



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO**



TÍTULO:

**“EL CONTRATO DE ALQUILER - VENTA
MEDIO JURÍDICO IDONEO PARA ADQUIRIR LA PROPIEDAD
DE BIEN INMUEBLE EN SECTORES SOCIALES INTERMEDIOS
EN LAMBAYEQUE.”**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

GISSELA NATALI OLIVERA DELGADO.

ASESOR:

MG. TOMAS HUGO MEZA PONTE

CHICLAYO – PERÚ

2018

**“EL CONTRATO DE ALQUILER – VENTA
MEDIO JURÍDICO IDONEO PARA ADQUIRIR LA PROPIEDAD DE BIEN
INMUEBLE EN SECTORES SOCIALES INTERMEDIOS EN LAMBAYEQUE.”**

Presentado por:

Gisesela Natali Olivera Delgado
Autor

Tomas Hugo Meza Ponte
Asesor

Aprobado por Jurado

Dr. Lito Becerra Angulo
Presidente

Mg. José Horna Segura.
Secretario

Eleo Midridates Grillo Paico
Vocal

DEDICARIA

A mi Madre: ANA MARIA DELGADO CAMPOS.

Por su apoyo constante y grandes consejos que permiten mis logros personales, académicos y profesionales.

A mi hijo: THIAGO TORRES OLIVERA

Por ser motivo de inspiración para mis logros personales y profesionales.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Particular de Chiclayo, especialmente por la Facultad de Derecho, por acogernos en sus aulas.

A sus catedráticos por compartir sus experiencias profesionales y académicas que permiten una buena formación profesional.

RESUMEN

La tesis presenta establecer el momento en que se adquiere la propiedad de un inmueble a título derivativo en nuestro derecho, es decir, si en nuestro derecho se sigue la corriente espiritualista o la materialista. Esta última sostiene que, además del acuerdo de voluntades se haga necesaria para su eficacia, la ejecución de un acto que conozca la comunidad.

La forma más común de transferir la propiedad es el contrato de compra venta; de acuerdo, a la normativa civil mediante el contrato de compra venta el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

En este sentido no sólo es necesario que el contrato de compraventa se haya perfeccionado. Es también condición necesaria que, sin perjuicio de que no se haya producido la transmisión de la propiedad, se haya otorgado al comprador las facultades necesarias que le permitan actuar como dueño y que irán encaminadas a la plena consumación del contrato y a la transmisión de la propiedad.

ABSTRACT

The thesis presents to establish the moment in which the property of a property is acquired by way of derivative in our right, that is, if in our right the spiritualist or materialist current is followed. The latter holds that, in addition to the agreement of wills, the execution of an act known to the community is necessary for its effectiveness.

The most common way to transfer ownership is the purchase sale contract; According to the civil regulations through the purchase sale contract, the seller is obliged to transfer the ownership of a good to the buyer and the latter to pay its price in money.

In this sense, it is not only necessary that the purchase contract has been perfected. It is also a necessary condition that, notwithstanding that the transfer of ownership has not occurred, the buyer has been granted the necessary powers that allow him to act as owner and that will be aimed at the full consummation of the contract and the transfer of ownership. .

ÍNDICE

DEDICARIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN.....	v
ABSTRACT	vi
INTRODUCCION	xii

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	13
1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	15
1.3.- FORMULACION DEL PROBLEMA	15
1.4.- JUSTIFICACIÓN EN IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.	15
1.5.- OBJETIVOS.	16
1.5.1.- Objetivo Generales	16
1.5.2.- Objetivos específicos	16
1.6.- HIPÓTESIS	16
1.7.- VARIABLES	17
1.7.1.- Variable independiente	17
1.7.2.- Variable dependiente.	17
1.8.- METODOLOGÍA.....	17
1.8.1.- Método Empleado.....	17
1.8.2.- Población y muestra.....	17
1.8.3.- Materiales y técnicas de recolección de datos	17
1.8.4.- Métodos:	18
1.8.5.- Técnicas e instrumentos de recolección de datos	18

MARCO TEORICO

CAPITULO II

EL CONTRATO DE COMPRA-VENTA

2.1.- ORIGEN Y TRASCENDENCIA DE LA COMPRAVENTA.	19
2.2.- DEFINICIÓN.....	23
2.3.- CARACTERÍSTICAS LEGALES DE LA COMPRAVENTA SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.	27
a.- Obligatorio.	28
b.- Con finalidad traslativa de dominio	28
c.- Oneroso.	28
d.- Consensual.....	29
e.- Conmutativo.....	30
f.- De Prestaciones Red Rocas.	30
2.4.- CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.	30
2.4.1.- En cuanto al nombre.	30
2.4.2.- En cuanto a su regulación.....	31
2.4.3.- En cuanto a su estructura.4.....	32
2.4.4.- En cuanto a su contenido o áreas.	32
2.4.5.- En cuanto a su autonomía.	32
2.4.6.- En cuanto a su formación.	33
2.4.7.- En cuanto al tiempo.	33
2.4.8.- En cuanto a su negociación.	34
2.4.9.- En cuanto al rol económico.....	34
2.4.10- En cuanto a su función.....	34
2.4.11.- En cuanto a los sujetos a quienes obliga.	35
2.4.12.- En cuanto a la prestación.....	35
2.4.13.- En cuanto a la valoración.....	35
2.4.14.- En cuanto al riesgo.	35

2.4.15.- En cuanto a sus efectos.....	36
2.5.- ELEMENTOS	38
2.5.1.- El Precio	38
a.- Determinación del precio por un tercero	43
2.5.2.- OBLIGACIONES DEL VENDEDOR	44
2.5.2.1.- Perfeccionamiento de la transferencia	44
2.5.2.2.- Entrega de documentos y títulos del bien vendido	47
2.5.2.3.- Oportunidad de la entrega del bien	48
2.5.2.4.- Lugar de entrega del bien	49
2.5.3.- Obligaciones del comprador.....	50
2.5.3.1.- Oportunidad, forma y lugar de pago del precio.....	50
2.5.3.2.- Oportunidad del pago del precio	53
2.5.3.3.- Manera de realizar el pago del precio	54
2.5.3.4.- Lugar de pago del precio	56

CAPITULO III

EI ARRENDAMIENTO-VENTA

3.1.- EL ARRENDAMIENTO-VENTA.....	58
3.2.-CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-VENTA.	60
a.- Por su nombre.	60
b.-Por su regulación.....	60
3.2.1.- Normas del contrato de arrendamiento que le son aplicables.	61
3.2.2.- Normas del contrato de compraventa que le son aplicables	66
3.2.3.- Por su estructura.....	72
3.2.4.- Por su contenido.	72
3.2.5.- Por su autonomía.....	72
3.2.6.- Por su función.	72
3.2.7.- Por los sujetos a quienes obliga.....	72

3.2.8.- Por la prestación.	72
3.2.9.- Por la valoración.	73
3.2.10. Por el riesgo.	73
3.2.11.- Por su formación.	73
3.2.12.- Por el tiempo.	73
3.2.13.- Por la negociación.	74
3.2.14.- Por el rol económico.	74
3.2.15.- Por sus efectos.	74

CAPITULO IV

LA PROPIEDAD

4.1.- ANTECEDENTES.	75
4.2.- EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993	77
4.3.- FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD, BIEN COMÚN E INTERÉS SOCIAL	79
4.4.- EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL Y DE DERECHOS HUMANOS.....	82
4.5.- EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS.	86
4.5.1.- Aprovechamiento o contenido intrínseco (libertad de disfrute delimitada)	86
4.5.2.- Disposición: poder para decidir sobre modificaciones jurídica.....	88
4.5.3.- Aseguramiento: (inmunidad frente a agresiones del Estado o de Terceros)	91
4.6.- EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LOS CÓDIGOS CIVILES	93
4.6.1.- La propiedad en el Código Civil de 1852.....	93
2.6.2.- La propiedad en el Código Civil de 1936.....	93
4.6.3.- La propiedad en el Código Civil de 1984.....	94

4.7.- UNA NUEVA LÍMITE: EL DERECHO DE PROPIEDAD	101
CONCLUSIONES	108
RECOMENDACIONES.....	109
BIBLIOGRAFIA	111
ANEXOS:	

INTRODUCCION

El déficit de viviendas en el Perú es principalmente de orden cualitativo, presenta malas condiciones de habitabilidad, de precariedad habitacional, de localización de la vivienda (en lugares inadecuados y riesgosos). Como se explica, ello se debe tanto a la situación de pobreza en la que vive una buena parte de la población, que no le permite acceder al mercado formal, como también a políticas públicas inadecuadas que no han tomado en cuenta esta situación. A tal punto que podemos afirmar que actualmente los programas de vivienda no se interesan por el mantenimiento ni mejoramiento del parque habitacional sino por edificar viviendas nuevas con intermediación financiera de la banca comercial.

El derecho de propiedad le confiere a su titular una serie de derechos sobre el bien, tales como el uso, el disfrute y la facultad de disposición. Cuando se celebra la compraventa, el vendedor le transfiere la propiedad del bien al comprador, de tal manera que el vendedor pierde todos los atributos que tenía sobre el bien y éstos pasan al comprador.

En el caso del Contrato de alquiler venta se suscribe un contrato de arrendamiento como opción de compra. Esto quiere decir que en un plazo determinado una persona puede ir pagando su arrendamiento y ahorrando para la cuota inicial. Cumplido el plazo determinado tendrá la opción de comprar el inmueble. "Los promotores ponen en arrendamiento los inmuebles por un determinado plazo, pueden ser dos años o tres años, esto lo va a decidir el reglamento. Llegado el momento vas a tener la opción de compra".

Este Régimen crea incentivos para formalizar y difundir el alquiler de viviendas en el Perú; creando la base para promover modalidades como el alquiler venta y el leasing inmobiliario destinados a satisfacer, a través del alquiler, la necesidad de vivienda de las familias que hoy tienen dificultades para acceder a créditos hipotecarios.

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA

En el año 2017 nuestro país ya presentaba un déficit habitacional de 1.9 millones de viviendas, a lo que debe añadirse –tal como refiere el Banco Interamericano de Desarrollo – que sólo el 7% de las viviendas se encuentran alquiladas, cifra que representa uno de los ratios menos alentadores de la región.

El déficit habitacional no es otra cosa que la grieta que existe entre el requerimiento habitacional y la disponibilidad de viviendas adecuadas para la sociedad. A grandes rasgos, dentro de los factores que originan dicho déficit podemos mencionar los cambios demográficos, la antigüedad de las viviendas, las dinámicas familiares, la aglomeración, entre otras; y, aunque no necesariamente exista coincidencia entre el requerimiento habitacional y la demanda de vivienda, conviene señalar que en el último año la demanda insatisfecha de hogares ascendió a 450,000 viviendas.

