a 288 y 300 a 305. Librería Studium, Lima, 1991.

las condiciones y facilidades económicas a los Registros Públicos en el Perú, y si cambiase la idiosincracia de nuestro pueblo, muy proclive a la informalidad en todos los planos, como son la vida misma, la persona, la familia y todos los ámbitos de la actividad jurídica, civil y comercial.

Miguel Torres Méndez[112] también analiza y plantea una interpretación sobre el tema que nos atañe.

Coincidimos con el Doctor Torres en que la compraventa no es un contrato traslativo sino obligatorio. Pero nuestras coincidencias con su posición terminan en este punto.

Tal como ha sido expresado por nosotros al analizar algunas otras opiniones, la transferencia de la propiedad inmueble no se produce con el solo contrato, lo que equivale a decir con el mero consentimiento de las partes, sino que representa la ejecución —ordenada por la ley— de la obligación de transferir propiedad surgida de dicho contrato.

Considera el Doctor Torres que existe una flagrante contradicción entre el contenido de los artículos 949 y 1529; opinando que se ha repetido en el Código de 1984 la incoherencia que al respecto tenía el Código Civil de 1936.

Por nuestra parte, podemos afirmar que no existe contradicción alguna entre el artículo 1529 del Código Civil, que establece que el vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien al comprador, y el artículo 949, a través del cual se expresa que la sola obligación de enajenar un bien inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. La primera de las normas es propia del Derecho de los Contratos (vale decir, de las relaciones obligatorias), en tanto que la segunda es propia de los Derechos Reales. Lo que ocurre es que técnicamente el contrato genera obligaciones. En este caso, el contrato genera la obligación de transferir la propiedad, obligación

[112] TORRES MÉNDEZ, Miguel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*, parte I, páginas 132 a 135 y 143 a 151. Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, 1993.

que nace del contrato y que no debe confundirse con él, obligación que la ley da por ejecutada, como rezago de los dispositivos que al respecto contenía el Código Napoléon y teniendo como fundamento el mismo que expresamos al analizarlos.

Adicionalmente el Doctor Torres propone se consoliden las normas del Código Civil en relación a la transferencia de propiedad, respecto de la naturaleza obligatoria del contrato de compraventa, ratificándose en que los artículos 949 y 1529 son normas contrapuestas; lo que, como hemos señalado anteriormente, no es compartido por nosotros.

No creemos en la solución interpretativa que Torres da al problema de la aparente contradicción de los artículos 949 y 1529 del Código Civil Peruano. En el razonamiento del Doctor Torres, al establecerse en el artículo 949 que «la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente [...]», el artículo 1529 constituiría una excepción a la regla establecida por el artículo 949. Es más, el mencionado profesor llega a afirmar que además del artículo 1529, relativo al contrato de compraventa, constituyen disposiciones legales diferentes al artículo 949, los artículos 1602 (relativo al contrato de permuta) y 1621 (referido al contrato de donación); razonamiento desde el cual concluye en que el artículo 949 no es de aplicación a estos supuestos, sino únicamente al resto de contratos que impliquen la obligación de transferir la propiedad.

No creemos tenga sentido esta afirmación, por cuanto el artículo 949, si bien es de aplicación general a los contratos en que existe obligación de transferir la propiedad, resulta aplicable —por excelencia— al contrato de compraventa, al contrato de donación y al contrato de permuta. De no considerarlo así, podríamos estar seguros que el ámbito del artículo 949 sería tan reducido o estaría tan restringido, que los actos a los que les sería aplicable no pasarían de un número ínfimo de contratos a través de los cuales una de las partes

se obligase a transferir a otra la propiedad de un bien inmueble.

El artículo 1529 no puede devenir -de ninguna manera— en excepción del artículo 949, ya que si así fuese el artículo 1529 sería la regla y el artículo 949 quedaría como una diminuta excepción.

Por último, el Doctor Torres sostiene que el Código Civil Peruano de 1984 no contempla el modo de transferir la propiedad de los bienes inmuebles, al no aplicarse el artículo 949 al contrato de compraventa —sobre el que se basa su estudio—. Dice que como no hay modo sino título (el aludido contrato de compraventa), hay una omisión legislativa, un vacío legal, proponiendo efectuar una interpretación analógica en relación al artículo 949, llegando a sostener que la tranferencia de la propiedad inmueble opera en el Perú por la entrega, salvo pacto en contrario, posición que redondea con una serie de argumentos de orden práctico.

Discrepamos de tan ilustrado parecer, ya que se aleja absolutamente de las raíces históricas del artículo 949, y de la correcta interpretación que del mismo hizo la Escuela Exegética Francesa, para comprender cabalmente el modo de la transferencia de la propiedad inmueble dentro del Sistema Fráces, que —como hemos visto— es también el peruano.

En noviembre de 1993 el Doctor Hugo Forno[113] planteó una posición bastante peculiar sobre el tema.

En primer lugar debemos manifestar que la explicación respecto al problema de la transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles que expone el Doctor Hugo Forno Flórez es novedosa e interesante. No obstante ello, no la compartimos, por las siguientes consideraciones.

---

[113] FORNO FLÓREZ, Hugo. *El Contrato con Efectos Reales*. En: Ius et Veritas, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, número 7, páginas 77 a 87, Lima, noviembre de 1993.

No creemos que el legislador francés haya «olvidado» atribuir directamente al contrato el efecto traslativo, y se haya expresado en términos obligacionales. La estructura del Código Napoléon y de muchos de los que lo siguieron se basa, fundamentalmente, en la teoría clásica que se encargó de aclarar y precisar posteriormente la Escuela Exegética Francesa, en el sentido de que el contrato es fuente de obligaciones, y que éstas tienen por objeto prestaciones que consisten en un dar, un hacer o un no hacer. Para bien o para mal —a nuestro entender para bien— el Código Civil Peruano de 1984 ha recogido este esquema clásico acerca del objeto del contrato, el mismo que, por lo demás, es compartido y esgrimido por la más calificada doctrina de nuestra tradición jurídica de todos los tiempos. Entre los que comparten esta teoría está, por solo citar al más ilustre y renombrado de ellos, G. Baudry—Lacantinerie.

No consideramos, por ello, que el hecho de que el Código Napoléon haya considerado al contrato como fuente generadora de obligaciones constituya un error, sino un acierto, más allá de lo que significaba la absurda distinción entre contrato y convención —hoy en día superada ampliamente—.

El Doctor Forno insiste en la aparente contradicción existente entre los textos del Código Fráncés sobre la transmisión de la propiedad inmueble y el carácter obligacional del contrato de compraventa.

Consideramos que los Mazeaud, al expresar que el contrato, además de sus efectos obligacionales, tiene efectos reales, se equivocan, y lo que hacen es una interpretación en todo caso literal del artículo francés relativo a la transferencia de la propiedad; al igual que se equivoca —y lo decimos con todo respeto— el Doctor León Barandiarán, porque no es el consentimiento el que transfiere la propiedad del bien, sino la ejecución legal de la obligación de transferir la propiedad, emanada del contrato a que da lugar dicho consentimiento; razón por la cual —nos ratificamos en ello— el contrato no transfiere de por sí la propiedad.

El autor del artículo bajo comentario se cuestiona si por las consideraciones esbozadas, se puede afirmar que en realidad la obligación de transferir la propiedad inmueble es una oblgación. Por nuestra parte, creemos que no hay nada de extraño en ello; salvo el hecho de que se trata de una obligación cuya ejecución deviene en especial, por las consideraciones históricas que le dieron origen. Así, la obligación de transferir la propiedad inmueble no deja de tener una prestación. Concordamos con el Doctor Forno en que la prestación es concebida por la generalidad de la doctrina y la más autorizada, como una actividad humana. Pero en el caso de la obligación de transferir la propiedad inmueble —por los antecedentes históricos expresados—, esta obligación es la única que la ley no permite incumplir a los particulares que contraten en tal sentido. Así, es cierto que la obligación se entiende cumplida con la ejecución de la prestación debida, pero estamos ante un supuesto excepcional en el cual la prestación la ejecuta la propia ley. Es así que en este caso, para la ejecución de la prestación debida no se requiere de ninguna conducta del deudor.

Por lo demás, estas consideraciones se hallan en absoluta concordancia con el esquema teórico adoptado por nuestro Código Civil. Ahora bien, si no se cree en el esquema teórico plasmado en el Código —lo que es absolutamente lícito—, no nos cabe la menor duda de que el resultado sería diverso y, por consiguiente, las respuestas al problema planteado también lo serían.

Es cierto que el pago de la obligación de transferir la propiedad inmueble se produce con independencia de toda actividad del deudor, y que, como dice Forno, «ella se paga por sí misma». Pero nosotros sostenemos que tal situación no es siempre así, ya que existen determinados casos en los cuales dicha obligación no se ejecuta por sí misma y en el mismo acto de su generación. Es el caso de las obligaciones de transferir la propiedad de bienes inciertos, de las obligaciones alternativas con prestaciones de dar bienes ciertos o

inciertos, de las obligaciones de transferir la propiedad de bienes futuros o ajenos o de aquellos contratos en los que la ejecución de la mencionada obligación está sujeta a condición suspensiva.

El caso de los bienes ajenos, por lo demás, es ilustrativo del problema. Como ya fue expresado en una obra anterior,[114] en el caso que una persona se obligue, en virtud del artículo 1529, a transferir a otra la propiedad de un bien inmueble ajeno, debemos aplicar como regla primera, la general que establece dicho artículo, es decir que a pesar de no ser propietario del bien al momento de la celebración del contrato, se ha obligado a transferir al comprador la propiedad del mismo. Sabemos que en el ordenamiento jurídico peruano, el contrato de compraventa no es en sí mismo traslativo de propiedad. Ahora bien, podría entenderse que surgiría un problema cuando analizamos el contenido del artículo 949 del Código Civil, precepto que establece que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario del mismo, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Pero en realidad no hay inconveniente alguno. El Código Civil Peruano de 1984 permite la venta de un bien inmueble ajeno, ya que se podría vender un bien de este carácter aplicando el artículo 1529, obligándose a transferir la propiedad de ese bien al comprador. Lo que no puede hacer, obviamente, mientras no sea propietario de ese bien, es transferir su propiedad, pues carece de ella y, por tanto, de la facultad de hacerlo.

Así, el artículo 1529 es aplicable al caso de la compraventa de bienes ajenos en sentido estricto y, al utilizarlo, no salimos del campo meramente obligacional. Pero no podemos aplicar el artículo 949 del Código Civil, inmediatamente después de celebrado un contrato de compraventa de bien inmueble ajeno, ya que esta norma, ubicada en el Libro de los Derechos Reales, solo será de aplicación cuando el vendedor tenga el derecho de propiedad del bien materia de la compraventa. Pensar siquiera lo contrario sería un absurdo.

[114] CASTILLO FREYRE, Mario. *Los Contratos Sobre Bienes Ajenos*, páginas 185 a 187.