El contrato de Alquiler de Inmueble destinado exclusivamente para Vivienda con Opción de Compra, o dicho en otros términos, el “Alquiler-Venta”, es aquel contrato por el cual el propietario de un inmueble (denominado “arrendador”) se obliga a ceder temporalmente a favor de otro (llamado “arrendatario”) el uso de dicho inmueble sea departamento o casa, para destinarlo exclusivamente a vivienda, por el pago de una renta pactado entre ambas partes –incluyendo, si así lo acordaran las partes, el pago por mantenimiento y servicios- por un plazo determinado, al final del cual, el arrendatario tiene el derecho de ejercer la opción de compra del inmueble.

El arrendamiento-venta o alquiler-venta, es un contrato frecuente en nuestros días. Se trata de un acto jurídico que comparte características tanto de la compraventa como del arrendamiento.

Lo definimos como el contrato por el cual una parte, denominada arrendador-vendedor se obliga a entregar un bien a otra, denominada arrendatario comprador.

Este último contratante podrá usar y disfrutar del bien y deberá pagar mensualmente (o en períodos distintos, si ello se conviniera así) a su contraparte una determinada cantidad de dinero, la que constituye, a la vez, renta y pago parcial del precio de una compraventa. La transferencia de propiedad del bien se producirá en el momento que el arrendatario-comprador pague la última cuota (que comparte, al mismo tiempo la naturaleza jurídica de renta y de precio) convenida.

En la práctica, el arrendamiento-venta comparte en su naturaleza elementos propios tanto del contrato de arrendamiento, como del contrato de compraventa.

Cuando el objeto del contrato de arrendamiento-venta es una vivienda su importancia económica y social cobra especial importancia por cuanto permite dar solución a una necesidad de primer orden para las familias y que gravita en su bienestar, desarrollo y calidad de vida.

El aumento poblacional, el estancamiento del desarrollo urbano, así como el abandono de la población rural, ha dado origen para que en los últimos gobiernos se hayan implementados políticas y programas de vivienda a fin de dotar de estas a sectores poblacionales de escasos recursos. El derecho en este contexto ha recogido en normas jurídicas administrativas, además de normas orgánicas contenidas en el Código Civil de 1984 la regulación del problema de la deficiencia de vivienda en nuestro país.

El contrato de arrendamiento-venta se encuentra regulado en el Libro del C.C, de 1984 en los artículos 1529 y 1665 del C.C. respectivamente.

El Decreto Legislativo N° 1117, que establece el Régimen de Promoción del Arrendamiento para Vivienda y Decreto Supremo N° 017-2015-Vivienda que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1177, ley contra inquilinos morosos – ley 30201, y su Reglamento D.S. N° 011-2014-JUUS.

1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En particular en el departamento de Lambayeque el problema de la falta de vivienda se acentúa por el movimiento migratorio de la sierra norte y de la ceja de selva nororiental dada su posición estratégica para el comercio interior y exterior.

Una realidad palpitante de como las normas jurídicas pueden ser interpretadas y aplicadas deficientemente lo observamos en la construcción de la nueva ciudad de Olmos, donde se pretende modernizar la ciudad que es un foco de desarrollo económico y social para la población, sin embargo los costos no permitirán el acceso a vivienda de sectores integrados por trabajadores del agro y sectores intermedios y favorecerá a quienes gozan de ingresos altos quienes tendrán acceso a una vivienda.

Un aspecto importante, y que normalmente conduce a error en los contratantes, es que los pagos de la renta mensual convenida no son pagos a cuenta para la adquisición del inmueble. Por esta razón, el no realizar la opción de compra por parte del arrendatario no significa la devolución de ningún concepto dinerario a favor del arrendatario, pues, como se señaló, los pagos realizados no constituyen pagos a cuenta.

1.3.- FORMULACION DEL PROBLEMA

¿En qué medida es eficaz el contrato de alquiler - venta como medio jurídico idóneo para adquirir la propiedad de bien inmueble en sectores sociales intermedios en Lambayeque?.

1.4.- JUSTIFICACIÓN EN IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

El Código Civil y las normas jurídico administrativas que coadyuvan en buscar una solución a la necesidad de una vivienda en nuestro departamento es un problema de la eficacia social de las normas, por tanto es de interés para el sector de ciudadanos que carecen de ella.

En el aspecto social, una investigación de campo, en empresas inmobiliarias, urbanizadoras, empresarios individuales, notarías y agentes inmobiliarios, buscaremos la información para verificar nuestra hipótesis respecto de la utilidad ventajas y desventajas de esta modalidad contractual para la adquisición de inmuebles urbanos en Chiclayo y del porcentaje de beneficiarios. Asimismo las fuentes normativas que son fuentes de primer nivel serán materia de análisis, no solamente el Código civil.

1.5.- OBJETIVOS.

1.5.1.- Objetivo Generales

- Establecer cuál es la eficacia social de las normas del Código Civil y las normas administrativas para hacer posible la adquisición de la propiedad de una vivienda en el departamento de Lambayeque.

1.5.2.- Objetivos específicos

- Analizar las normas del Código Civil que regulan el contrato de alquiler-venta de vivienda y otras modalidades contractuales para adquirir una vivienda en el Perú.
- Definir el contrato de alquiler-venta de vivienda y las demás modalidades contractuales que tienen el mismo objetivo.
- Explicar la aplicación del contrato de alquiler-venta de vivienda y las demás modalidades contractuales que tienen el mismo objetivo.

1.6.- HIPÓTESIS

Si, el contrato de alquiler - venta es eficaz por su reglamentación en el Código civil y las normas administrativas, como medio jurídico idóneo

en sectores sociales intermedios en Lambayeque; entonces es posible adquirir la propiedad inmueble destinada a vivienda en el departamento de Lambayeque.

1.7.- VARIABLES

1.7.1.- Variable independiente

- El contrato de alquiler –Venta
- El código civil Peruano de 1984 y Normas administrativas.

1.7.2.- Variable dependiente.

- La propiedad inmueble.
- Viviendas del departamento de Lambayeque.

1.8.- METODOLOGÍA

1.8.1.- Método Empleado

DISEÑO Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Nuestra hipótesis será confirmada o refutada en base al análisis económico de las normas jurídicas referidas al contrato de alquiler- venta.

1.8.2.- Población y muestra

Población.- Provincia de Chiclayo

Muestra.- Contrato de alquiler venta (empresa inmobiliaria los Portales)

1.8.3.- Materiales y técnicas de recolección de datos

Libros y contratos

Técnica del fichaje, lo cual ha permitido extraer información bibliográfica que ha sido utilizada en la presente investigación.

1.8.4.- Métodos:

Método Inductivo –deductivo Permiten el estudio particular y general en el proceso de investigación otorgándole carácter científico.

Métodos Jurídicos:

Método Dogmático: En la interpretación de normas jurídicas.

Método Exegético: En el análisis artículo por artículo del derecho aplicado al tema.

Método Doctrinario: Para el estudio de las bases doctrinarias en autores nacionales y extranjeros.

1.8.5.- Técnicas e instrumentos de recolección de datos

- Análisis de contratos de alquiler venta.
- Análisis de las sentencias sobre incumplimiento contractual de alquiler venta.
- Análisis de la legislación comparada.

MARCO TEORICO

CAPITULO II

EL CONTRATO DE COMPRA-VENTA

2.1.- ORIGEN Y TRASCENDENCIA DE LA COMPRAVENTA.

ALFONSO DE COSSIO, hablando de los Orígenes y trascendencia actual del contrato de compraventa, afirmaba que este contrato, que desempeña en la sociedad moderna una función distribuidora de los bienes, haciendo posible su circulación, tiene su origen próximo en la permuta, y su origen remoto, en la donación. En un principio, cuando los hombres, por otro u otro medio, habían conseguido producir una serie de cosas que eran superiores a aquellas, que necesitaban, hubieron de buscar a las mismas un destino, que en un principio, y dentro de una economía natural, podía ser la adquisición de autoridad y prestigio, o, simplemente, una creación o un aumento de la solidaridad con otros humanos, conquistando su benevolencia con la entrega de determinados bienes, objetos de arte, utensilios o alimentos, realizada a título gratuito.

El comercio tuvo su primera manifestación no en una idea de trueque, sino en un sistema de regalos recíprocos, que sólo es un momento más reciente había de transformarse en una permuta fundada en un cálculo económico de la equivalencia del valor de los bienes permutados¹.

Un paso más, y con la aparición del dinero, patrón de medida e instrumento de cambio, se llegó a la compraventa, que permitía a cualquiera obtener el objeto de sus necesidades mediante la entrega de una mercancía de universal aceptación, que facilitaba al que entregaba aquellas cosas obtener en el futuro otras con el producto de su venta, haciéndose posible al mismo tiempo la previsión y el ahorro para la satisfacción de las necesidades futuras. Cambio de cosas por dinero es lo que constituye la esencia del contrato de compraventa y lo que permite distinguirlo de la permuta, que,

¹ ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil. Tomo 111. Vol. 1. Librería Bosch. Barcelona, 1974; ALBALADEJO, Manuel.*

según la definición del Art. 1.538, es un contrato por el cual cada una de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra.

No obstante, el contrato de permuta, todavía se ha utilizado modernamente en épocas de crisis, cuando se ha perdido la confianza en el valor de la moneda, pero es insuficiente para la vida económica de las sociedades adelantadas.

Por obvias razones de su escasísima agilidad para hacer frente a un tráfico jurídico en constante avance.

La aparición de la moneda tuvo, como hemos señalado, una trascendencia extraordinaria en la vida económica. Pronto se convirtió en común denominador del valor de todas las cosas que están en el comercio de los hombres, tanto por su carácter fungible y fácilmente divisible como muy especialmente por estar su valor garantizado por el Estado. La primera de esas características dispensa de buscar persona con quien hacer el cambio de productos. Porque la moneda es el valor que conviene a todos; el segundo carácter permite aplicar a las compras la cantidad de moneda en que se ajusta el valor de la cosa que exige el vendedor; y la tercera es la estrategia, da garantía de ser legítimo lo que se entrega o se recibe en calidad de precio.

De todos modos, es evidente que la compraventa y la permuta constituyen un paradigma o ejemplos de los contratos cuyo fin es transferir la propiedad por título oneroso. Como expresan BAUDRY- LACANTINIERI, a pesar de sus notorias diferencias, ambos contratos presentan este carácter común, tanto en la venta como en La permuta se desplaza del patrimonio del enajenante el derecho o bien enajenado y se adquiere otro bien, un derecho nuevo.

De la misma forma que el cambio es el principal factor de la vida económica, jurídicamente el contrato de compraventa es el más importante de los que generan obligaciones patrimoniales el de más amplia significación dogmática y, en general, el patrón o modelo de los demás contratos. La figura jurídica de la compraventa. Importante siempre, constituye una institución que ha llegado a ser cardinal en el mundo moderno. Algunas de sus muchas

modalidades *cumplen* evidentes funciones económicas y desencadenan, en la economía general, una serie de consecuencias de muy variado y aun contradictorio sentido. Puede actuar como un elemento que dinamiza la producción, al dar a los fabricantes y empresarios, en general, la posibilidad de vender un mayor número de bienes, y que dinamiza el empleo, al hacer posible por ello mismo la creación de un mayor número de puestos de trabajo. Necesariamente, dinamiza también la función de los intermediarios financieros y de las instituciones de crédito, pero, por ello mismo, es un claro factor que determina o que se denominan hoy tensiones inflacionarias.