De esta forma, se hace necesario distinguir cuándo estamos en el campo del Derecho de Obligaciones y cuándo lo estamos en el de los Derechos Reales, para saber en qué momento debemos aplicar una norma o abstenernos de hacerlo.

Dada la naturaleza de la obligación de transferir la propiedad de un bien ajeno, futuro o cualquiera otro de los supuestos enunciados líneas atrás, resulta imposible la aplicación inmediata del artículo 949, apenas nacida la obligación. Se aplicará automáticamente el artículo 949 cuando el bien pertenezca al obligado —en el caso de los bienes ajenos—, cuando tenga existencia —en el caso de los bienes futuros—, cuando se haya producido la elección del mismo —en el caso de los bienes inciertos—, etc.

Por otra parte, queremos expresar nuestra discrepancia cuando el Doctor Forno sostiene que de tratarse de un negocio jurídico unilateral, no tendría sentido la ejecución inmediata de la obligación de transferir la propiedad inmueble, citando como ejemplo el caso de la promesa unilateral. Este tema no reviste problema alguno, por la sencilla razón de que las obligaciones en general requieren del asentimiento del acreedor de las mismas para recibir el pago, más aún cuando han surgido de la voluntad unilateral del deudor.

Además, si nos atenemos a la promesa unilateral de recompensa, ésta será una obligación unilateral en la cual resultará absolutamente imposible la ejecución de la obligación del deudor (el promitente) en la medida en que todavía no se halle identificada la persona que se ha hecho acreedora a dicha recompensa. Recién en este momento podríamos hablar de la ejecución de transferir la propiedad inmueble, si es que estamos en presencia y en el supuesto de tratar de una obli-

gación de estas características, y si es que el acreedor lo acepta.

Y si nos ceñimos a los actos de liberalidad, es regla por excelencia en nuestro Derecho y en nuestra tradición jurídica que para que un acto de estas características sea válido, será absolutamente necesario contar con el asentimiento expreso o tácito del acreedor, quien será parte en el mismo.

Por otro lado, y a pesar de no tratarse de un catedrático de nuestra nacionalidad, consideramos necesario recordar la posición del renombrado profesor argentino Ernesto Clemente Wayar sobre el particular.[115] En su ponencia, el Doctor Wayar hizo alusión al tratamiento del tema en una serie de Derechos extranjeros, al igual que en el Derecho peruano, el mismo que —como ha sido dicho por nosotros en innumerables ocasiones— tiene su fundamento y continuidad en el Derecho Civil Francés.

Ernesto Clemente Wayar establece las excepciones al principio de que la propiedad se transfiere con la sola obligación de enajenar. Estamos de acuerdo con él.

Sólo queremos reiterar —una vez más— que esta regla se aplica en el plano obligacional y no en el contractual —propiamente dicho—.

Por otra parte, es verdad, como dice Wayar, que el Sistema Francés de transferencia de la propiedad inmueble crea una situación de inseguridad jurídica respecto del bien sobre el cual se ha celebrado un contrato de compraventa, pero también es cierto que esta situación no es privativa de dicho contrato, sino que se extiende a todo el ámbito de la contratación privada, la misma que es «*res inter alios acta*», y las situaciones jurídicas que genere no tienen por qué ser conocidas por terceros.

---

[115] WAYAR, Ernesto Clemente. *La Teoría del Título y el Modo.* Conferencia dictada en el Colegio de Abogados de Lima el día martes 9 de agosto de 1994, en el Congreso de Derecho Civil Patrimonial organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Y, por último, en lo referente a los probables peligros que origina el Sistema Francés —que es también el Peruano— en relación al principio «*res perit domino*», esta situación no es realmente novedosa, puesto que el bien usualmente se pierde para su dueño, se adopte el sistema que se adopte en relación a la transferencia de propiedad. En el caso del Derecho nacional, lo único que debe hacerse es concordar dentro del régimen del Código Civil de 1984, los principios del artículo 1138 con aquellos relativos a la transferencia del riesgo en el contrato de compraventa y las normas referentes a la transmisión de la propiedad, no precisamente para ver las consecuencias del principio «*res perit domino*», pues estas son obvias, sino para analizar cuál de las partes de la relación obligacional debería sufrir la pérdida de la contraprestación, si la hubiere.

El análisis sobre los diversos pareceres que se han esgrimido en el Derecho Civil Peruano en relación al Sistema adoptado sobre la transferencia de la propiedad inmueble en el Código Civil de 1984, y nuestra posición, sólo han aspirado a relevar el interés académico y práctico del tema. Por lo demás, reiteramos lo expresado en un inicio, en el sentido de que todas las opiniones comentadas nos merecen —al igual que sus autores— la más alta consideración y respeto.

Nos es grato que más allá de algunos matices nuestra posición sobre esta materia coincida con la del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle,[116] cuando sostiene que resulta imposible aplicar al Derecho nacional el esquema teórico planteado por el artículo 1470 del Codigo Civil Italiano de 1942, a través del cual se comprende que no se requiera la creación de una obligación para que, mediante la ejecución de la respectiva prestación, se realice la conclusión del contrato de compraventa y se produzca el efecto traslativo de la propiedad.

---

[116] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*, páginas 31 y 32.

De la Puente afirma que la situación es distinta en el caso del Código Civil Peruano, ya que el contrato en general, como categoría abstracta, tiene por objeto crear obligaciones, y el contrato de compraventa, en particular, crea la obligación de transferir la propiedad de un bien.

Así, no puede concebirse la celebración de un contrato cuyo fruto no sea una obligación, porque sería algo contrario a la naturaleza misma del contrato.

Por eso —según De la Puente—, la función del contrato de compraventa es crear la obligación de transferir la propiedad de un bien y la función del artículo 949 es otorgar a esa obligación, tratándose de bienes inmuebles determinados, el efecto de hacer al comprador propietario del bien.

El referido profesor anota que es cierto que no resulta necesario que el vendedor ejecute una prestación, pero ello no significa que la obligación no exista, puesto que es la ley la que toma a su cargo la ejecución del efecto traslativo buscado por la obligación de transferir la propiedad.

De la Puente agrega que lo anteriormente expuesto no impide que se pueda transferir convencionalmente la propiedad u otro derecho real.

Anota que siendo la convención (género del contrato) un acuerdo de voluntades destinado a crear, regular, modificar o extinguir *solo consensu* cualquier vínculo jurídico, sea cual fuere su naturaleza, no existe inconveniente conceptual alguno para que una convención tenga efectos reales.

Luego De la Puente anota que, sin embargo, tratándose de la transferencia de la propiedad de un inmueble determinado efectuada mediante una convención, no sería de aplicación el artículo 949, desde que éste requiere la existencia de una obligación de enajenar el bien, lo que no ocurriría en el caso de la convención, que transferiría la propiedad del inmueble sin crear previamente la obligación de hacerlo.

De la Puente considera por estas razones que el sistema peruano de transmisión convencional de propiedad de todos los bienes determinados, sean muebles o inmuebles, es la

teoría del título y el modo, que requiere la indispensable conjunción de un acuerdo de voluntades orientado a transferir la propiedad y de un medio que permita lograrlo. Expresa que esto es posible otorgando al título el carácter de causa remota de la tranferencia y al modo el carácter de causa próxima de la misma. En el caso de los bienes muebles determinados, la causa remota está constituida por el respectivo contrato de transferencia y la causa próxima por la tradición, en aplicación del artículo 947 del Código Civil. En el caso de los bienes inmuebles determinados, la causa remota está también constituida por el respectivo contrato de transferencia y la causa próxima por la aplicaión del artículo 949 del mismo Código.

Concluye De la Puente expresando que no conviene terminar su estudio sin destacar que la tradición que se efectúa en virtud de un contrato anterior, no es un nuevo contrato sino un acto de cumplimiento, un acto de pago de una previa obligación.

4.2. *La transferencia de propiedad de los bienes muebles*

En materia de bienes muebles, el Código Civil de 1984 establece que la propiedad se transmite con la tradición. Este principio recoge una antigua doctrina peruana, pero ante ciertos cuestionamientos a los que luego se alude, es preciso la respuesta a dos preguntas: ¿Desde cuándo se produce la transferencia de la propiedad de los bienes muebles?, ¿desde el momento en que el contrato de compraventa ha quedado celebrado o desde que el vendedor entrega al comprador la cosa vendida?

Recuerda Raymundo Salvat[117] que en el Derecho Romano se exigía, para la transmisión de la propiedad de los bienes muebles, no solo el consentimiento, o sea el acuerdo de

[117] SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, páginas 309 y 310.

voluntades, sino la tradición o entrega real de la cosa. Consideraban los romanos que la voluntad de las partes, por sí sola, no debía ser suficiente para crear el derecho de propiedad, y que la tradición o entrega de la cosa, que exteriorizaba la transferencia del dominio, prevenía a los terceros.

Agrega Salvat que en el antiguo Derecho Francés prevaleció el sistema romano, pero que la tradición llegó, posteriormente, a considerarse una mera ficción, estimándose cumplida por medio de cláusulas en virtud de las cuales el vendedor se daba por desposeído y el comprador por puesto en posesión de la cosa. Ante este precedente, el Código Napoléon estableció el principio de que la propiedad de los bienes muebles se transmitía por el solo efecto de las convenciones (artículos 711 y 1138), con las reservas de los comentaristas de dicho Código que antes hemos anotado.

Expresa Salvat, por último, que el Código Civil Alemán exige, para la transmisión de la propiedad de los bienes muebles, el consentimiento y la tradición, volviendo al sistema romano.

¿Cuál era el sistema en el Código Civil Peruano de 1936?

Quisiéramos recordar en estas páginas un antiguo debate de los años sesenta. Para el Doctor Felipe Osterling Parodi, era evidente que el Código Civil Peruano de 1936 había seguido, en esta materia, al Código Civil Alemán, que exige, para que opere la transferencia de propiedad de los bienes muebles, además de la conclusión del contrato, o sea del consentimiento, la tradición. Sin embargo, un ilustre jurista, el Doctor Jorge Avendaño Valdez, sostenía que bastaba el consentimiento, o sea el simple acuerdo de voluntades, para que, sin requerirse la tradición, operara la transferencia de propiedad de los bienes muebles. El Doctor Avendaño afirmaba, con cierto sarcasmo, que los codificadores de 1936 «habían pensado en alemán pero habían escrito en francés».

Esta discrepancia de pareceres entre el maestro Avendaño, Decano en aquel entonces de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor principal

de Derechos Reales, y el Doctor Osterling, profesor principal de Derecho de Obligaciones, generó entre los alumnos de la Facultad el vehemente deseo de que polemizaran públicamente sobre sus respectivas posiciones, lo que en la realidad de los hechos ocurrió un día del año 1967, en el que tercamente, al concluir un cordial pero ardoroso debate, ambos continuaron manteniendo sus propias tesis.