Al mismo tiempo, como ha señalado De Castro, hay en la institución un trasfondo y tinta trascendencia social, que son también dignos y merecedores de análisis. Sólo a través del sistema jurídico-económico creado con la agilización de sus diversas modalidades y el nacimiento en torno a ella de nuevas formas de contratación se facilita a un gran número de los habitantes del planeta el acceso a determinados bienes, sobre todo de consumo, que de otra manera se verían imposibilitados de poseer.

No es, por ello, extraño que esta situación haya hecho precisa incluso leyes especiales, separadas de los cuerpos legales primarios del Derecho codificado, y un control estatal de los grandes números que reflejan su influencia en la economía del país.

Tampoco es extraño que la legislación especial haya tenido que ser, en alguna medida, restrictiva de la libertad de contratación, en relación con determinadas modalidades de frondoso crecimiento, mediante la imperatividad de sus disposiciones o mediante la sanción de nulidad de los pactos y de sus cláusulas contrarios a ella. Las dos líneas antes expuestas, trascendencia económica y trascendencia social, lo justifican sobradamente, hay en determinadas modalidades de la venta una buena dosis de orden público —de orden público económico en el sistema de funcionamiento del mecanismo y una finalidad social que cumplir en la protección imperativa de los intereses en juego.

Sobre una de estas leyes especiales la Ley del 17 de julio de 1965 de Régimen jurídico de las ventas a plazos, decía DE CASTRO que era de difícil

inteligencia. Planteándose las siguientes interrogantes sobre su ámbito de aplicación. Se aplica a todas las compraventas a plazos de bienes muebles corporales, o se aplica sólo a aquellas compraventas a plazos en que las partes tratan de obtener beneficios y las consecuencias que la propia ley establece (y. garantías, utilización de cauces de financiación, etc)?; ¿cuál es el ámbito de la imperatividad y la de la dispositividad de la ley?; ¿cuál es la naturaleza jurídica la compraventa a plazos?; ¿es civil o es mercantil?, ¿continúa siendo un contrato consensual; ¿ha pasado a ser un contrato real, que se perfecciona con entrega de la cosa y el pago al menos de una fracción de precio?; ¿o es un contrato formal, que se perfecciona mediante la suscripción de un documento? Ello se invoca como ejemplo paradigmático de la evolución de la figura y de la superación de una complejísima problemática para la adaptación a las exigencias de la vida económica de un país desarrollado de finales del siglo XX.

En definitiva, en la intersección del Derecho y la Economía como ha dicho BADANES, con lenguaje algo alambicado pero expresivo, la compraventa representa un aspecto especialmente relevante, si bien desde el punto de vista del jurista, el estudio de la institución y las aportaciones al tema han de limitarse al pulimento del antiguo molde —venerable arca donde están depositad más de dos mil años de esforzada ciencia—, sin perjuicio de las necesarias inserciones para el ajustado acomodamiento a la realidad social de nuestro tiempo.

En definitiva, en el Derecho de obligaciones el contrato de compraventa es una institución básica. Elevado este contrato al rango de contrato tipo de todos los contratos de prestaciones recíprocas, cuyos problemas debieron surgir en primer lugar precisamente en la compraventa, como contrato bilateral el más antiguo y frecuente. Por la misma razón constituye el contrato más cuidadosamente disciplinado por el legislador.

Finalmente, digamos que la denominación de compraventa es un arrastre del Derecho romano, donde se hablaba de la *emptio venditio* para señalar el doble aspecto o doble faz de ese negocio jurídico.

2.2.- DEFINICIÓN

Tal como se ha explicado, tanto el concepto como la tipificación o aplicación de un contrato van a obtenerse a través del objeto del mismo. Esto o sea el objeto que tienta un contrato va a determinar qué se entiende jurídicamente por el mismo, así dicho contrato se encuentra regulado legalmente.

Pues bien, al el objeto de la compraventa según el Código Civil peruano recae, como se ha visto, única y exclusivamente sobre el derecho de propiedad; ello significa entonces que la compraventa según este Código consiste en que se trate en un contrato a través del cual al vendedor sólo se puede obligar a transferir únicamente el derecho de propiedad a cambio de dinero.

Como puede advertirse, es un concepto bastante y estrecho el que se tiene de la compraventa a partir de lo regulado por el Código Civil peruano. Y no podía ser de otra forma, ya que el objeto que éste código regula para este contrato es, como se ha visto, el más reducido posible.

De ésta definición se extraen los elementos que siguen:

1. De la existencia de una obligación de dar que asume el vendedor y que se traduce al ser ejecutada en la transferencia de la propiedad de un bien.
2. La contraprestación representada por el pago del precio en su dinero que debe hacer el comprador, como en el caso anterior se trata de una obligación de prestación de dar.

De la definición se desprende que el contrato no se confunde con la traslación del dominio y nada impide que ésta última se produzca en un momento distinto, como acontece con la tradición o entrega posterior de los bienes muebles o con la compraventa del inmueble con pacto de reserva de propiedad.

Según Badenes, con la expresión "compraventa" se menciona una tipificación característica. La palabra venta y la palabra compra están indisolublemente unidas y solo representan dos aspectos de una misma verdad conceptual. Aún más, se podría decir simplemente venta o se podría

decir simplemente compra, porque la primera comporta correlativamente la segunda y viceversa².

El artículo 1529° del Código Civil peruano define el contrato de compraventa de la siguiente manera: "Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero".

Conviene establecer el origen y los alcances de esta definición. Sin embargo, antes de analizar su contenido es aconsejable conocer su fundamento.

Existen dos maneras de entender la compraventa. Una de ellas es usando el sistema de "separación del contrato", que requiere para la transmisión de la propiedad por compraventa que el contrato obligacional de compraventa vaya unido a un contrato real de transmisión de la propiedad. Y la otra forma es de acuerdo al sistema de la "unidad del contrato", según el cual el acuerdo para la transmisión de la propiedad está contenido en el contrato de transferencia.

No es este el lugar apropiado para narrar las vicisitudes de la evolución de la transferencia contractual de la propiedad. Es más propio e interesante conocer el estado actual de la legislación mundial sobre el particular.

La primera forma de transmisión de la propiedad se dio en los albores del Derecho Romano, a través primero de la *mancipatio*, que era una venta celebrada por medio de un acto formal, y de la *traditio*, que era una simple entrega y, como tal, desprovisto de forma.

Numerosos países han adoptado el sistema de la transmisión mediante el consentimiento, que ha sido acogido por el Código Napoleón, en virtud del cual el adquirente no es ya acreedor de la transmisión de la propiedad, pues ya es propietario.

La segunda forma de legislar la transmisión de la propiedad por compraventa es el sistema en virtud del cual se considera a la compraventa como un contrato consensual, en el sentido que, como contrato, queda perfeccionado

² ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil. Tomo 111. Vol. 1. Librería Bosch. Barcelona, 1974; ALBALADEJO, Manuel.*

con el consentimiento pero no transfiere, por sí solo, la propiedad, siendo necesario para esto último, bien sea la tradición tratándose de bienes muebles o bien el concurso de la constitución de un 'derecho real. Del contrato de compraventa solo surge, por lo tanto, la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien, esto es una cosa o un derecho, y la obligación recíproca del comprador de pagar un precio en dinero, pero no se constituye un derecho real sobre el bien.

Este sistema es conocido también como el del título y el modo. Según Ruiz Serramalera³, "adopta nuestra legislación (la española) en materia de adquisición derivativa por contrato de los derechos reales, el sistema romanista inspirado en la teoría del título y el modo, según el cual la propiedad o cualquier otro derecho real no se adquieren sino por la concurrencia de dos requisitos esenciales; por una parte la causa jurídica de la adquisición -llamada título- y, por otra parte, la transmisión efectiva de la posesión de la cosa o tradición -llamada modo-; si faltare cualquiera de estos requisitos no se produce la adquisición del derecho, puesto que el contrato (título) solo origina un vínculo obligacional, dirigido en estos casos, precisamente, a la entrega de la cosa (contenido de la prestación), y el modo (tradición) no es suficiente tampoco para la validez y eficacia de los negocios jurídicos, sino que es preciso que la entrega tenga un fundamento anterior, sin el cual solo se produce, como máximo, el nacimiento de la posesión (por ser el resultado, únicamente, de una situación de hecho)".

Conviene ahora determinar cuál es el sistema adoptado por el Código Civil peruano de 1984.

Téngase presente, al efecto, que el ARTÍCULO 947 del Código Civil dispone que la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente. Por su parte, el ARTÍCULO 949 del mismo Código establece que la sola

³ Ruiz SERRAMALERA. Ricardo. *"Derecho Civil"*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Facultad de Derecho. Madrid. 1981, p. 29.

obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Es necesario establecer cuál es, según la definición del ARTÍCULO 1529, el sistema de transferencia de propiedad por compraventa aplicable al Código Civil peruano.

Obsérvese, en primer lugar, que el Código Civil peruano, a diferencia del Código Civil francés, no establece que por la compraventa se transfiere la propiedad, sino que por la compraventa se obliga a transferir la propiedad, lo cual es distinto.

Inicialmente, cuando se elaboraba el Título de compraventa del Código Civil vigente, la tendencia de los codificadores fue adoptar el sistema francés de transmisión de la propiedad, o sea la transferencia solo consensual. Sin embargo, se adujeron dos razones importantes a favor del sistema español:

1. Conservar la tradición del Código Civil de 1936, cuyo ARTÍCULO 1383 se copió casi literalmente. Los jueces y abogados peruanos se habían familiarizado con ese sistema y lo manejaban con gran facilidad.
2. El Proyecto del Libro de Derechos Reales ya había sido redactado y aprobado por la Comisión Reformadora. En dicho Libro se había adoptado el sistema del título y el modo tanto para los bienes muebles como para los inmuebles.

Estas razones fueron consideradas determinantes.

Según el sistema adoptado, la compraventa constituye solo un título, y este es insuficiente por sí solo para convertir al comprador en propietario. Esto último requiere la concurrencia de un modo válido de adquisición, que puede consistir en la tradición o en la inscripción registral, según la naturaleza de la cosa vendida.

El problema surgió cuando la Comisión Revisora sustituyó la clasificación de bienes registrados y no registrados por la de bienes inmuebles y muebles, disponiendo que en el caso de un bien inmueble la sola obligación de

enajenarlo hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario⁴.

No se ha dado explicación plausible alguna para estos cambios, que la necesitan angustiosamente, en especial el referente a la adquisición de la propiedad inmueble, que se plasmó posteriormente en el ARTÍCULO 949 del Código Civil.