Ese hecho nos vino a la memoria de manera muy vívida cuando el Doctor Marcial Rubio Correa, Vice Rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor principal de Derecho Civil, pronunció un discurso el 2 de noviembre de 1999, con motivo del Octogésimo Aniversario de la Facultad de Derecho y cuyos párrafos pertinentes transcribimos:

> Una mañana del año 1967, en la casona de Riva Agüero se produjo la esperada polémica, anunciada durante varios días por el Centro Federado de Derecho, en relación a la transferencia de los bienes muebles a propósito del artículo 1173 del Código Civil (el de 1936, naturalmente).
>
> El tema era uno de los muchos vértices que tienen las obligaciones y los derechos reales. Yo estaba en primero de Derecho, estudiaba 'personas' y, por consiguiente, no entendí mucho de los detalles de aquella discusión. Como un espectador al que llevan a un stadium en el que se juega un deporte extraño, pude concentrarme en la discusión en sí. Fue intensa y muy viva como cuando, en ciertas partidas encarnizadas del ajedrez, van cayendo las piezas una a una hasta que la presencia solitaria de los dos reyes en el tablero, hace ineludible el empate.
>
> Hace dos meses nuestro Rector convocó una reunión de autoridades académicas para discutir sobre el quehacer de nuestra Universidad y un informe preliminar mostró datos importantes provenientes de encuestas de opinión pública. Nuestra Facultad aparecía, en relación a sus pares, sólida, líder y con aprobación creciente.
>
> Creo que estas buenas noticias y la discusión sobre el artículo 1173 del Código derogado tienen mucho que ver entre sí. Jorge Avendaño y Felipe Osterling, cuando realizaron esta

polémica, estoy casi seguro que tenían bastantes menos años que yo ahora. Mi impresión primera fue que no podían ser sino líderes de dos grupos enemigos y me sorprendió enterarme que, por el contrario, eran (y desde luego son ahora) grandes amigos.

Con este episodio aprendí mucho sobre la tolerancia propia de la Universidad y su vinculación con los afectos, tanto institucionales como personales. Aprendí que los amigos podían discrepar sin pelearse y, también, que promover la discusión era una forma de construir institucionalidad, provisto que se respetaran las reglas del buen convivir.

Los usos de nuestra comunidad de docentes han sido, precisamente, el respeto y la discrepancia. Hemos aprendido a convivir con diferencias de apreciación teórica, de ejercicio profesional y de concepción de la enseñanza. En nuestra Facultad no ha existido ni verdad oficial ni método único de hacer las cosas. Nuestras autoridades supieron siempre abrir varias puertas en vez de cerrarlas todas menos una. Desde el círculo más alto de profesores, en cascada, ha ido distribuyéndose una propensión al diálogo que es considerado de enriquecimiento mutuo y de progreso.

[...]

Algo que no interesa indagar hoy debió ocurrir en la Facultad cuando mi generación ingresó a sus aulas: nosotros conocemos a nuestros profesores, pero casi no conocimos a los profesores de nuestros profesores. Hoy la situación es muy distinta y mejor: mi generación comparte la cátedra con sus profesores y con alumnos de sus alumnos. Son varias las promociones sucesivas de docentes que se ocupan, entremezcladas, de dar la formación a los alumnos de hoy. No en vano, la anécdota a propósito de la transferencia de los bienes muebles y del artículo 1173 del Código Civil derogado, se produjo entre dos de nuestros profesores emblemáticos, que además son los decanos de entre nuestros decanos.

Hemos dicho que Felipe Osterling Parodi mantuvo, luego de esa afectuosa confrontación, su tesis. Y, recordando al Código Civil de 1936, los argumentos fundamentales que la sustentaban eran los siguientes:

(a) El artículo 890 del Código Civil de 1936. Este precepto disponía que aquel que de buena fe y como propietario recibía de otro la posesión de un mueble, adquiría el dominio, aun cuando el enajenante de la posesión careciera de facultad para hacerlo. La norma exigía, además de la buena fe, que se efectuara la entrega del bien y que quien lo recibiera lo hiciera a título de propietario. El texto era de claridad meridiana.

El artículo 890 aludía, como se ha expresado, a que se recibiera «la posesión de un mueble». El artículo 843 del mismo Código prescribía, por su parte, que la posesión se adquiría por la tradición. Y el artículo 844 establecía, finalmente, que la tradición quedaba verificada entregando el bien a quien debía recibirlo o a la persona designada por él o por la ley. Cuando el artículo 890, en consecuencia, se refería al desplazamiento de la posesión, aludía, sin duda, a la entrega del bien a quien debía recibirlo o a la persona designada por él o por la ley. Desde luego que la tradición y, por consiguiente, la entrega o transferencia de la posesión del bien mueble, también operaba en las hipótesis previstas por los artículos 845 y 847 del Código Civil de 1936, relativas al poseedor del bien por título distinto; a la transferencia del bien que estaba en poder de un tercero; y a los artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales. En estos casos no se requería, para el traslado de la posesión, la transmisión física del bien mueble objeto de la transferencia. Se trataba de casos excepcionales en que el legislador, por la naturaleza de las cosas, había previsto la tradición sin necesidad del desplazamiento.

(b) El artículo 1172 del Código Civil de 1936. Esta regla establecía que la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hacía al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario.

Si el legislador de 1936 hubiera querido incorporar este mismo precepto a los bienes muebles, habría agregado,

indudablemente, la expresión «o mueble» después de la palabra «inmueble». No lo hizo porque el artículo 890 ya se refería a los bienes muebles, estableciendo un precepto distinto, o sea que la transferencia del dominio requería la tradición.

El caso de los bienes muebles estaba pues previsto por el artículo 890 del Código Civil y el caso de los bienes inmuebles por el artículo 1172 del mismo Código. Esto explica por qué se suprimió en el Proyecto de Código Civil y, posteriormente, en el Código Civil de 1936, la norma consignada en el Anteproyecto que exigía en forma expresa la entrega para la transferencia del dominio de los bienes muebles. La regla se eliminó por la simple y llana razón de que ya se encontraba consignada en el dispositivo que correspondía en el Código Civil de 1936 al artículo 890. Mantener aquel precepto hubiera significado consignar la misma regla en dos normas distintas. La duplicidad, además de ociosa, hubiera sido antitécnica.

(c) El artículo 1173 del Código Civil de 1936. Esta norma se refería a las prelaciones cuando el deudor se había obligado a entregar un mismo bien a diversos acreedores. En el caso de los bienes muebles, previsto por la regla citada, se prefería al acreedor de buena fe a quien el deudor hubiera efectuado la tradición de la cosa, aunque su título fuera posterior. O sea que el artículo 1173 confirmaba la regla consignada en el artículo 890 del Código Civil que exigía, para la transferencia del dominio de los bienes muebles, la buena fe de quien los recibía y la tradición. Y esto aunque existieran otros adquirentes con títulos de fecha anterior.

En caso que el solo acuerdo de voluntades transfiriera el dominio de los bienes muebles, ¿no se habría preferido acaso al acreedor de título más antiguo —aunque no hubiera operado la tradición a su favor— porque habría sido su legítimo dueño?

(d) El artículo 1175 del Código Civil de 1936. Esta norma disponía que si una cosa mueble determinada se perdía sin culpa del deudor, antes de efectuarse su tradición, o pendiente una condición suspensiva, quedaba disuelta la obligación. Es regla universal en el Derecho moderno la de «*periculum est debitoris*»: el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el deudor. El artículo 1175 del Código Civil, en aplicación de este principio, estatuía que la pérdida de la cosa mueble sin culpa del deudor, antes de que se efectuara su tradición, disolvía la obligación. La cosa se perdía pues para el deudor quien, en el caso de los bienes muebles, continuaba siendo el dueño hasta que operara la tradición.

La regla era tan clara que en el caso de los bienes inmuebles no existía disposición legal alguna, porque el comprador o acreedor adquiría el dominio por el simple acuerdo de voluntades, sin necesidad de que se efectuara la tradición a su favor, según se ha visto al analizar el artículo 1172 del Código Civil derogado. Y si en esta hipótesis la cosa se perdía sin culpa del vendedor o deudor, antes de efectuarse la tradición, la pérdida la asumía el comprador o acreedor, en su calidad de propietario.

(e) El artículo 1412 del Código Civil de 1936. Esta regla disponía que en la venta de cosas muebles que no se habían entregado al comprador, si éste no pagaba ni otorgaba la garantía cuando a ello se hubiese obligado, podía el vendedor disponer de la cosa sin pedir la rescisión. ¿Si el vendedor ya no era el dueño —porque habría transferido la propiedad del bien mueble por el simple acuerdo de voluntades— cómo podría disponer de él? Parecería incongruente que el vendedor pudiera disponer del bien ajeno, sin solicitar, previamente, la rescisión del contrato.

(f) La Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora —a la que hicimos referencia anteriormente—.

Dice el Doctor Manuel Augusto Olaechea en la Exposición de Motivos que «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». Y agrega «La propiedad de las cosas muebles se adquiere por la tradición, y el dominio de los inmuebles, por el contrato, con las restricciones derivadas de la institución del registro».

(g) La opinión de los comentaristas más distinguidos del Código Civil Peruano de 1936.

Expresa el Doctor José León Barandiarán[118]: «Pero es evidente que tratándose de cosas muebles, la regla de nuestra ley civil es que *solus consensus non perfeciumtur*. Así resulta del sentido del artículo 1175, de indicaciones pertinentes formuladas por el autor del Código, y también de la disposición a que se contrae el número 890, que reza: 'Aquel que de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de un mueble, adquiere el dominio, aun cuando el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo». Agrega el Maestro[119] que «Si sólo con la tradición se adquiere la propiedad de la cosa mueble, es evidente que quien ha recibido la cosa es el único que puede invocar tal derecho; otro acreedor sólo tiene a su favor un simple derecho de crédito, pero que ya no puede concretarse en la cosa, de la que se

[118] LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit., Derecho de Obligaciones. Modalidades y Efectos*, tomo II, página 21.
[119] LEÓN BARANDIARÁN, José. *Op. cit.*, tomo II, páginas 25 y 26.

ha desposeído el trasmitente, por lo mismo que aquélla ha salido del patrimonio de este último y ha ido a residir en el del adquirente a quien se hizo la tradición. No importa que se invoque un título de fecha anterior, pues éste no es constitutivo de dominio, ya que en este caso sólo *consensus non perfeciumtur*».

El Doctor Eleodoro Romero Romaña,[120] por su parte, afirma que «Al estudiar la posesión hemos visto [...] que ésta se adquiere por la tradición o entrega de la cosa. Pues bien, tratándose de los bienes muebles, esta tradición es de tal naturaleza e importancia que no solamente se adquiere en esa forma la posesión, sino también, en muchos casos, la propiedad. Esto es lo que establece el artículo 890; naturalmente, con ciertos requisitos tales como el que la persona tenga buena fe al recibir como propietario el bien mueble. Debe estar convencido de que la persona con quien está tratando es el verdadero propietario». Y agrega que «El fundamento de la disposición obedece a que la adquisición de los bienes muebles es completamente diferente de la de los inmuebles, por ser distinta la situación de unos y otros. Los inmuebles tienen títulos de propiedad y pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble. En cambio, en los muebles no existe, por lo general, ningún título, reputándose propietario de ellos a quien los tiene en su poder. El que contrate sobre bienes muebles no tiene, en realidad, cómo asegurarse sobre quién es su verdadero propietario».