Este artículo tiene su antecedente inmediato en el ARTÍCULO 1172 del Código Civil de 1936, ubicado en el Título correspondiente a las obligaciones de dar una cosa inmueble determinada, según el cual la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo pacto en contrario, no teniendo relación alguna con la transmisión contractual de la propiedad por compraventa.

2.3.- CARACTERÍSTICAS LEGALES DE LA COMPRAVENTA SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.

Sobre las características que posee el contrato de compraventa debe primero que nada hacerse una clasificación y distinción de ellas. Al respecto, debe señalarlo que la compraventa sólo posee tres características esenciales. Esto es, tres son las características que se presentan siempre, necesariamente en toda compraventa, independientemente de la regulación legal que tenga éste contrato, debido a que dichas características conforman su sustancia o esencia, su cabal contenido jurídico. De tal manera que el contrato de compraventa, como institución jurídica, no puede nunca dejar de reunir estas características, pues de ser así ya no se trataría entonces de una compraventa, sino de una Institución jurídica distinta⁵.

En el presente punto se desarrollarán las características que llene la compraventa según el Código Civil peruano.

⁴ BADENES GASSET, Ramón. *El contrato de compraventa*. Tomo 1. Librería Bosch. Barcelona, 1979.

⁵ ; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Tomo III Cultural SA La Habana

a.- Obligatorio.

Esta es una de las características más importantes de la compraventa debido a que ella determina su naturaleza jurídica. Ella depende, como se ha visto, del sistema legislativo que lo adopte para la regulación de este contrato. Como ya se ha determinado que el Código Civil peruano ha adoptado el sistema legislativo de la Unidad del Contrato en la modalidad de la Yuxtaposición de los Principios de la Unidad y la Tradición (título y modo), ello significa entonces que la compraventa no transfiere derecho alguno, sino sólo obliga a transferir un derecho.

Vale decir, la compraventa sólo se imita a crear una relación jurídica obligatoria, no produce efectos reales. Simplemente crea, la obligación de transferencia de propiedad en este caso, pero no transfiere.

La compraventa por sí sola no basta, pues, para transferir el derecho sobre el cual recae su objeto, no es traslativa. Por eso es que se dice que la compraventa es un contrato declarativo u obligatorio.

b.- Con finalidad traslativa de dominio

Esta característica deriva del objeto de la compraventa. Vale decir, es producto del objeto que regula la legislación civil para el contrato de compraventa.

Como ya se ha determinado que el objeto de la compraventa en el Código Civil Peruano recae única y exclusivamente sobre el derecho reside en propiedad, ello significa entonces que la compraventa según este código es un contrato que se caracteriza por perseguir la transferencia de éste derecho. La transferencia del derecho, de propiedad es pues, el objeto o finalidad que caracteriza a la compraventa en el Código Civil peruano.

c.- Oneroso.

Tradicionalmente ha sido definido el concepto de onerosidad, a nivel contractual, como la reciprocidad de ventajas y sacrificios que gozan y sufren respectivamente los puntos de un contrato. Esto significa que la ventaja que goza una parte es el sacrificio que sufre la otra y viceversa, la

ventaja que goza esta última es el sacrificio que sufra la primera. De tal manera que ambas partes obtienen a la vez ventajas y sacrificios en el contrato. Es así la -onerosidad- se presenta como la categoría contractual opuesta a la gratuidad que es la categoría contractual en la que no hay reciprocidad de ventajas y sacrificio, sino sólo ventajas a cargo de una de las partes contratantes y sólo sacrificios a cargo de la otra.

Hay, pues, unilateralidad de ventajas y sacrificios.

Estas categorías contractuales de “onerosidad. y “gratuidad’, forman parte de la clasificación contractual obtenida en aplicación del criterio de la valoración del contrato. En aplicación de esta clasificación se habla de dos clases de contratos: “contratos onerosos” y “contratos gratuitos’.

Sin embargo, el fundamento de esta clasificación consiste en la reciprocidad y unilateralidad de ventajas y sacrificios para las situaciones que dan lugar a la onerosidad respectivamente, actualmente se encuentra desajustado y ha sido por ende completamente superado en el Derecho Contractual.

d.- Consensual.

La consensualidad es una categoría contractual que forma parte, conjuntamente con la formalidad y la realidad, de la clasificación contractual obtenida en aplicación de criterio de la formación del contrato.

Así, es contrato consensual el que requiero sólo del consentimiento de las partes para su conclusión. Por su parte, es contrato formal el que además del consentimiento de las partes requiere el cumplimiento de una forma, Impuesta por la ley bajo sanción de nulidad, para su conclusión. Y finalmente contrato real es el que además del consentimiento de las partes requiero la entrega del bien materia del contrato para su conclusión.

Como la compraventa sólo requiero para su conclusión del consentimiento de las partes, se trata, pues, de un contrato consensual.

e.- Conmutativo.

La conmutatividad es la categoría contractual que conjuntamente con la aleatoriedad forma parte de la clasificación contractual obtenida en aplicación del criterio del riesgo del contrato.

Al igual que para el caso de la onerosidad, no es cerrado fundamentar el carácter de conmutatividad en las ventajas y sacrificios (el conocimiento de ellos en este Caso), como lo hacen desafortunadamente algunos; por cuanto dichas situaciones no derivan de la naturaleza del contrato, de donde debe derivar toda característica del mismo, sino de su cumplimiento o incumplimiento, situaciones que son, pues, ajenos a la naturaleza de un contrato.

f.- De Prestaciones Recíprocas.

El carácter de recíprocas es la categoría contractual que, conjuntamente con el carácter de prestación unilateral y el carácter de prestaciones autónomas, forman parte de la clasificación contractual obtenida en aplicación, del criterio de la prestación.

2.4.- CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.

2.4.1.- En cuanto al nombre.

Más allá de la discusión doctrinaria que ha suscitado la pertinencia o no de clasificar a los contratos en nominados e innominados.

Por su nombre es un contrato nominado.

Desde el primer cuerpo jurídico que rigió en nuestro país, se ha regulado el contrato de compraventa. El nombre puede haber sufrido algunas ligeras variaciones, pero -como decía Angel Gustavo Cornejo- el concepto esencial no ha cambiado fundamentalmente. La idea de la venta ha estado siempre ligada a la idea de la obligación de transferir la propiedad.

2.4.2.- En cuanto a su regulación.

De acuerdo a las doctrinas del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, el contrato típico puede ser definido «como aquel contrato que tiene una regulación legal propia que lo identifica respecto a los demás. Es, como dice GETE-ALONSO, 'la manera de ser' del contrato, en el sentido que 'la ley individualiza a un determinado fenómeno a través de una serie de elementos y datos peculiares, y al conjunto, así descrito, lo valora y le atribuye una concreta regulación jurídica unitaria.

Agrega De la Puente que "por contraposición, es contrato atípico el que, no obstante tener una identificación propia y reunir los requisitos necesarios para ser contrato, no ha merecido aún recepción legislativa mediante una disciplina particular. El contrato atípico viene a ser el producto de las necesidades e imaginación de las partes que, en uso de la libertad que les concede el artículo 1354 del Código Civil, crean un contrato diferente a los ya regulados para normar sus relaciones»

Por último, De la Puente señala que estos conceptos corresponden a la tipicidad legal o legislativa, pero puede existir también una tipicidad social.⁶

Como podemos apreciar, este contrato ha sido regulado desde los inicios de la legislación en nuestro país.

Aunque las características fundamentales del mismo ya estaban trazadas desde un principio, el concepto de la compraventa ha ido perfeccionándose a lo largo del tiempo.

⁶ Sobre la tipicidad legal y la tipicidad social, el Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Primera Parte, Tomo 1*, Páginas 200 a 202) señala las siguientes expresiones:

«La tipicidad legal no puede generarse, al menos nunca lo ha sido, de manera espontánea. Es inadmisibles que el legislador considere, de pronto, que debe crear un contrato y lo regule en el ordenamiento legal, sin otro sustento que su convicción personal. La realidad es que la tipicidad legal se nutre de contratos creados por los particulares al margen de la ley, con características propias y distintas de los tipos legislativos.

2.4.3.- En cuanto a su estructura.4

La estructura de la compraventa ha sido siempre la de un contrato simple, ya que se le ha considerado como un contrato que da lugar a una sola relación jurídica, consistente en la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien, y la del comprador de pagar el precio en dinero o signo que lo represente.

En este orden de ideas, podemos afirmar que a lo largo de nuestra historia legislativa, se ha regulado al contrato de compraventa como contrato simple.

En el Código de 1984 ya no cabe hablar de contratos reales, pues la mayoría de los contratos se celebran con el solo consentimiento de las partes; y, a su vez, se tiene clara la idea acerca de que el objeto de los mismos son las obligaciones. Este cuerpo legal desterró del Derecho Peruano a los contratos reales.

Dentro de tal orden de ideas, podemos afirmar que la compraventa es un contrato simple, donde el vendedor tiene la obligación de transferir la propiedad y el comprador la de pagar el precio en dinero.

2.4.4.- En cuanto a su contenido o áreas.

Por su contenido, puede ser tanto un contrato civil, como un contrato mercantil.

2.4.5.- En cuanto a su autonomía.

Por su autonomía es un contrato principal, ya que no depende de ningún otro contrato y así ha sido desde que se reguló la compraventa en el Código de Santa Cruz, en 1836, hasta el Código Civil vigente.

2.4.6.- En cuanto a su formación.

Conforme establece el Doctor De la Puente, de acuerdo a este criterio, los contratos se clasifican en consensuales, formales y reales, según se celebren por el mero consentimiento, se requiera de una formalidad especial o se necesite la entrega de un bien.

Dentro de tal orden de ideas, la compraventa es un contrato eminentemente consensual ya que se celebra con el solo consentimiento de las partes, y toda formalidad que se desee seguir será porque las partes decidan imponérsela, pero no porque la ley lo exija.

En este punto debemos tener claras las diferencias existentes entre la celebración y el perfeccionamiento del contrato, situaciones que en algunos casos pueden darse en el mismo instante, pero que -sin embargo- no son lo mismo.

Para el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, la celebración o conclusión del contrato es la concurrencia de las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta de voluntad común, o sea el consentimiento.

El perfeccionamiento, en cambio, según el mismo autor, es la oportunidad en que el contrato, ya concluido, produce sus efectos (es eficaz), o sea crea (regula, modifica o extingue) una relación jurídica patrimonial.

2.4.7.- En cuanto al tiempo.

La naturaleza de la compraventa, lo hace ser -en principio- un contrato de ejecución inmediata.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 1552, el vendedor está obligado a entregar el bien inmediatamente después de celebrado el contrato y el comprador tiene, en virtud del artículo 1558, la obligación de pagar el precio al contado al momento de la entrega del bien. Pero

también puede tratarse de un contrato de ejecución diferida, si las partes así lo han pactado, ya que las normas mencionadas son de carácter dispositivo y no imperativo.