El Doctor Jorge Eugenio Castañeda[121] manifiesta que «El acreedor del inmueble no es un mero acreedor; es un propietario. Por ejemplo, el comprador, el donatario, no son sólo acreedores que pueden exigir la entrega; son dueños y

[120] ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho Civil, Los Derechos Reales*, páginas 211 y 212. Editorial P. T. C. M. Lima, 1947.
[121] CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Op. cit. El Derecho de las Obligaciones*, tomo I, página 91.

pueden, por tanto, reivindicar, no obstante no haber tenido nunca la posesión. Por el contrario, tratándose de cosas muebles, el comprador o el donatario a los que no se les hubieran entregado, no son dueños».

Dice el Doctor Angel Gustavo Cornejo[122] que «Tratándose de cosas muebles su dominio se adquiere por la tradición».

Expresa el Doctor Rosendo Badani, finalmente, que «En cuanto a los muebles, la tradición es necesaria para la transmisión del dominio, conservándose así respecto a ellos la doctrina del Derecho Romano».

Para finalizar, debemos señalar que toda la problemática que hemos desarrollado ha quedado zanjada con la redacción del artículo 947 del Código Civil de 1984, el mismo que establece que «La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente».

5. Análisis de las diversas clases de bienes que son susceptibles de formar parte de un contrato de compraventa, en relación a la transferencia de propiedad

5.1. Compraventa de bienes que ya han dejado de existir

5.1.1. Bienes que han dejado de existir totalmente

Este supuesto no será analizado por nosotros, dado que al no existir el bien, tampoco habrá propiedad de cuya transmisión hablar.

[122] CORNEJO, Ángel Gustavo. *Código Civil, Exposición Sistemática y Comentario*, tomo II, Derecho de Obligaciones, volumen I, página 88. Lima 1938.

5.1.2. Bienes que han dejado de existir parcialmente

En este supuesto, si es que el comprador optase por no «retractarse» del contrato, serán de plena aplicación los supuestos de los artículos 1135 y 1136.

5.2. Compraventa de bienes futuros

En este supuesto se nos plantea el problema de que un bien futuro pueda o no ser susceptible de inscripción en los Registros Públicos. Si se tratase de un bien futuro *in rerum natura* (vale decir, de aquellos bienes que ya tienen existencia material), este bien podría inscribirse, mas no así aquellos bienes *non in rerum natura*, ya que estos no tienen existencia material alguna.

5.2.1. Bienes *in rerum natura* (Es decir, bienes futuros pero que ya cuentan con una existencia material)

5.2.1.1. Bienes inmuebles

En este caso, en lo referente a la transferencia de propiedad, ésta operaría al momento en que llegue a existir dicho bien, momento en el cual recién surtirá efectos el contrato.

5.2.1.2. Bienes muebles

Para el presente caso, de acuerdo a la norma contenida en el artículo 947 del Código Civil, la propiedad del bien se transferirá a través de la entrega.

5.2.2. Bienes *non in rerum natura* (Es decir, bienes futuros que no cuentan aún con existencia material)

5.2.2.1. Bienes inmuebles

En este caso —que como hemos dicho al no tener existencia no serían susceptibles de inscripción antes de dicha existencia— podríamos expresar que la propiedad de un bien de tales características se transferirá al momento en que llegue a tener la existencia prevista en el contrato.

5.2.2.2. Bienes muebles

Una vez que el bien mueble llegue a tener existencia, serán de aplicación, respecto de la transferencia de propiedad, las normas y principios relativos a la entrega del mismo, incluso para el caso de bienes muebles registrables.

5.3. Compraventa de bienes existentes pero en peligro de dejar de existir

Para este supuesto nos remitimos a lo señalado más adelante en relación a los bienes presentes.

5.4. Compraventa de bienes presentes

Es en este caso en el que se producen los supuestos de mayor interés, ya que en él se plantearán, a la vez, las hipótesis de venta de bien propio y de bien ajeno.

5.4.1. Bienes inmuebles

Como hemos dicho en reiteradas oportunidades, la transferencia de propiedad, en el caso de los bienes inmuebles, opera con la sola obligación de las partes, lo que equivale a decir que de acuerdo a las normas de transferencia

de propiedad, bastaría con el simple contrato para que el primer comprador se haga —de inmediato— propietario del bien.

5.4.2. Bienes muebles

5.4.2.1. Bienes muebles no registrables

En el caso de esta clase de bienes la transferencia de propiedad operará con su entrega. Por lo demás, son de plena aplicación los principios antes expuestos sobre el tema.

5.4.2.2. Bienes muebles registrables

En este caso, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 947 del Código Civil Peruano, la transferencia de propiedad operarará también con la entrega del bien al comprador.

6. Obligación del vendedor de perfeccionar la transferencia de propiedad

La doctrina consultada coincide en que es efecto del contrato de compraventa y obligación esencial del vendedor el perfeccionar la transferencia de propiedad del bien vendido. En tal sentido podemos invocar los comentarios de Julien Bonnecasse,[123] quien señalaba que tratándose de la obligación de transferir la propiedad del objeto vendido, no habia preocupación alguna, pues esta transmisión (en el Derecho Francés) se verificaba de pleno derecho, en razón de la disposición del artículo 1583, que por otra parte, es una aplicación de la regla general del artículo 1138 de ese Código Civil.

Pero adicionalmente, Bonnecasse advertía un problema que eventualmente podría presentarse dentro de un contrato

---

[123] BONNECASE, Julien. *Op. cit.*, tomo II, página 532.

de compraventa; nos estamos refiriendo al caso en el cual este contrato no fuera puro y simple, vale decir, que la compraventa esté sujeta a las condiciones de medir, pesar o probar. La legislación francesa preveía ya esta «forma» de contratos, de tal suerte que para perfeccionar la entrega del bien, simplemente este debía pesarse, medirse o probarse, según fuera el caso.

Efectivamente, es una afirmación categórica en la generalidad de la doctrina, el hecho de que incumbe al vendedor como obligación principal el realizar los actos necesarios para transferir la propiedad de aquello que ha comprado. Sostienen esta idea, entre otros, François Laurent,[124] Enneccerus, Kipp y Wolff,[125] Ernesto Clemente Wayar,[126] Carlos Alberto Ghersi[127] y Franceso Messineo.[128]

Por su parte, coincidiendo con los autores antes mencionados, Manuel de la Puente[129] es muy claro cuando anota

[124] LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XXIV, página 159.
[125] ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, y WOLFF, Martin. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, página 29.
[126] WAYAR, Ernesto Clemente. *Op. cit.*, página 344.
[127] GHERSI, Carlos Aberto. *Op. cit.*, tomo I, página 290.
[128] MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo V, página 74.
[129] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. En: REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, tomo VI, página 216.

El citado profesor en una reciente investigación (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa,* páginas 121 a 123) se encarga de ratificar este parecer:

«A la luz de estas consideraciones, debe pensarse que el perfeccionamiento del que habla el artículo 1549 del Código Civil consiste en hacer lo necesario para que se transfiera al comprador la plena propiedad del bien.

En el caso de los bienes muebles esta transferencia se obtendrá mediante la tradición del bien al comprador, de conformidad con el artículo 947 del Código Civil, según el cual la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

Tratándose de bienes inmuebles la transferencia se obtendrá mediante la celebración de un contrato de compraventa que cree a cargo del vendedor una obligación pura de transferir la propiedad del bien al comprador, lo que hará a éste propietario del bien, de acuerdo con el artículo 949 del Código Civil, según el cual la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Surge la duda respecto a si en el caso de bienes inmuebles es también necesaria la entrega del bien, tal como lo indica la Exposición de Motivos del artículo 1540 del Código Civil.

Pienso que esta duda debe absolverse en sentido afirmativo, por las siguientes razones:

a) De conformidad con el artículo 923 del Código Civil, la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien.
   Si por conjunción de los artículos 949 y 1529 del mismo Código el contrato de compraventa tiene como efecto hacer al comprador propietario del bien inmueble vendido, la adquisición de la propiedad debe hacerse con todos los atributos de ésta, entre los que se encuentra el uso y disfrute del bien por parte del propietario.
b) El artículo 1550 del Código Civil establece que el bien debe ser entregado en el estado en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato, sin hacer distinción alguna entre bienes muebles e inmuebles, por lo cual debe reputarse que se refiere a ambas clases de bienes.
c) Se ha visto que en caso del numeral 1 del artículo 1476 del Código Civil italiano, la doctrina considera que la entrega de la cosa al comprador tiene por objeto permitir a éste el goce normal del derecho de propiedad mediante la posesión del bien.
   Esto ocurre no obstante que en el Derecho italiano la propiedad de todos los bienes, muebles, e inmuebles, se transfiere normalmente mediante la sola celebración del contrato de compraventa, sin exigirse la entrega.
   En el caso de la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles, el Derecho peruano permite la adquisición de ella sin necesidad de la entrega, por lo cual, siguiendo el mismo criterio expuesto por la doctrina italiana, debe considerarse que procede la entrega de los bienes inmuebles a fin de que el comprador goce plenamente del derecho de propiedad mediante la posesión.
d) Uno de los cuatro elementos que la doctrina más extendida distingue para la interpretación de la ley es el elemento histórico. Según ALBALADEJO, son útiles como elemento histórico los trabajos de las comisiones codificadoras.
   Se ha visto que la Exposición de Motivos de la Comisión Reformadora del Código Civil señala que aun en el caso de inmuebles el vendedor debe entregar al comprador la cosa materia de la venta.

Tal como dice ENNECCERUS, el vendedor tiene que entregar la cosa vendida no sólo para un uso temporal, como en el arrendamiento, sino transmitirla definitivamente, o sea, colocando al comprador en la situación jurídica de poder quedarse definitivamente con la cosa y de ejercer su exclusivo señorío sobre ella.

También constituyen casos de perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad la individualización a cargo del vendedor en el caso de la compraventa de cosas genéricas, la elección a cargo del vendedor en el caso de la compraventa de cosas alternativas, la adquisición de la cosa por el vendedor en el caso de la compraventa de cosas ajenas y la existencia de la cosa en el caso de la compraventa de cosas futuras. Sin embargo, debe tenerse presente que en todos estos casos se requiere, como paso final, la entrega del bien al comprador, trátese de bienes muebles o inmuebles, desde que sólo así se adquiriá la posesión».

«Pienso que el problema, y también su solución, se encuentran en el sistema del título y el modo adoptado por el Derecho contractual peruano.