En cuanto a su duración, este contrato es, por su naturaleza, uno de ejecución instantánea, ya que las prestaciones deben cumplirse en un sólo momento, aun si las partes pactaran prorrogar alguna de las prestaciones, es decir, no puede convertirse mediante acuerdo de partes en un contrato de duración, salvo en lo que respecta a la ejecución del pago del precio a plazos.

2.4.8.- En cuanto a su negociación.

Según el Doctor De la Puente, este criterio ha dado lugar a una clasificación que está adquiriendo gran importancia en la vida moderna, que es la de contratos de negociación previa y contratos por adhesión.

Por nuestra parte, agregaríamos a los contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Por la negociación, la compraventa puede ser tanto un contrato de negociación previa como un contrato por adhesión o uno con cláusulas generales de contratación.

2.4.9.- En cuanto al rol económico.

Por el rol económico, la compraventa es un contrato de cambio, pues su principal función es la circulación de la riqueza; asimismo es un contrato de disposición, ya que el vendedor tiene la obligación de transferir la propiedad del bien al comprador, obteniendo a cambio la correspondiente contraprestación.

2.4.10- En cuanto a su función.

De acuerdo a De la Puente, los contratos se clasifican, según este criterio, en constitutivos, reguladores, modificatorios y extintivos.

La compraventa es un contrato esencialmente constitutivo, aunque puede normar parte, por excepción, de uno modificadorio; pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación de transferir la propiedad, por una parte y la de pagar el precio, por otra.

2.4.11.- En cuanto a los sujetos a quienes obliga.

Se trata de un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por él, afectan únicamente a las partes que lo celebran.

2.4.12.- En cuanto a la prestación.

Según recuerda el Doctor Manuel de la Puente,⁷ tradicionalmente este criterio estaba basado en la obligación y no en la prestación. De acuerdo con él, los contratos se clasifican en unilaterales y bilaterales; siendo unilateral aquél en que una sola de las partes queda obligada, a diferencia del bilateral en que ambas partes quedan recíprocamente obligadas. Como señala el citado profesor, el Código Civil de 1984, siguiendo el modelo del Código Civil Italiano de 1942, trata del contrato con prestaciones recíprocas en lugar del contrato bilateral.

Dentro de tal orden de ideas, la compraventa es un contrato bilateral, sinalagmático o con prestaciones recíprocas. Por él, ambas partes quedan recíprocamente obligadas.

2.4.13.- En cuanto a la valoración.

El contrato de compraventa es, esencialmente, un contrato oneroso.

2.4.14.- En cuanto al riesgo.

Por el riesgo, la compraventa es fundamentalmente un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, en el sentido de conocerse de antemano.

⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Primera Parte, Tomo 1, Página 211.*

Sin embargo, como señala Wayar, la compraventa, por excepción, puede concertarse de manera aleatoria.

Consideramos ya superado aquel criterio por el cual toda compraventa que escapaba al concepto de conmutatividad debía ser cuestionada desde su esencia, a fin de analizar si era o no tal contrato. Definitivamente, con el correr del tiempo y el avance doctrinario que ha tenido el tema, podemos decir que no nos causa alarma hablar de contratos de compraventa aleatorios y no conmutativos, de los que trataremos a lo largo de este trabajo.

La aleatoriedad en la compraventa puede girar tanto en torno al bien como al precio.

En lo que respecta al bien, nos estamos refiriendo a los supuestos de compraventa de bien futuro en los cuales se hubiesen asumido determinados riesgos relativos a la cuantía y/o cualidades del bien vendido, a los supuestos de compraventa de bienes asumiendo el riesgo de su no venida a existencia; a los supuestos de compraventa de bienes sujetos a litigio, en los que se asuma el riesgo del resultado del litigio; y a los casos en que se venda un bien que se encuentre en peligro de dejar de existir y se asuma aquél, y en lo que respecta al precio, la compraventa puede ser aleatoria, en la medida que se pacte algún área con relación al monto del precio, tal como será analizado por nosotros al abordar el tema referido al precio en el contrato de compraventa.

2.4.15.- En cuanto a sus efectos.

Si bien el Doctor Manuel de la Puente no incluye explícitamente este rubro dentro de los criterios clasificatorios de los contratos, creemos que sí lo hace de manera implícita, al analizar el concepto de contrato.

De la Puente señala que el contrato, como acto jurídico, es una manifestación de voluntad cuya razón de ser es crear la relación jurídica.

Así, una vez cumplido este cometido, que se alcanza plenamente con la sola manifestación de voluntad (al menos en los contratos consensuales), el contrato deja de existir, porque ha terminado su rol.

Refiere el citado profesor que lo que subsiste es la relación obligatoria nacida del contrato, que es la que vincula a las partes y la que debe ser cumplida; citando como ejemplo al contrato de compraventa, en el cual lo que obliga al vendedor a entregar el bien mueble materia del contrato, no es éste sino la relación jurídica (obligación de transferir la propiedad del bien) creada por él.

En este sentido -agrega-, lo que obliga, lo que se cumple, lo que se resuelve, es la relación obligatoria nacida del contrato y no el contrato mismo, que deja de existir en el momento en que se perfecciona.

Luego de anotar lo frecuente que es incurrir en confusiones al respecto, De la Puente y Lavallo estima preciso hacer la aclaración de que la relación jurídica creada por el contrato está compuesta por obligaciones a cargo de las partes, pues el contrato es una fuente de obligaciones; precisando que no debe darse al contrato mayores alcances, haciéndolo creador de relaciones jurídicas distintas de las obligacionales.

Por nuestra parte, pensamos que más allá del contenido de dichas obligaciones, que en el caso del contrato de compraventa consistirán en transferir la propiedad de un bien y en el pago de un precio, nunca podríamos asignar al contrato (al menos dentro de nuestro ordenamiento jurídico) un objeto distinto que las obligaciones, cuya ejecución consistirá en la actividad humana de dar, hacer o no hacer (la prestación propiamente dicha).

En tal sentido, estimamos impropio asignar al contrato efectos reales y no meramente obligacionales.

Con ello no estamos negando la posibilidad de que la obligación pudiera consistir en la transferencia de un derecho real; lo que estamos señalando, es que, en el Derecho Peruano los contratos -por sí mismos- no transfieren ningún derecho real, ya que su objeto es la creación, modificación, regulación o extinción de obligaciones; y si algún derecho real constituye objeto de las mismas, su transferencia tendrá que ser apreciada en el nivel de ejecución de las obligaciones, pero de ninguna manera entender que es el propio contrato el que constituye o crea dicho derecho real.

Dentro de tal orden de ideas, es que distinguimos a los contratos creadores de obligaciones de aquéllos que crean algún vínculo o derecho distinto a los meramente obligatorios u obligacionales. En el Derecho Peruano todos los contratos son meramente obligatorios u obligacionales. Ningún contrato -por sí mismo- transfiere derecho real alguno.

2.5.- ELEMENTOS

2.5.1.- El Precio

El precio es uno de los elementos fundamentales de la ecuación legal que contiene la transacción denominada compraventa. De ahí que la norma sancione con nulidad la ausencia de este elemento, siguiendo el aforismo romano "sine pretio nulla est venditio" de Ulpiano. No obstante el carácter necesario de la existencia del precio para la compraventa, la doctrina no ha alcanzado consenso a la hora de definirlo. Esta paradoja ha sido subsanada con definiciones genéricas como la que considera que el precio es el "correspectivo pecuniario de la atribución patrimonial recibida

por el comprador"⁸; o descripciones como: "el precio como parte del contenido de la compraventa, consiste en una suma pecuniaria"⁹.

Ninguna de esas definiciones, en realidad, aporta nada nuevo, pues para identificar este elemento del contrato de compraventa no es necesario mayores ambages: el precio es el fundamento que motiva al vendedor a trasladar la propiedad del bien, el mismo que siempre deberá expresarse en dinero.

Según nuestra ley, en la compraventa el precio ha de cumplir los siguientes requisitos:

- a) Es la contraprestación por la traslación de la propiedad (ARTÍCULO 1529 del Código Civil).
- b) Ha de tener siempre una expresión dineraria (ARTÍCULO 1529 del Código Civil).

De faltar la expresión dineraria, es decir, si el pago fuera mediante otro bien, ya no estaríamos frente a una compraventa, sino ante otro tipo de contrato, cuya calificación dependería de sus elementos y de su función. De este modo, el precio en dinero es uno de los elementos calificantes de la compraventa. Esta nota tipificante del contrato de compraventa lo distancia de otras figuras contractuales traslativas de propiedad que admiten una mayor flexibilidad en el pago (el suministro o la permuta).

Conviene insistir en que, en última instancia, el precio siempre ha de consistir en dinero, lo que no significa que al tiempo de celebrarse el contrato o, incluso, en el momento del pago no pueda estar expresado con otro medio que lo represente. Así, es perfectamente válida la

⁸ Blanca, Massimo. "La vendita e la pennuta". Volumen I. Segunda edición. Unione Tipografico Editrice Torinese, UTET. Turin, 1993, p. 512.

⁹ IZZATO. Ruggero. "la compraventa". Traducción del italiano por Francisco Bonet Ramón. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1953, p. 70.

compraventa que se realice mediante pago con título valor (Artículo 1233 del Código Civil), nada de lo cual alterará el tipo contractual.

Ya en otro orden de cosas, ha sido severamente cuestionada en nuestra doctrina la admisibilidad del precio mixto, es decir, de aquel que se paga parte en dinero y parte en especie. Sobre el punto, nuestro ordenamiento tiene una norma contenida en el artículo 1531 del Código Civil, que establece que el precio puede fijarse parte en dinero y parte en otro bien. Esta norma ha sido criticada por De la Puente, quien la califica de atécnica, por cuanto para que una transferencia tenga precio es necesario que este sea fijado íntegramente en dinero. Por tal motivo, en el caso de la permuta, aunque la prestación consista parcialmente en dinero, no hay precio.

Otra de las características con la que ha de contar el precio en la compraventa es su seriedad. Aquí la expresión se utiliza en el sentido de responsabilidad, al punto de comprometer a las partes a pagar y recibir el precio respectivamente. De ahí que el precio no pueda ser simulado o ficticio. Los ejemplos a este respecto abundan. Será simulado el precio, y por lo tanto la compraventa, cuando bajo la apariencia legal de una compraventa se oculte otro contrato como una donación. Esto se materializa, por ejemplo, cuando el padre "vende" un bien al hijo que no tiene recursos para pagarle y que en la práctica no pagará, sea porque le condone el pago o porque simplemente nunca lo cobre.

En otro orden de ideas, debemos precisar que la seriedad opera en un plano distinto al de la irrisoriedad, la cual se refiere a la insignificancia o exigüidad del valor asignado a la cosa y no, como en el caso bajo análisis, al interés de las partes en pagarlo o percibirlo.

Pero, además, el precio ha de ser cierto. Esta exigencia de certidumbre obliga a que el precio sea determinado o, cuando menos, determinable al tiempo de la celebración del contrato. Por ello, se ha dicho que "la previsión del precio es el momento esencial de la venta, cual contrato

caracterizado por la función de intercambio entre la alienación de un derecho y un corresponsivo pecuniario"¹⁰.