En virtud de este sistema la transferencia por compraventa de la propiedad de un bien requiere de una causa remota (título) que está constituida por el contrato consensual de compraventa (perfeccionado en virtud de los artículos 1351 y 1373) por el cual el vendedor se obliga a transferir al comprador la plena propiedad del bien; y una causa próxima (modo) destinada a cumplir esa obligación.

Tanto en el caso de bienes muebles como de inmuebles, la finalidad del contrato de compraventa es que el comprador adquiera el derecho de propiedad sobre el bien, con todos sus atributos, inclusive la posesión. En ambos casos la causa remota de la transferencia de la propiedad es el contrato de compraventa.

Tratándose de un bien mueble, la causa próxima de la adquisición de la propiedad es la tradición (artículo 947 del Código Civil), que lleva incluida la posesión, logrando así el comprador el dominio pleno del bien.

En el caso de un bien inmueble, la causa próxima de la adquisición de la propiedad es la aplicación del artículo 949 del Código Civil, que hace al comprador (como acreedor de la obligación de que se le transfiera la propiedad del bien) propietario de él. Sin embargo, en este caso, la transferencia de la propiedad no lleva incluida la posesión del bien, por lo cual para que el comprador goce del pleno dominio del bien, incluida la posesión, se requiere su entrega.

De acuerdo con este razonamiento, el supuesto de aplicación del artículo 1549 del Código Civil es la existencia de un contrato puro de compraventa, que obliga al vendedor a transferir la propiedad del bien al comprador. La perfección de la transferencia de la plena propiedad del bien se logrará, en el caso de un bien mueble, mediante su entrega al comprador; y en el caso del bien inmueble se logrará también mediante su entrega al comprador.

Puede observase que en ambos casos la perfección de la transferencia de la plena propiedad del bien se alcanza mediante la entrega del mismo, aunque en el primer caso esta entrega es el requisito para que el comprador adquiera inmediatamente la plena propiedad del bien, adquisición que lleva incluida la posesión. Tratándose de bien inmueble, la entrega es el medio para que el comprador —que ya es propietario, aunque no pleno— adquiera la posesión del bien y, con ello, la plena propiedad».

que si bien por el contrato de compraventa no se transfiere al comprador la propiedad del bien vendido (porque como ha sido dicho por nosotros en reiteradas ocasiones, ello no se produce en virtud del propio contrato, sino de la ejecución de las obligaciones emanadas del mismo), corresponde al vendedor hacer todo lo necesario para que este efecto se produzca, pues solo así se habrá cumplido la obligación que en ese sentido ha asumido al celebrar el contrato. Estima que pensar que el vendedor por el mero hecho de celebrar el contrato satisface todo lo que de él se requiere, sería privar al contrato de compraventa de gran parte de su virtualidad y convertirlo en un instrumento inadecuado para que el comprador adquiera la propiedad del bien; y es más, incluso en el caso de las cosas inmuebles el vendedor debe entregar al comprador el bien materia de la venta, pues solo así dicho comprador podrá disfrutar de todos los derechos inherentes a la propiedad; en tanto que si la venta versase sobre un derecho, el vendedor debe efectuar lo necesario para que se produzca la transferencia del derecho al comprador, y si el derecho faculta a la posesión de una cosa, a entregarle ésta.

Alberto G. Spota,[130] entiende a este perfeccionamiento, como el hecho de transmitir el dominio (o condominio) de la cosa vendida a cuyo efecto deberá efectuar la tradición posesoria, vale decir entregar al comprador la cosa vendida con todos sus accesorios y libre de toda otra posesión mediata o coposesión mediata excluyente; y, cuando ello corresponda, concurrir a la suscripción de la escritura pública, así como no oponerse al cumplimiento del acuerdo sobre inscripción registral inmobiliaria o mobiliaria.

Por otro lado, Marcel Planiol[131] realiza una apreciación particular. Señala que la obligación de transferir la propie-

[130] SPOTA, Alberto G. *Op. cit.*, volumen IV, páginas 166 y 167.
[131] PLANIOL, Marcel. *Op. cit.*, tomo II, página 487.

dad no es privativa del vendedor; ya que ella también se encuentra presente en muchos otros contratos. Recuerda además que su estudio también tiene relación con los derechos reales y —al igual que nosotros— efectúa el análisis del tema en cuanto a la generalidad de obligaciones que impliquen transferencia de propiedad. Planiol se limita a recordar que en el Derecho Francés, la obligación de transferir propiedad se reputa ejecutada tan pronto como ella nace, a menos que una circunstancia excepcional constituya obstáculo para la transferencia inmediata de la propiedad.

7. Obligación del vendedor de procurar la propiedad al comprador

Un sector de la doctrina enfoca el tema de la transferencia de propiedad, relacionándolo directamente con la transmisión de la posesión del bien.

Dentro de este grupo de autores encontramos el prolijo análisis de Valencia Zea,[132] quien, luego de admitir que la compraventa es el principal negocio traslaticio de dominio entre vivos, y que en el Derecho Colombiano no cabe duda de que el fin principal que persigue todo comprador es el de adquirir la propiedad sobre la cosa comprada, y el de todo vendedor desprenderse de ese derecho, subraya que no debe olvidarse la íntima correlación que existe entre propiedad y posesión, ya que no es posible concebir la propiedad como un derecho abstracto independiente de su ejercicio o posesión, por lo que estima que las dos obligaciones fundamentales del vendedor se traducen en transferir la propiedad y en transferir la posesión de la cosa vendida.

El citado profesor colombiano establece la íntima relación que existe entre el tema de la transferencia de propiedad y el de la transferencia de la posesión, por lo que anota

[132] VALENCIA ZEA, Arturo. *Op. cit.*, tomo IV, páginas 55 y 56.

que para que el vendedor pueda traspasar la propiedad necesita ser dueño en el momento de la tradición. En tal sentido, vincula estos temas con la venta de bien ajeno, señalando que si bien es cierto que la venta de lo ajeno es válida, no ocurre lo propio con la tradición, pues si en el momento de realizarla el vendedor no es dueño, no puede transmitir lo que no tiene, ya que nadie puede transmitir a otro derechos que no tiene, en estricta aplicación de la máxima romana *nemo plus iuris in alium transfere potest quam ipse habet.*

Consideramos, por nuestra parte, que la propiedad y la posesión son figuras autónomas, cada una de ellas con características independientes —aunque semejantes—, por lo mismo, no es en estricto necesario que cuando se transmita la propiedad de un bien, se transmita también su posesión, vale decir que, el propietario no siempre puede ser poseedor, ni el poseedor resulte ser siempre propietario. Por ejemplo, a modo de graficar lo dicho, imaginemos que Juan vende a María (quien radica en Piura) un inmueble ubicado en Lima. La venta es plenamente válida y perfecta, por tanto María es ya propietaria del bien; sin embargo ella no es poseedora de él por cuanto no es de su interés vivir en dicho inmueble de inmediato.

En este sentido, la finalidad del artículo 1549, bajo comentario podría ser entendida como el constituir una advertencia de que el vendedor no ha concluido su misión transfiriendo la propiedad, sino que debería hacer que la misma revista plena concordancia con el artículo 922 del Código Civil, a fin de que el adquirente pueda gozar del modo más absoluto posible de los atributos que le confiere el derecho de propiedad.

8. La transferencia de propiedad de los automóviles en el Perú

Al ser un bien mueble, la transferencia de propiedad de un automóvil opera con la entrega del mismo al comprador,

por aplicación de la norma general al respecto (el artículo 947 del Código Civil). Sin embargo, al ser un bien registrable, resulta importante analizar el tema de la inscripción registral de los mimos, tanto por razones de orden teórico como práctico.

La primera inscripción de dominio de un automóvil, así como su transferencia y gravámenes, se inscriben en el Registro de Propiedad Vehicular; el mismo que constituye una Sección del Registro de Bienes Muebles, según lo establece la Ley N° 26366 que creó el Sistema Nacional y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.[133]

Cabe recalcar que el Registro de Propiedad Vehicular no es un registro constitutivo del derecho de propiedad sobre los vehículos automotores, ya que la transferencia de propiedad respecto de estos bienes opera en un momento distinto al de la inscripción, según lo contemplado por el artículo 947 del Código Civil Peruano, precepto que —como se recuerda— establece que en el caso de los bienes muebles la propiedad se transfiere con la entrega del bien al acreedor, salvo pacto en contrario. Por el hecho de la inscripción, el acto adquiere seguridad jurídica y, fundamentalmente, publicidad, ya que con la referida inscripción, el contrato pasa a ser conocido más allá de las partes que lo celebraron; trasciende respecto de terceros.[134]

---

[133] El artículo 5 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 098-98-SUNARP, de fecha 16 de julio de 1998), precisa que el Registro de Propiedad Vehicular se rige por el sistema de folio real y que por cada vehículo se abrirá una partida registral, constituida por fichas movibles o asientos electrónicos, en la que se inscribirá la primera de dominio; las características del vehículo y sus modificaciones; las transferencias posteriores; la constitución de prenda y demás gravámenes, así como su modificación y cancelación; los contratos y pactos especiales oponibles a terceros, conforme a ley, y las medidas cautelares ordenadas por juez competente.

[134] Todos los requerimientos y/o formalidades exigidos para la transferencia de vehículos ante el Registro de la Propiedad Vehicular, constituyen el aspecto administrativo de dicho acto; toda vez que desde el punto de vista

Para el caso de la *constitución de dominio*, el Registro requiere de la presentación de los siguientes documentos:

— Si se trata de autos nuevos ensamblados en el Perú, debe presentarse una constancia de emsamblaje, la misma que es expedida por el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Internacionales.
— Para los autos nuevos ensamblados en el extranjero o importados, se requiere presentar la respectiva póliza de importación.
— Si, por el contrario, se trata de autos usados traídos del extranjero, debe presentarse además de la póliza de importación, un certificado emitido por el CETICO.
— En todos los casos, debe presentarse —también— el contrato de compraventa y/o el recibo, factura o comprobante que acredite la adquisición.

---

teórico, la transferencia de los mencionados bienes muebles se efectúa con la tradición, la misma que opera —generalmente— con antelación al trámite que se hace en el Registro, cuando el vendedor hace entrega (paga o cumple con su obligación) del bien al comprador.

El comprador no se convierte en propietario del bien con la inscripción de su adquisición en el Registro, sino cuando se verifica la tradición del vehículo.

La tramitación ante el Registro se convierte, así, en un procedimiento por el cual se cambia —para efectos prácticos— la titularidad del derecho adquirido, ya que los efectos legales deseados por las partes al celebrar la compraventa del vehículo, operan con la entrega del bien y el pago del precio.