La urgencia por la determinación del precio se halla estrictamente unida a la determinación o determinabilidad del bien materia del contrato. En efecto, no resulta difícil entender que, siendo el precio parte del contenido u objeto contractual, es decir, del conjunto de reglas establecidas por las partes en el programa para la realización de sus intereses¹¹, el requisito de la determinación o determinabilidad, guarde estrecha relación con lo contemplado en los ARTÍCULOS 219, numeral 3), 1402, 1407, 1408, 1409 Y 1410 del Código Civil. En efecto, mientras que el primero establece la nulidad del contrato (rectius: del negocio jurídico, en general) por indeterminación o indeterminabilidad del contenido (u objeto); los demás pertenecen a la disciplina que el legislador, de manera algo imprecisa, ha reservado para el objeto del contrato.

En este punto conviene destacar que el Código Civil, en la sección dedicada a los contratos en general, no contiene una norma que discipline expresamente el requisito de la determinación o determinabilidad del contenido u objeto contractual. En efecto, el ARTÍCULO 1402 se limita a establecer que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones; mientras que el ARTÍCULO 1403 menciona la licitud y la posibilidad, omitiendo pronunciarse sobre el mencionado requisito. No obstante esta omisión, debe entenderse que la determinación o determinabilidad también es un requisito del contenido u objeto del contrato. En efecto, como se ha visto, el Código Civil, en su ARTÍCULO 219, numeral 3), establece la sanción de nulidad para el contrato (negocio jurídico, en general) cuyo "objeto" sea imposible o indeterminado, omitiendo esta vez pronunciarse acerca de la nulidad por

¹⁰ Blanca, Massimo. *Op. cit.*, p. 548. (4) BLANCA, Massimo. *Op. cit.*, p. 512.

¹¹ Cfr. ESCOBAR ROZAS, Freddy. "Causales de nulidad absoluta". *Comentario al artículo 219 del Código Civil*. En: M.W. "Código Civil comentado". *Gaceta Jurídica*, Lima, 2003, p. 918.

su ilicitud, lo que no implica que el contrato cuyo contenido sea ilícito no deba ser afectado con la nulidad.

Lo expuesto hasta aquí nos permite interpretar los alcances y significado del ARTÍCULO 1543 del Código Civil y, por consiguiente, las razones que han inducido al legislador a optar por la solución que contiene dicha norma. Se ha visto que el precio, entre otras cosas, debe estar determinado o, cuando menos, debe ser determinable. Esta exigencia se conecta con la regla general de proscripción de la arbitrariedad en el ejercicio de las situaciones jurídicas subjetivas, es decir, de los derechos, deberes, cargas, poderes, etc., proscripción que opera, incluso, en las operaciones del mercado, por su compatibilidad con la esencia misma del Derecho y por contribuir a la eficiencia en las operaciones económicas. Se trata, entonces, de una elemental norma de convivencia social y económica.

Ya en el plano civilístico esta norma debe interpretarse en el sentido de que el precio no puede dejarse al mero arbitrio de una de las partes. Huelga decir que esta norma no colisiona con el ARTÍCULO 1360 del Código Civil, referido a la reserva de estipulaciones, cuyos alcances son claramente distintos.

La sanción establecida por el ARTÍCULO bajo comentario encuentra su ratio en que el precio es una de las reglas o disposiciones convencionales que forma parte del contenido u objeto contractual, de modo que resulta entendible que, ante su determinación proveniente del mero arbitrio de una sola de las partes, el contrato de compraventa sea necesariamente nulo¹².

Desde otra perspectiva doctrinaria, la regla contenida en el ARTÍCULO 1543 se justifica en la ausencia de un elemento del contrato al tiempo de su celebración. En efecto, si bien el Código acepta la posibilidad de que existan contratos que al momento de su conclusión no estén totalmente

¹² En contra: CASTILLO FREYRE. Mario. "Comentarios al contrato de compraventa". *Gaceta Jurídica*. Lima, 2002, p.108.

integrados, admitiendo la reserva de estipulación (ARTÍCULO 1360) e incluso el arbitrio de un tercero (ARTÍCULO 1408), en ninguno de estos casos se deja al capricho de una de las partes la definición de uno de los elementos del contrato. En otros términos, lo que se prohíbe no es que una de las partes defina con total libertad una cláusula del contrato, pues nada impide dejar en manos de las partes la determinación y alcances de una cláusula contractual, lo que, sin embargo, no significa que, por la naturaleza de la compraventa y el carácter esencial del precio en ella, se deba permitir que la determinación del precio se deje al mero arbitrio de las partes. De otro lado, ello no quiere decir que el precio no pueda quedar al arbitrio de una de las partes, siempre que previamente se hayan definido los parámetros de la determinabilidad. En suma, lo prohibido es el mero arbitrio, el arbitrio sin más, es decir, el capricho.

a.- Determinación del precio por un tercero

Naturaleza jurídica del tercero designado por las partes para la determinación del precio

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 estas 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, acordasen que la madre de ambos -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 de 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.

En torno a 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.

2.5.2.- OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

2.5.2.1.- Perfeccionamiento de la transferencia

La norma en estudio establece como obligación del transferente en un contrato de compraventa (vendedor): perfeccionar la transferencia.

Como sabemos, la compraventa -conforme a la definición contenida en el artículo 1529¹³ del Código Civil- es un contrato obligacional, por ende, mediante este contrato no se transfiere la propiedad del bien objeto del contrato, sino que surgen obligaciones a cargo de las partes contratantes; por un lado, surge la obligación del vendedor de transferir la propiedad de

¹³ Definición: Artículo 1529.- "Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero".

un bien y, por otro lado, surge la obligación del comprador de pagar el precio del bien en dinero.

Así, por la declaración de voluntad de los contratantes se tendrá por celebrado el contrato de compraventa, mas no así la transferencia de la propiedad; la transferencia de la propiedad del bien objeto del contrato tendrá lugar con la ejecución de la obligación contraída (es decir, con el perfeccionamiento de la compraventa); en consecuencia, la transferencia operará no con el consentimiento en mérito del cual surgió la obligación de transferir, sino con el cumplimiento o ejecución de dicha obligación.

Definido el carácter obligacional de la compraventa, debe en consecuencia establecerse en qué momento se produce la transferencia del bien materia de la venta.

Al respecto, existen diversos sistemas:

- **Sistema Romano**, por el cual la compraventa no originaba la transferencia de la propiedad, sino que con este contrato únicamente nacían obligaciones, de tal forma que, a efectos de la transferencia de propiedad, se requería un acto material adicional, el mismo que tenía lugar de diversas formas: la mancipatio (acto formal en presencia de cinco testigos), la traditio (entrega física del bien), la in iure cessio (acto formal en presencia del pretor).
- **Sistema de la unidad del contrato (Francia)**, por el cual la transferencia de la propiedad es consecuencia de la consensualidad; es decir, la transferencia opera en el momento en que el vendedor y el comprador se ponen de acuerdo sobre el bien materia de venta y el precio que se pagará por el mismo, independientemente de si hay entrega o no del bien.
- **Sistema de la separación del contrato (Alemania)**, por el cual el consentimiento no es suficiente para la traslación o transferencia de la propiedad, y esta se produce en diferentes formas, dependiendo de si se trata de bienes muebles o inmuebles. En el caso de los bienes muebles la transferencia de la propiedad opera con la entrega del bien y en el caso

de los inmuebles la transferencia opera con la inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad.

El Código Civil peruano, respecto al momento en que se produce la transferencia en un contrato de compraventa, estableció un sistema mixto, por cuanto recogió la consensualidad, del sistema de la unidad del contrato, para la transferencia de los bienes inmuebles; y la entrega, del sistema de separación del contrato, para la transferencia de los bienes muebles. Así se desprende de la lectura de los artículos 949¹⁴ y 947¹⁵ del Código Civil, respectivamente.

Respecto de la transferencia de inmuebles debe señalarse que no existe contradicción entre las disposiciones contenidas en los Artículos 1529 y 949 del Código Civil peruano, sino que se trata de normas conexas; así, debemos entender que si bien por el contrato de compraventa se genera la obligación de transferir el bien inmueble objeto del contrato, por disposición legal, para el caso de los inmuebles, la obligación generada implica la transferencia del referido inmueble.

Determinado el momento en que se produce la transferencia del bien materia de venta (para los inmuebles: con la obligación de transferir; y, para los muebles: con la entrega), corresponde establecer en qué consiste perfeccionar la transferencia de la propiedad.

El perfeccionamiento de la transferencia implica la realización de actos que permitan colocar al comprador o adquirente en la calidad de propietario del bien, esto es, que pueda gozar de los derechos y obligaciones inherentes al propietario del bien, lo cual incluye gozar de los

¹⁴ *Transferencia de propiedad de bien inmueble: Artículo 949.- "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario".*

¹⁵ *Transferencia de propiedad de cosa mueble: Artículo 947.- "La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente".*

atributos de la propiedad, en los términos recogidos en el artículo 923¹⁶ del Código Civil.

Con relación al momento del perfeccionamiento de la transferencia, debe señalarse que aun cuando este momento sea diferente del momento de la celebración del contrato, no se trata de un nuevo contrato o un nuevo negocio jurídico, diferente del de compraventa, sino que la traslación de la propiedad es el efecto del contrato de compraventa, encontrándose por ende comprendido en la venta del bien.

El acto de perfeccionamiento de la transferencia de propiedad más significativo es la entrega. Mediante la entrega del bien objeto del contrato se coloca al comprador en la posibilidad de usar y disfrutar del bien, ello sin perjuicio de los demás atributos que le corresponden como propietario. Además, debe agregarse que la entrega efectuada al comprador no es temporal o momentánea, sino que debe realizarse en el entendido que quedará definitivamente en poder del comprador.

El perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad se realiza también con la ejecución de otros actos, como la determinación o individualización del bien, cuando el bien objeto del contrato era un bien determinable; la adquisición del bien por parte del vendedor, tratándose de la venta del bien ajeno; o, la elección del bien por parte del vendedor, cuando se contrató sobre bienes alternativos; no obstante ello debe tenerse presente que en todos los casos, el último paso será siempre la entrega del bien.

2.5.2.2.- Entrega de documentos y títulos del bien vendido

En principio, el vendedor está en la obligación de realizar todos los actos necesarios para que el comprador pueda desenvolverse como propietario del bien. Dentro de dichos actos se encuentra el hacer entrega de los documentos referentes al bien materia de la venta, estos documentos

¹⁶ Definición de propiedad: Artículo 923.- "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".

pueden ser demostrativos de la propiedad del vendedor o de la posesión del vendedor respecto del bien.

La razón que justifica la obligación legal de hacer entrega de todos los títulos y documentos relacionados con el bien materia de la venta, radica en facilitar -en el comprador convertido en propietario- el ejercicio de los atributos inherentes a la propiedad y, sobre todo, el acceso al crédito.

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con nuestra legislación, la compraventa es un contrato "consensual", es decir, para su celebración únicamente se requiere del consentimiento de los contratantes (vendedor y comprador), ello independientemente del bien del que se trate, es decir, bienes muebles, bienes inmuebles o bienes incorpora/es. Así, a efectos de transferir un bien por medio de compraventa, no se requiere contar con la documentación que acredite la propiedad o la posesión del bien que se transfiere; consecuentemente, la obligación contenida en el ARTÍCULO en comentario surgirá solo si el vendedor cuenta con la referida documentación; y si no contara con los documentos antes referidos, el vendedor no está obligado a procurar tal documentación (sanear la propiedad).

2.5.2.3.- Oportunidad de la entrega del bien

El ARTÍCULO 1552 tiene como antecedente al ARTÍCULO 1400 del Código Civil de 1936, que establecía: "La cosa vendida debe entregarse en el lugar donde estuvo al tiempo de la venta, o en el señalado en el contrato. Si en el contrato no se designó el tiempo de la entrega, se hará esta inmediatamente después de la venta".

Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien. Ello conlleva a su vez obligaciones complementarias, como la entrega del bien, regulada por el ARTÍCULO materia de comentario.

Lo expresado nos lleva a establecer, en primer lugar, la distinción entre la transferencia de la propiedad del bien y la entrega de este. Así, por mandato del ARTÍCULO 949 del Código, la sola obligación de enajenar

un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Es decir, la entrega de un bien inmueble no es necesaria para que se produzca la transferencia de la propiedad, configurándose únicamente como una obligación del vendedor que complementa la obligación principal.¹⁷

Sin embargo, tratándose de bienes muebles, el cumplimiento de la obligación de entrega constituye un elemento medular para la transferencia de la propiedad, por cuanto el ARTÍCULO 947 del Código prevé que la transferencia de propiedad de un bien mueble determinado se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

El cumplimiento de esta obligación importa el momento en que se pone en poder y posesión del comprador el bien materia del contrato. Así, la entrega consiste en poner con ánimo de pago en poder del comprador la cosa o derecho vendido (ALBALADEJO) y conlleva diversos aspectos referidos principalmente a la oportunidad de la misma y el lugar. El Código Civil de 1936 regulaba ambos aspectos en el ARTÍCULO 1400, a diferencia del Código Civil de 1984 que contempla en forma separada la oportunidad de la entrega del bien (ARTÍCULO 1552) y el lugar de entrega de este (ARTÍCULO 1553).

Respecto al momento u oportunidad de la entrega del bien, como principio general debemos remitirnos al ARTÍCULO 1240 del Código que establece la inmediatez del pago en el Derecho de Obligaciones. Conforme prevé el acotado ARTÍCULO, si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación. Este principio, aplicado al contrato de compraventa, ha sido recogido en el ARTÍCULO 1552 del Código.

2.5.2.4.- Lugar de entrega del bien

El Código Civil de 1936, nos lo recuerda Jorge Eugenio Castañeda, estipulaba que la cosa vendida se entregaba en el lugar donde estuvo al

¹⁷ Un sector de la doctrina considera que la recepción del bien no es propiamente una obligación del comprador. sino una "carga" que este asume para permitir el cumplimiento a su favor de la obligación de entrega por parte del vendedor.

tiempo de la venta; o en el lugar señalado en el contrato (Artículo 1400). Si era inmueble se entregaba donde se encontraba, donde estaba situado.

Según la Exposición de Motivos del Código Civil, tratándose de bien cierto, lo lógico es que este sea entregado en el lugar donde se encontraba al momento de la venta porque debe suponerse que, sabiendo las partes que el bien se encontraba en determinado lugar y no habiendo estipulado en el contrato que la entrega se haga en un lugar distinto, están conformes en que la entrega se haga donde sabían que el bien estaba.

Sin embargo, tratándose de bien incierto, ya sea porque fuera genérico, indeterminado o futuro, cuya ubicación no es posible establecer al momento de celebrarse el contrato, se ha dispuesto que la entrega debe hacerse en el domicilio del vendedor, aplicándose la regla general que rige para el pago de las obligaciones, según la cual el pago debe hacerse en el domicilio del deudor¹⁸.

Para Max Arias Schreiber la fuente de este dispositivo es el ARTÍCULO 1410 del Código Civil argentino¹⁹.

2.5.3.- Obligaciones del comprador

2.5.3.1.- Oportunidad, forma y lugar de pago del precio

Al comentar el ARTÍCULO 1532 en esta obra, que tanto el bien como el precio constituyen los elementos esenciales de carácter particular propios del negocio jurídico conocido como compraventa; sobre esto, que no es ninguna novedad, no hay discusión en la doctrina, puesto que es

¹⁸ COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936. 'Proyecto de articulado y Exposición de Motivos referentes al contrato de compraventa ya la promesa unilateral, del Proyecto de Código Civil'. En: "Derecho", N° 36. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1982, p. 236.

¹⁹ Al respecto en sede de reforma, el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 contiene una nueva norma:

Artículo 1085.- "Lugar de entrega. El lugar de la entrega es el que se convino, o el que determinen los usos o las particularidades de la venta. En su defecto, la entrega debe hacerse en el lugar en que la cosa cierta se encontraba al celebrarse el contrato".

consabido que para poder hablar de dicho negocio es imprescindible que exista (o que pueda existir) un bien cuya propiedad sea transferida al comprador y un precio en dinero que este pague por la adquisición del mismo. Son, pues, elementos básicos de este contrato que permiten calificarlo típicamente como tal y no como otro distinto.

De esto fluye, que tanto la entrega física del bien a cargo del vendedor como el pago efectivo del precio por el comprador, vienen a ser las obligaciones fundamentales de cada una de las partes.

En materia de precio, el artículo 1529 se limita a decir que este debe ser en dinero, con lo que define su primera y básica característica; sin embargo, más adelante, en el artículo 1531, el Código nacional admite la posibilidad de que el precio sea pactado parte en dinero y parte en otro bien, situación que da lugar al llamado "precio mixto" y que da lugar también a que el contrato pueda ser calificado como compraventa o permuta, dependiendo de la intención manifestada de las partes y, en ausencia de esta, del valor económico que tenga ese otro bien, de modo que solo si dicho valor es menor al del dinero el contrato será de compraventa; en cambio, si el valor de ese otro bien es mayor o igual al del dinero, el contrato será de permuta.

En cualquier caso -sea que el precio se haya pactado íntegramente en dinero, o que se trate de un precio mixto donde el valor del otro bien sea menor a la parte que se paga en dinero- el comprador debe efectuar el pago de dicho precio conforme a las reglas que al efecto establece el ARTÍCULO 1558 del Código Civil.

Sin embargo, podría resultar curioso que el Código contemple una norma como esta en la sección sobre compraventa cuando ya existen, dentro de las normas sobre obligaciones, varias disposiciones generales con respecto a cómo hacer el pago. En efecto, fluye de los ARTÍCULOS 1220 y 1221 lo referente a la identidad, integridad e indivisibilidad del pago, lo que aplicado a la compraventa vendría a ser el pago del precio en la cantidad total (al contado) y en la moneda pactada, y eventualmente el pago parcial o por cuotas si así se hubiera convenido. Lo propio ocurre

con el ARTÍCULO 1238 sobre el lugar del pago que, salvo que haya acuerdo o que se den las otras situaciones ahí indicadas, debe hacerse en el domicilio del deudor, lo que aplicado a la compraventa vendría a ser en el domicilio del comprador (que es el deudor del precio). Y en cuanto a la oportunidad del pago, el ARTÍCULO 1240 señala que, a falta de acuerdo, el pago es exigible inmediatamente después de contraída la obligación, o sea, en nuestro caso, inmediatamente después de celebrado el contrato de compraventa.

En cualquier caso, pensamos que tratándose no solo del contrato de mayor arraigo y de mayor frecuencia o uso, sino sobre todo por constituir el medio jurídico a través del cual operan en la práctica la mayoría de las operaciones de intercambio de bienes, es natural que las legislaciones, en general, hayan dedicado preceptos especiales tanto a la ejecución de la prestación principal del vendedor (entrega del bien) como a la prestación principal a cargo del comprador (pago del precio), que eventualmente podrían apartarse de las reglas generales que rigen el pago de las obligaciones.

Dicho esto cabe ahora precisar el mandato del ARTÍCULO 1558. En principio debe decirse que se trata de una norma supletoria, es decir que funciona solo cuando las partes no han expresado nada con relación a cómo efectuar el pago del precio o cuando solo lo han hecho respecto de algún o algunos extremos. El antecedente de la norma, que se encuentra en los ARTÍCULOS 1410 y 1411 del Código Civil de 1936, solo se refería a dos de estos extremos: la oportunidad y el lugar. El ARTÍCULO 1558 contiene tres aspectos: la oportunidad, la manera propiamente dicha y el lugar. La supletoriedad funcionará, desde luego, en ausencia de cualquiera de estos aspectos, pues podría ser que haya acuerdo sobre dos aspectos y falte uno (por ejemplo, que la oportunidad y manera estén convenidas, pero no el lugar); o que haya acuerdo sobre un solo aspecto (por ejemplo el lugar, pero no sobre la manera ni oportunidad), o cualquier otra variable, o que, finalmente, falten los tres aspectos mencionados.

2.5.3.2.- Oportunidad del pago del precio

Se trata del aspecto temporal, sobre el cual la regla es que el precio se pague en el momento que las partes hayan acordado, que puede ser: i) en el momento de la celebración del contrato (aun cuando no haya entrega del bien); ii) en la misma fecha u oportunidad de entrega del bien; o iii) dentro de un plazo determinado o determinable, o dentro de varios plazos cuando por acuerdo de partes el precio se ha fraccionado en armadas.

Si no hay convenio sobre el tiempo de efectuar el pago o si no hay un uso diverso establecido (el ARTÍCULO 1558 se refiere a esto también), la norma supletoria especial indica que el comprador debe pagar el precio en el momento en que el bien le sea entregado.

Sobre el particular, Castillo Freyre (p. 147) explica que el numeral 1558 (en cuanto a la oportunidad del pago) es una norma de excepción a la regla contenida en el ARTÍCULO 1240, según la cual el pago debe hacerse -si no hay acuerdo expreso- inmediatamente después de contraída la obligación (léase, de celebrado el contrato de compraventa, aunque no haya entrega del bien); y que su razón de ser estriba en el hecho de que se trata, el contrato de compraventa, de uno con prestaciones recíprocas, y que el momento del pago se vincula al de la entrega del bien, bajo el ideal de que ambas prestaciones a cargo de cada una de las partes pudiesen ser ejecutadas en forma simultánea.