Dentro de tal orden de ideas, un exquisito coleccionista, podría adquirir un automóvil a vapor de Nicolás Cugnot del siglo XVIII, a fin de mejorar e incrementar su colección; y para ello solo tendría que suscribir con el vendedor un documento privado de compraventa (aunque en teoría este acto jurídico también podría ser solo verbal) en el que se detallan las características esenciales del bien, el precio y la forma de pago, cumpliendo el vendedor —en el mismo acto— con la entrega del auto.

Desde ese momento, tal como señala el artículo 947 del Código Civil, el coleccionista se convierte en propietario del automóvil, sin que sea necesaria su inscripción para acreditar el derecho de propiedad que ahora tiene sobre el bien.

Así, en la primera inscripción de dominio se consignan en la partida, las siguientes características del vehículo:

— Placa de rodaje
— Ruedas
— Marca
— Año de fabricación
— Modelo
— Color
— Número de motor
— Número de serie
— Carrocería
— Cilindros
— Peso seco
— Combustible
— Pasajeros
— Asientos
— Peso bruto
— Longitud
— Altura
— Ancho
— Carga útil
— Ejes

Luego de la inscripción y presentándose los documentos expuestos, según sea el caso, el Registro expide la Tarjeta de Propiedad.

Ante la pérdida o salida del parque automotor nacional del vehículo, el Registrador deberá dejar constancia de ello procediendo a extender una anotación de cierre de la partida registral.

Para el caso de *Transferencias de Vehículos Usados*, la documentación requerida es la siguiente:

(a) Documentación que acredite el derecho de propiedad del vendedor:

— El Certificado de Gravamen expedido por el Registro de Propiedad Vehicular, que acredite que no pesa ninguna carga sobre el vehículo a adquirir.
— El Certificado del Registro Fiscal de Ventas a Plazos, que acredite que el vehículo a adquirir no se encuentra inscrito en dicho Registro, ya que de estarlo, quien figurase como comprador no podría vender dicho bien sin el asentimiento del vendedor, a favor de quien se constituyó una prenda con la inscripción luego de la venta.[135]
— La exhibición de la tarjeta de propiedad, documento que se quedará en posesión del comprador hasta que efectúe el cambio de titularidad.
— El Certificado de la DIROVE (Dirección de Robo de Vehículos de la Policía Nacional del Perú), documento no indispensable, pero que en la práctica se está haciendo costumbre, dados los problemas que se presentan ante la adquisición de bienes usados. Solo con este documento se puede verificar si el auto que se va a adquirir no es de procedencia ilícita, ni pesa sobre él alguna orden de captura por infracciones de tránsito, etc.
— La factura o boleta de compra —según corresponda—, por la que se verifica la compra hecha por el actual vendedor.

Podría ocurrir también que dicho vendedor haya adquirido el bien —que ahora vende— por un título distinto a una compraventa, como, por ejemplo, a través de una donación o un anticipo de legítima. En ese caso, tendría que acreditar su propiedad mediante testimonio de la Escritura Pública de Anticipo de Legítima o el escrito de fecha cierta en el que conste la donación a su favor, cuando el valor del

[135] Para mayor abundamiento, remitimos al lector a nuestro análisis del Registro Fiscal de Ventas a Plazo, con ocasión del estudio del artículo 1566 del Código Civil, en el Capítulo Quinto de este trabajo.

vehículo exceda del 25% de la U.I.T. (argumento de los artículos 1623 a 1624 del Código Civil), monto que se superará en la inmensa mayoría de casos.

(b) Documento necesario para formalizar la transferencia.
Al respecto, el inciso a) del artículo 78 de la Ley del Notariado (Decreto Ley N° 26002) se refiere al Registro de Transferencias de Vehículos Usados, en el cual se extienden las Actas de Transferencias de dichos bienes.
La Ley del Notariado, al implantar el Registro de Transferencia de Vehículos Usados, derogó implícitamente la Resolución Directoral N° 060-91-TC/15, en cuanto permitía la venta de vehículos mediante contrato privado con legalización notarial de firmas.
La modificación impone la formalidad del instrumento público protocolar, que en relación al documento privado otorga mayor seguridad o garantía a los contratantes.
La mencionada Resolución Directoral estableció —como único requisito para la transferencia de vehículos usados— el contrato privado con legalización notarial de firmas, utilizando como base la normatividad sobre simplificación administrativa y el principio de veracidad del usuario.
El cambio impuesto establece solo la formalidad de otorgar un instrumento público protocolar, sin exigirse más requisitos que la presencia de los contratantes y acreditar la propiedad, como corresponde. La transferencia por acta elimina la vulnerabilidad y alteraciones o falsificaciones de que es objeto el documento privado, en perjuicio de los contratantes y del sistema legal y contractual en su conjunto.
Sin embargo, el Registro de la Propiedad Vehicular recibe, indistintamente, contratos privados con firmas legalizadas o partes del acta notarial para la inscripción de dicha transferencia.[136]

(c) En cuanto a los documentos requeridos para la inscripción, se debe presentar el Formulario Valorado que se adquiere en el propio Registro, así como la copia del contrato, con las firmas legalizadas o los partes del acta notarial.
La solicitud de inscripción debe contener los siguientes datos:

— Nombre y número del documento de identidad del presentante.
— Naturaleza del instrumento o instrumentos presentados, sean éstos públicos o privados, con indicación de la fecha, cargo y nombre del funcionario que autoriza o autentica.
— Acto o derecho cuya inscripción o anotación se solicita.
— Nombre, denominación o razón social, según corresponda, de las personas naturales o jurídicas que contratan o a quienes se refiere la inscripción o anotación que se solicita.

La solicitud debe ir acompañada de la copia simple del documento de identidad del presentante.

El ingreso de una solicitud de inscripción por el Libro Diario da lugar a la generación de un asiento de presentación que determinará la prioridad del Registro Vehicular.

---

[136] El artículo 6 del Reglamento de Inscripciones y Arancel de Derechos del Registro de Propiedad Vehicular, señala que las inscripciones o anotaciones se efectuarán sobre la base de los siguientes instrumentos:
(a) los otorgados ante notario público o con firmas legalizadas por este;
(b) los otorgados ante cónsul o funcionario competente del Perú en el extranjero;
(c) los extendidos o autorizados por funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones;
(d) los expedidos por el juez o auxiliar jurisdiccional en ejercicio de sus atribuciones;
(e) otros que establezcan expresamente las normas de la materia.

El asiento de presentación generado tendrá una duración de 30 días útiles, prorrogable conforme a lo establecido en el Reglamento General de los Registros Públicos.

De otro lado, el artículo 9 del Reglamento de Inscripciones y Arancel de Derechos del Registro de Propiedad Vehicular dispone que la presentación de un título para su inscripción o anotación se podrá efectuar en una Oficina Registral distinta a la que contiene la partida registral del vehículo.

En ese caso, la oficina receptora deberá remitir la documentación original a la oficina de destino al día siguiente de presentada la solicitud; constituyendo responsabilidad de la oficina de destino extender el asiento de presentación inmediatamente y en estricto orden de llegada, dejando constancia de la recepción de la documentación mediante nota marginal en el Diario y enviando copia de la misma a la oficina receptora por facsímil o medio análogo para su entrega al interesado.

La remisión de la documentación deberá efectuarse por correo certificado.

Para los efectos del cumplimiento de los plazos se tendrán como válidas las fechas en que la oficina de destino reciba y envíe la documentación más el término de la distancia.

Ahora bien, si el título fuera observado o tachado, la oficina de destino transmitirá vía facsímil copia de la observación o tacha. La subsanación que efectúe el usuario será enviada por correo certificado si tuviera documentos adjuntos. En caso se tratare de un reingreso sin presentación de éstos, la subsanación podrá comunicarse vía facsímil.

El recurso de apelación contra lo resuelto por el registrador podrá interponerse en la Oficina Registral de destino, sin perjuicio del envío posterior del documento original.

9. La transferencia de propiedad de acciones de Sociedades

9.1. La acción

Son tres las acepciones tradicionalmente conocidas respecto de la acción societaria:

— La acción como parte alícuota del capital social, definición que proporciona el artículo 82 de la nueva Ley General de Sociedades.
— La acción como expresión del *status* o calidad de socio, al representar ésta el conjunto de derechos y obligaciones en la relación entre socio y sociedad.
— La acción como título valor nominativo, especial e imperfecto.

Las acciones societarias se crean o nacen en el pacto social o, posteriormente, por acuerdo de la Junta General de Accionistas; las mismas que se emiten solo una vez que han sido suscritas y pagadas en por lo menos el 25% de su valor nominal.[137]

---

[137] Para el caso de los aportes en especie, el artículo 76 de la Ley General de Sociedades precisa que dentro del plazo de 60 días contados desde la constitución de la sociedad o del pago del aumento de capital, el Directorio está obligado a revisar la valorización de los aportes no dinerarios.

Vencido dicho plazo y dentro de los 30 días siguientes, cualquier accionista podrá solicitar que se compruebe judicialmente, en proceso abreviado, la valorización mediante operación pericial y deberá constituir garantía suficiente para sufragar los gastos del peritaje.

Hasta que la revisión se realice por el Directorio y transcurra el plazo para su comprobación, no se emitirán las acciones que correspondan a las aportaciones materia de revisión.

Si se demuestra que el valor de los bienes aportados es inferior en 20% o más a la cifra en que se recibió el aporte, el socio aportante deberá optar entre la anulación de las acciones equivalentes a la diferencia, su separación del pacto social o el pago en dinero de dicha diferencia.

El importe a pagar por las acciones se establece en la Escritura Pública de constitución o por la Junta General que acuerde el aumento de capital.

Pueden existir diversas clases de acciones, según lo precisa el artículo 88 de la Ley General de Sociedades. Sin embargo, las tradicionalmente conocidas son las preferenciales y no preferenciales; y las que tienen o no tienen derecho a voto.

Son tres las funciones de las acciones societarias:

— *Función probatoria*: Porque constituyen una mera acreditación del vínculo jurídico entre el accionista y la sociedad.
— *Función constitutiva*: Porque la sola posesión del título confiere a su titular la facultad de ejercer los derechos inherentes a su contendio literal.
— *Función dispositiva*: Cuando sirve de instrumento para hacer valer o transferir los derechos y obligaciones que se derivan del vínculo.

Una vez creadas y emitidas las acciones, dichos actos son anotados en la *Matrícula de Acciones* (lo que en la antigua Ley de Sociedades era el Registro de Acciones).

La Matrícula de Acciones se llevará en un libro especialmente abierto a dicho efecto o en hojas sueltas, debidamente legalizadas, o mediante anotaciones en cuenta (que no es más que el registro magnético de las acciones o la contabilización electrónica de aquellas y de todos los actos en torno a las mismas) o en cualquier otra forma que permita la ley.

La última parte del tercer párrafo del artículo 92 de la Ley General de Sociedades establece que se podrán usar simultáneamente dos o más de los sistemas antes descritos; y

---

En cualquiera de los dos primeros casos, la sociedad reduce su capital en la proporción correspondiente, si en el plazo de 30 días las acciones no fueren suscritas nuevamente y pagadas en dinero.

que en caso de discrepancia prevalecerá lo anotado en el libro o en las hojas sueltas, según corresponda.

En la Matrícula de Acciones se anotan también las *transferencias*, los canjes y desdoblamientos de acciones, la constitución de derechos y gravámenes sobre las mismas, *las limitaciones a la transferencia* y los convenios entre accionistas, o entre accionistas y terceros que versen sobre las acciones o que tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas.

9.2. Transferencia de acciones

Es el acto por el cual se cambia la titularidad del derecho que representa una acción societaria, ya sea por actos *inter vivos* (a título oneroso o gratuito) o por sucesión *mortis causa* (ante el fallecimiento de un socio).

Respecto a la formalidad, ante una transferencia de acciones, para que ésta tenga efectos frente a la sociedad y los demás socios, el artículo 93 de la Ley General de Sociedades indica que dicha transferencia debe comunicarse por escrito a la sociedad para su anotación en la Matrícula de Acciones.

Respecto a las acciones que están representadas en o por certificados, su transmisión se podrá acreditar con la entrega a la sociedad del Certificado endosado a nombre del adquirente o por cualquier otro medio escrito. En dicho caso, la sociedad solo aceptará el endoso efectuado por quien aparezca en su Matrícula como propietario de la acción o por su representante. Si hubieran dos o más endosos, la sociedad puede exigir que las sucesivas transferencias se acrediten por otros medios.

9.3. Limitaciones y prohibiciones a la transferencia de acciones

Precisa el artículo 101 de la Ley General de Sociedades que las limitaciones a la transferencia de acciones (así como

a los gravámenes o sus afectaciones), no pueden significar —en ningún caso— una prohibición absoluta de transferir (gravar o afectar). Vale decir que la prohibición solo puede ser de carácter temporal.

Las limitaciones a la libre transmisibilidad —aquellas están contempladas en el pacto social, en el estatuto o en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros—, son de observancia obligatoria; debiendo las mismas ser anotadas en la Matrícula de Acciones.

Dichas prohibiciones deben ser por plazo determinado o determinable y no podrán exceder de diez años, prorrogables antes del vencimiento por periodos no mayores. Todos los términos y condiciones de la prohibición —temporal— deben ser anotados en la Matrícula de Acciones y en los Certificados, anotaciones en cuenta o en el documento que ponga en evidencia la titularidad de la respectiva acción.

Cuando la prohibición —temporal— de transferir es adoptada mediante acuerdo de la Junta General, ésta sólo alcanza a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo, debiendo en el mismo acto separarse dichas acciones en una o más clases, sin que rijan en este caso los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación de este último.

9.4. Transmisión de acciones afectas a obligaciones adicionales

Señala el artículo 102 de la Ley General de Sociedades que la transmisión de acciones cuya titularidad lleve aparejado el cumplimiento de obligaciones para con la sociedad, otros accionistas o terceros, deberá contar —según corresponda— con la aceptación de la sociedad, de los accionistas o de los terceros a favor de quienes se haya pactado la obligación. Todo ello, salvo que el pacto social, el estatuto o el convenio con esos terceros establezcan lo contrario.

Sin embargo, dicha aceptación no será necesaria cuando el obligado garantice solidariamente su cumplimiento, si la naturaleza de la obligación lo permite.

9.5. Adquisición por la sociedad de sus propias acciones

9.5.1. Adquisición con cargo al capital

En este caso la sociedad puede adquirir sus propias acciones solo y únicamente para amortizarlas, previo acuerdo de reducción del capital adoptado conforme a ley.

Cuando la adquisición de las acciones se realice por monto mayor al valor nominal, la diferencia solo podrá ser pagada con cargo a beneficios y reservas libres de la sociedad.

Asimismo, la sociedad puede adquirir sus propias acciones —para amortizarlas— sin reducir el capital y sin reembolso del valor nominal al accionista, entregándole a cambio *títulos de participación,* los mismos que le otorgan derecho a percibir, por el plazo que se establezca, un porcentaje de las utilidades distribuibles de la sociedad. Dichos títulos de participación son nominativos y transferibles.

Los casos en que la sociedad puede adquirir sus propias acciones con cargo a beneficios y reservas libres son los que enumeramos seguidamente;

(a) Para amortizarlas sin reducir el capital, en cuyo caso se requiere acuerdo previo de Junta General para incrementar proporcionalmente el valor nominal de las demás acciones, a fin de que el capital social quede dividido entre ellas en alícuotas de igual valor.
(b) Para amortizarlas sin reducir el capital, pero entregando a cambio títulos de participación, los mismos que otorgan derecho a recibir por tiempo determinado un porcentaje de las utilidades distribuibles de la sociedad.

(c) Sin necesidad de amortizarlas, cuando la adquisición se haga para evitar un daño grave, en cuyo caso deberán venderse en un plazo no mayor de dos años.
(d) Sin necesidad de amortizarlas, previo acuerdo de la Junta General para mantenerlas en cartera por un período máximo de dos años y en un monto no mayor al diez por ciento (10%) del capital suscrito.

9.5.2. Adquisición a título gratuito y a título oneroso

Cuando la sociedad adquiera sus propias acciones a título gratuito, tiene la opción de amortizarlas o no.

Cuando las adquiera a título oneroso, ellas deben estar totalmente pagadas, salvo que la adquisición se realice para evitar un daño grave.

Las adquisiciones por la sociedad de sus propias acciones se hacen siempre a prorrata entre los accionistas, salvo que:
— Se adquieran para evitar un daño grave.
— Se adquieran a título gratuito.
— La adquisición se haga en rueda de bolsa.
— Se acuerde por unanimidad en Junta General otra forma de adquisición.
— Se trate de una adquisición preferente, en caso de enajenación forzosa y cuando la transferencia de acciones deba ser sometida al consentimiento previo de la sociedad.

9.6. La transferencia de acciones en las Sociedades Anónimas Cerradas

El artículo 237 de la Ley General de Sociedades regula el *derecho de adquisición preferente* para los accionistas miembros o socios de una Sociedad Anónima Cerrada.

Este derecho consiste en que el accionista que se proponga transferir total o parcialmente sus acciones a otro accionista o a terceros debe comunicarlo a la sociedad me-

diante carta dirigida al Gerente General, quien lo pondrá en conocimiento de los demás accionistas dentro de los diez (10) días siguientes, para que dentro del plazo de treinta (30) días puedan ejercer el derecho de adquisición preferente, a prorrata de su participación en el capital.

En la comunicación que haga el accionista que desee transferir sus acciones, deberá constar:

— El nombre del posible comprador y, si es persona jurídica, el de sus principales socios o accionistas.
— El número y clase de las acciones que desea transferir.
— El precio y la forma de pago.

En caso la transferencia de las acciones fuera a título oneroso, distinto a la compraventa, o se efectuara a título gratuito, el precio de adquisición será fijado por acuerdo entre las partes o por el mecanismo de valorización que establezca el estatuto. En su defecto, el importe a pagar lo fija el juez por el proceso sumarísimo.

— Demás condiciones de la transferencia.

El accionista podrá transferir a terceros no accionistas las acciones en las condiciones comunicadas a la sociedad, cuando hayan transcurrido sesenta (60) días de haber puesto en conocimiento de ésta su propósito de transferir, sin que la sociedad y/o los demás hubieran comunicado su voluntad de compra.

El estatuto puede establecer otros pactos, plazos y condiciones para la transmisión de las acciones y su valuación, inclusive suprimiendo el derecho de preferencia para la adquisición de acciones.

Asimismo, se puede establecer en el estatuto que toda transferencia de acciones o de acciones de cierta clase quede sometida al consentimiento previo de la sociedad. Ello lo expresará mediante acuerdo de Junta General adoptado con

no menos de la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto.

En caso de denegatoria, la sociedad debe comunicarlo por escrito al accionista interesado, en cuyo caso ésta queda obligada a adquirir las acciones en el precio y condiciones ofrecidas.

En cualquier caso de transferencia de acciones y cuando los accionistas no ejerciten su derecho de adquisición preferente, la sociedad podrá adquirir las acciones a través de acuerdo adoptado por una mayoría no inferior a la mitad del capital suscrito.

Ahora bien, cuando proceda la enajenación forzosa de las acciones de una Sociedad Anónima Cerrada, se debe notificar previamente a la sociedad de la respectiva resolución judicial de enajenación; y dentro de los diez (10) días útiles de efectuada la venta forzosa, la sociedad tiene derecho a subrogarse al adjudicatario de las acciones, por el mismo precio que haya pagado por ellas.

En el caso de adquisición de las acciones por sucesión, ésta confiere al heredero o legatario la condición de socio. Sin embargo, el pacto social o el estatuto podrá establecer que los demás accionistas tendrán derecho a adquirir, dentro del plazo que uno u otro determine, las acciones del accionista fallecido, por su valor a la fecha del fallecimiento. Si fueran varios los accionistas que quisieran adquirir estas acciones, se las distribuirán entre todos, a prorrata de su participación en el capital social. En caso de existir discrepancia respecto al valor de la acción, se recurrirá a tres peritos nombrados, uno por cada parte y el tercero por los otros dos peritos. Si no se logra fijar el precio por los peritos, el valor de la acción lo fijará el juez, vía proceso sumarísimo.

Si la transferencia de acciones —en una Sociedad Anónima Cerrada— no se sujeta a las formalidades previstas en líneas precedentes, precisa el artículo 241 de la Ley General de Sociedades que dicha transferencia será ineficaz.

10. La transferencia de servicios telefónicos

La denominada transferencia de servicio telefónico es un acto que a la vez implica una cesión (de la línea o servicio) y una venta (del equipo terminal o aparato telefónico). Todo ello se presenta en un solo contrato o título; el mismo que se formaliza notarialmente mediante un acta o formato pre-redactado por las notarías y en donde solo se consignan los datos correspondientes al cedente (quien deja de ser usuario de la compañía de teléfonos), al cesionario, el número de abonado y el monto a pagar por la referida transferencia.

Dicho documento debe ser firmado por ambas partes y presentado ante la Oficina Comercial de la empresa Telefónica del Perú S.A. (nos referimos a esta empresa, por ser la única que brinda —hasta la fecha cierre de este trabajo— servicio de telefonía fija local y es también la que concentra el mayor número de teléfonos celulares) para que se proceda a efectuar el cambio de titularidad correspondiente.

En la práctica, la transferencia de servicios telefónicos es un acto formal, y se tramita notarialmente; sin embargo, dicho contrato también puede celebrarse directamente ante la Oficina Comercial de Telefónica del Perú S.A., siendo requisito indispensable que las partes estén presentes en el acto para el cambio de titularidad —que se verifica de modo instantáneo— así como el acto de tomar las respectivas firmas.

Quien desee adquirir el servicio telefónico —vía el cambio de la titularidad por cesión—, no solo debe tener cuidado en que el cedente le muestre los recibos pagados al día; sino que debería acercarse a la Oficina Comercial y verificar que este sea el titular del servicio o el usuario abonado y que efectivamente se encuentre al día en sus cuentas o no tenga problemas de tipo administrativo con la compañía telefónica.

Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza jurídica de las denominadas transferencias de servicios telefónicos?

Creemos —como lo expresáramos en líneas precedentes— que la transferencia de un servicio telefónico es propiamente una cesión de derechos no crediticios.

Al contratar con la compañía de telefónos para la instalación de una línea telefónica (sea ésta fija o móvil), lo hacemos respecto de un servicio cuya propiedad se mantiene para quien ofrece el servicio —la compañía telefónica—. Mientras quien lo solicita, solo se convierte en usuario o abonado del mismo, y deberá pagar mensualmente para que se le brinde dicho servicio.

Si, por el contrario, el usuario o abonado dejara de cumplir con el pago de sus cuotas mensuales, el servicio le será cortado, cancelado o suprimido, debiendo —además— pagar una penalidad por dicho incumplimiento. La línea o el servicio telefónico sigue perteneciendo en propiedad a la compañía.

Por el contrario, estaremos ante un contrato de compraventa respecto del aparato terminal que sirve al abonado para hacer uso de la línea o el servicio. Solo respecto de este bien se podría hablar de un derecho de propiedad a favor del usuario o abonado.

Al respecto, en un trabajo anterior,[138] expresamos que si se observan las normas del Código Civil de 1984 sobre los contratos de compraventa y permuta, se infiere que ellas regulan expresamente solo la transferencia de propiedad de bienes, pero no la transferencia de otros derechos distintos al derecho de propiedad.

En ese sentido, se ha buscado, a través de la reglamentación del tema de la cesión de derechos en el Código vigente, que se utilice esta vía para efectuar la transmisión de esos otros derechos, para los cuales no existe un conducto taxativamente preestablecido por el propio Código.

[138] OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, primera parte, tomo III, páginas 483 a 486.

No obstante, y tal como lo expresamos en la obra citada, debemos reconocer que la redacción actual del artículo 1206 —primera de las normas sobre cesión de derechos—, no aclara esta posibilidad, sino que más bien se puede deducir del referido numeral que está regulando solamente la cesión del derecho a exigir el cumplimiento de créditos.

Por ello, reiteramos nuestra opinión en el sentido de que hubiese sido conveniente que el texto del artículo 1206 del Código Civil contemplase esta posibilidad, con lo cual sus bondades se hubieran visto engrandecidas.[139]

En suma, la transferencia de servicios telefónicos tiene como característica fundamental la de ser un acto de disposición y cuyo título puede consistir en cualquier situación a la que se reconozca capacidad de generar la transferencia de dicho derecho y que abarca no solo el servicio de telefonía fija sino también el de telefonía móvil.

11. Responsabilidad del vendedor por no transmitir la propiedad o por no transmitirla en forma total y libre

En este sentido, compartimos el parecer de Valencia Zea,[140] quien señala que a este respecto rigen las reglas generales en materia de obligaciones, las mismas que aplicadas a la compraventa, se traducen en que el comprador puede pedir la resolución del contrato.

[139] Consideramos que la redacción idónea de la norma hubiera sido la siguiente:
Artículo 1206.- «La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto. *A través de la cesión también se pueden trasmitir derechos cuya forma, para hacerlo, no esté prevista de manera específica por algún precepto legal.*
La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor».

[140] VALENCIA ZEA, Arturo. *Op. cit.*, tomo IV, página 57.

12. Jurisprudencia peruana del artículo 1549

Sobre el tema existen diversas Ejecutorias Supremas, las mismas que comprenden diversos aspectos, todos relacionados con las obligaciones del vendedor. Así, podemos mencionar a aquella Resolución Suprema de fecha 2 de abril de 1948,[141] de texto siguiente: «Cuando no se ha entrado en posesión del bien comprado por no haberse verificado la tradición con arreglo a lo prescrito por los artículos 844 y 845 del Código Civil, corresponde iniciarse la acción concedida por el artículo 1401 del acotado y no la de desahucio».

Asimismo, la Resolución Suprema de fecha 6 de abril de 1948[142] establecía que el comprador de un inmueble que no está en posesión de él, al no haberse verificado la tradición conforme a lo prescrito en el artículo 844 del Código Civil; no tiene expedita la acción de desahucio.

De otro lado, encontramos pronunciamientos de la Corte Suprema,[143] como es el caso del Expediente 506/52, de fecha 29 de diciembre de 1952 que señalaba: «El comprador de un inmueble que aún retiene el vendedor debe hacer uso para conseguir la entrega del inmueble, de la acción rescisoria del contrato o pedir la entrega de la cosa, no siendo procedente la acción de desahucio por ocupación precaria».

Sobre la retención indebida de la cosa vendida por parte del vendedor, la Resolución Suprema recaída en el Expediente 1271/53, de fecha 21 de abril de 1954,[144] expresaba que era fundada la demanda en juicio ordinario que interpusiera el comprador para su entrega.

Sin embargo, la Ejecutoria Suprema del 27 de mayo de 1947[145] estableció que «Procede el desahucio por ocupación

[141] ANALES JUDICIALES, año 1948, página 143.
[142] ANALES JUDICIALES, año 1948, página 141.
[143] POSTIGO CÁCERES, Roberto. *Jurisprudencia,* páginas 218 y 219. Imprenta Portugal, Lima.
[144] *REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA,* junio de 1954, página 705.
[145] ANALES JUDICIALES, año 1947, página 238.

precaria contra el vendedor de un inmueble que no cumple con entregarlo al comprador en el plazo estipulado».

En el mismo sentido, la Ejecutoria de fecha 10 de septiembre de 1951, Expediente 365/50,[146] se pronunciaba en el sentido que «El vendedor que no entrega la casa al comprador en el plazo estipulado y continúa habitándola sin pagar pensión, incurre en el caso de ocupación precaria».

Otro pronunciamiento de la Corte Suprema, de fecha 4 de enero de 1918,[147] indicaba que la entrega del inmueble vendido no puede pedirse en la vía ejecutiva, acogiéndose al artículo 599 del Código de Procedimientos Civiles.

Entre otros pareceres de los Tribunales Peruanos, podemos citar al que recayó sobre el Expediente 1256/949, de fecha 17 de mayo de 1950,[148] en el sentido que si en el contrato de compra-venta de cosas muebles no se estipula el plazo en que empezará a cumplirse la obligación de entregar la cosa vendida, no procede la ejecución con este objeto, pues la demanda carecería de los requisitos exigidos por el artículo 600 del Código de Procedimientos Civiles.

Así también, hubieron Ejecutorias Supremas como la del 9 de diciembre de 1921[149] que señalaba: «El vendedor no puede negarse a entregar al comprador la cosa vendida, fundándola en que el precio no ha sido pagado aunque así se hubiera estipulado en el contrato, si no constituyó en mora al comprador. El dominio de éste sobre la cosa vendida subsiste, aunque no haya solicitado su entrega, mientras no se rescinda legalmente el contrato».

De otro lado, cabe mencionar algunas Ejecutorias relativas a la entrega de títulos u otorgamiento de Escrituras,

[146] COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA. *Revista del Foro,* año 1951, página 561.
[147] ANALES JUDICIALES, año 1917, página 228.
[148] REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA, julio 1950, página 884.
[149] COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA. *Revista del Foro,* año 1921, página 584.

toda vez que éstos son, en buena cuenta, medios por los cuales se torna más sólida la transferencia del bien. En tal sentido, la Ejecutoria Suprema de fecha 12 de junio de 1922[150] estableció que mientras no se otorgue al comprador la respectiva escritura pública, tiene derecho para retener el precio sin la obligación de pagar intereses.

Relacionada con el tema de la Ejecutoria anterior, la de fecha 16 de mayo de 1923[151] expresó que el vendedor está obligado a suscribir la escritura correspondiente, si convino de manera definitiva con el comprador, en la cosa y el precio materia del contrato.

Ya dentro de las Ejecutorias de más reciente data relacionadas con el tema, podemos mencionar a aquella que se pronunció respecto del Expediente 1192/94[152] en los siguientes términos: «La compra-venta no requiere formalidad especial. Las partes se obligan recíprocamente, el propietario a transferir su dominio y el comprador a pagar su precio en dinero.— Produce sus efectos si se negocia, celebra y ejecuta según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1549

Este artículo podría ser derogado.

Fundamento

El texto en vigencia resultaría innecesario si se modifica el artículo 1491, relativo al saneamiento por evicción, en donde se mencionaría de manera expresa esta obligación.

[150] ANALES JUDICIALES, año 1922, página 58.
[151] ANALES JUDICIALES, año 1923, página 44.
[152] LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ejecutorias*, tomo II, página 129.

Por otra parte, es reiterativo con lo dispuesto por el artículo 1529 del propio Código Civil, norma que al establecer el concepto de compraventa, ya menciona la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien.

Finalmente, el perfeccionamiento implica la ejecución de la prestación de transferir la propiedad, que tendría lugar, según se trate de bienes muebles o inmuebles, de acuerdo a lo establecido por los artículos 947, 948 y 949 del Código Civil Peruano.

El *Tratado de la Venta*, se terminó de
imprimir en el mes de noviembre del 2000
en los talleres de Editorial e Imprenta
DESA S.A. (Reg. Ind. 16521)
General Varela 1577,
Lima 5, Perú

PRÓXIMOS TÍTULOS

Las Conversaciones entre el Perú y Chile para la Ejecución del Tratado de 1929
Fabián Novak

Ideas sobre qué es aprender (y enseñar) derecho en un pregrado
(Colección Magis)
Marcial Rubio

La luna en el agua
(Colección Orientalia)
Ilia y Javier Sologuren



Tratado de la Venta

«En esta obra Mario Castillo Freyre analiza exhaustivamente cada uno de los preceptos del Código Civil de 1984, con una prolijidad que realmente abruma. Primero transcribe todas las fuentes nacionales de cada precepto; luego ingresa a la legislación comparada; a continuación efectúa un análisis singularmente exhaustivo de la norma jurídica que está estudiando, en la que cita, para ello, relevante doctrina civil y jurisprudencia; y, cuando lo juzga conveniente, plantea propuestas de modificación o, eventualmente, la supresión del artículo. Y todo ello lo hace con profundidad y pulcritud.

Estoy seguro en no equivocarme al afirmar que, si una persona interesada en las ciencias jurídicas, cualquiera que sea la legislación a la que apele, desea conocer, cabalmente, los alcances de las normas previstas para el Contrato de Compraventa, tendrá que recurrir, necesariamente, a la lectura de la obra de Mario Castillo Freyre. Ella tiene esa trascendencia porque, cualesquiera que sean los avatares que depare el destino a una normatividad fundamental, el trabajo de Mario Castillo Freyre subsistirá en el tiempo».

Felipe Osterling Parodi