De esta manera, pues, a falta de convenio el comprador no está obligado a pagar inmediatamente después de celebrada la compraventa, conforme a las reglas generales de las obligaciones, sino solo en el caso que en dicha oportunidad se le haga entrega del bien. Al respecto, el ARTÍCULO 1552 señala que el bien debe ser entregado inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora resultante de su naturaleza o de pacto distinto. Sea cual fuere el escenario en concreto relativo a la oportunidad de entrega del bien, lo cierto es que cuando no hay pacto sobre la oportunidad de pago del precio, el comprador deberá hacerlo en el momento en que recibe el bien.

2.5.3.3.- Manera de realizar el pago del precio

En nuestra opinión la manera o forma de pagar el precio alude a dos cuestiones: i) a la integridad e indivisibilidad del pago del precio; y ii) al medio de pago.

i) Respecto a lo primero, la regla es que el precio se pague de la manera o forma pactada por las partes, que puede ser al contado o al crédito (en dos o más armadas). Si no hay acuerdo expreso o si no hay un uso diverso establecido (conforme al ARTÍCULO 1558), la norma supletoria especial indica que el comprador debe pagar el precio al contado, lo cual se condice con el principio de integridad del pago (ARTÍCULO 1220) y con el de indivisibilidad del mismo (ARTÍCULO 1221), según los cuales el pago debe ser íntegro o total y no puede compelerse al acreedor a recibir un pago parcial, respectivamente.

Cabe señalar que en la práctica -sobre todo al momento de elaborar documentos contractuales- se suele confundir el pago al contado con el pago inmediato, cuando en realidad son conceptos distintos, pues el primero alude a la totalidad del precio y el segundo a la oportunidad de realizar el pago del precio. El pago al contado o íntegro puede ser establecido por acuerdo interpartes o por mandato supletorio del ARTÍCULO 1558, según acabamos de ver. El pago inmediato opera cuando las partes han convenido que se efectúe apenas celebrado el contrato (aunque el bien no se entregue) o cuando apenas celebrado el contrato se hace entrega del bien; pues, en caso contrario, si no hay acuerdo y si el bien no se entrega apenas celebrado el contrato, el comprador solo está obligado a pagar el precio cuando se le haga dicha entrega, según también hemos visto. Con esto queremos decir que, en nuestra opinión, puede haber un pago al contado (total) aun cuando no sea inmediato (o sea que sería un pago al contado pero diferido); como también puede haber un pago inmediato que no sea al contado (o sea

sería un pago al crédito o por armadas, cuya primera cuota se paga apenas celebrado el contrato)²⁰.

ii) Sobre lo segundo, o sea en lo concerniente al medio de pago, la regla también es que el precio se pague de la manera o forma pactada por las partes, quienes pueden haber precisado el tipo de moneda (nacional o extranjera), la denominación de los billetes y monedas, y/o el pago en efectivo (dinero) o a través de títulos valores (cheque).

Si no hay acuerdo expreso o si no hay un uso diverso establecido, la norma supletoria del ARTÍCULO 1558 no indica qué debe hacerse, salvo en cuanto a que el pago debe ser al contado, o sea con dinero en efectivo, puesto que la expresión "al contado" tiene también esta denotación, según veremos más adelante. En cambio, sobre otros extremos habría que recurrir y aplicar las normas generales sobre pago de las obligaciones, entre ellas los ARTÍCULOS 1234 y 1235 (sobre pago de deudas contraídas en moneda nacional) y 1237 (sobre pago de deudas contraídas en moneda extranjera).

²⁰ En realidad no hay disposición legal que defina lo que se entiende por pago 'al contado' y la doctrina no ha desarrollado suficientemente este concepto; sin embargo, no solo se le suele vincular en la teoría y en la práctica, como ya se dijo, al momento de hacer el pago, sino además a la idea de inmediatez (vid. Diccionario de la Lengua Española, voz '[al] Contado', que en una de sus acepciones dice "... pago inmediato"). En nuestra opinión esto se entiende así, porque el término 'al contado' tiene como contrario al término 'al crédito', y si bien ambas expresiones están relacionadas con la integridad o parcialidad del pago, respectivamente, también puede entenderse que lo están con la oportunidad de hacerlo, puesto que el pago 'al crédito' siempre supone un pago posterior a la celebración del contrato. No obstante, en el caso peruano, la distinción fluye del propio texto del ARTÍCULO 1558 del Código Civil, puesto que en él se señala que si no hay convenio (o usos) el precio 'debe ser pagado al contado en el momento ... de la entrega del bien'; de donde se aprecia con claridad la distinción entre pago al contado y pago inmediato antes aludida, habida cuenta que el momento de la entrega del bien (que es la referencia que condiciona el pago del precio cuando no hay pacto expreso) no necesariamente puede realizarse inmediatamente después de celebrado el contrato, sino en un momento posterior (entrega diferida) debido a la naturaleza del bien o a pacto distinto convenido por las partes (artículo 1552).

2.5.3.4.- Lugar de pago del precio

Aquí se trata del aspecto espacial, respecto del cual la regla es que el precio se pague en el lugar que las partes convengan, que puede ser: i) el domicilio del vendedor, ii) el domicilio del comprador, iii) el lugar donde se halle el bien o donde deba ser entregado en caso que sea distinto al domicilio de ambas partes, iv) cualquier otro lugar diferente a todos los anteriores.

Si no hay convenio sobre el lugar donde efectuar el pago o si no hay un uso diverso establecido, la norma supletoria especial del numeral 1558 señala que el comprador debe pagar el precio en el lugar donde se realice la entrega del bien, pero si por algún motivo no puede hacerse ahí, se hará en el domicilio del comprador.

6.2. OBLIGACIÓN DE RECIBIR EL BIEN

El Código peruano de 1936 no registra antecedente de esta norma puesto que, al estar referida a la obligación del comprador de recibir el bien que ha adquirido por compraventa, podía entenderse como obvia en la medida en que es la conducta natural que se espera del comprador en un negocio jurídico de tal naturaleza.

Sin embargo, el legislador de 1984, siguiendo al Derecho comparado, ha preferido incluirla, con la finalidad de dejar fuera de duda la naturaleza obligacional que supone la recepción del bien por parte del comprador, aun cuando el texto de la norma podría parecer ambiguo -en cuanto a si es obligación o simple deber- ya que, por un lado, en el ARTÍCULO 1565 se dice: "El comprador está obligado a recibir el bien ... ", y por otro lado se añade" ... el comprador debe recibir el bien ... ".

A pesar de ello está fuera de duda que se trata de una genuina obligación del comprador, no solo porque la compraventa es un contrato de cambio y resulta evidente que el comprador está obligado a hacer todo lo necesario para que este cambio se produzca, ya que no se concibe que una persona esté obligada a entregar un bien a otra y que esta no esté obligada a recibirlo (DE LAPUENTE, p. 224); sino, además, por el carácter

coercitivo que como toda obligación tiene esta también, al punto de que en caso de incumplimiento el vendedor puede constituir en mora al comprador, ejercer cualquiera de las acciones que la ley le concede a fin de lograr que este último cumpla con recibir el bien, y demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios que el mencionado incumplimiento le hubiera generado, habida cuenta que la no recepción del bien hace que el vendedor soporte la carga de su custodia.

CAPITULO III

EI ARRENDAMIENTO-VENTA

3.1.- EL ARRENDAMIENTO-VENTA.

El artículo 1585° del código civil dispone que las disposiciones de los artículos 1583° y 1584° son aplicables a los contratos de arrendamiento en los que se convenga que, al final de los mismos, la propiedad del bien sea adquirida por el arrendatario por efecto del pago de la merced conductiva pactada.

La doctrina francesa conoce desde antiguo la figura del arrendamiento-venta, según la cual los vendedores a plazos han convertido esa operación en un arrendamiento acompañado de una venta a término; el comprador figura como arrendatario que adquirirá el bien cuando haya pagado cierto precio, debiendo deducirse. Señalan Planiol y Ripert²¹ que los vendedores, ante el temor de que se pudiera sostener que la operación encubierta tras el arrendamiento es en realidad una venta traslativa de propiedad, han admitido que el comprador estará obligado a pagar un precio ligeramente superior al total de los alquileres; de esta suerte la venta queda notoriamente distinguida del arrendamiento, a pesar de la unidad del contrato.

Comentando el último párrafo del artículo 1526° del Código Civil italiano, que constituye el antecedente inmediato del artículo 1585° del Código Civil peruano, dice Capozzi²² que con esta norma el legislador ha resuelto un viejo problema, nacido sobre todo en la doctrina francesa, relativo a la considerada locación con fines de venta, "respecto a la cual se han propuesto varias construcciones (locación acompañada de promesa de venta, venta sujeta a condición, venta sujeta a término, contrato mixto) ha configurado, pura y simplemente, el instituto como compraventa con reserva de propiedad.

²¹ Marcel Planiol y Georges Ripert, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, Cultural S.A., Habana, 1946, Tomo X, p. 235.

²² Guido Capozzi, *op. cit.*, p. 130.

En otras palabras, agrega, si Tizio conviene que pagará por diez años a Cayo, propietario del departamento "A", el canon mensual de un millón de liras por el uso del departamento y las partes establecen, al mismo tiempo, que al décimo año, si Tizio cumple con el pago, devengará, automáticamente en propietario, el contrato, aunque configurado impropiamente como locación, será, en la realidad jurídica y en la consiguiente disciplina, una venta con reserva de propiedad.

La citada norma no ha querido extender la disciplina de la compraventa con reserva de propiedad a un contrato con contenido diverso sino ha querido reconocer que la llamada locación con fines de venta tiene sustancialmente la naturaleza de compraventa y como tal es calificada y regulada.

Cabe destacar, por último, que tal como dice Arias-Schreibe²³ no debe confundirse esta figura con el arrendamiento financiero o leasing, contemplado por el artículo 1677° del código civil y por el Decreto Legislativo No 299, pues su naturaleza y alcances son diferentes.

El arrendamiento-venta o alquiler-venta, es un contrato usual en nuestros días. Se trata de un acto que comparte rasgos característicos tanto de la compraventa como del arrendamiento.

Podríamos definirlo como el contrato a través del cual una parte, denominada arrendador-vendedor se obliga a entregar un bien a otra, denominada arrendatario-comprador. Este último contratante podrá usar y disfrutar del mismo y deberá pagar mensualmente (o en períodos distintos, si ello se conviniera así) a su contraparte una determinada cantidad de dinero, la misma que constituirá, a la vez, renta y pago parcial del precio de una compraventa.

²³ Max Arias-Schreiber Pezet, *op. cit.*, Tomo I[, p. 121.

La transferencia de propiedad del bien se producirá en el momento que el arrendatario-comprador pague la última cuota convenida (que comparte, al mismo tiempo la naturaleza jurídica de renta y de precio).

En buena cuenta, el arrendamiento-venta comparte en su naturaleza elementos propios tanto del contrato de arrendamiento, como del contrato de compraventa.

3.2.-CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-VENTA.

No pretendemos efectuar un estudio minucioso del arrendamiento-venta. Sin embargo, sería conveniente establecer de manera ordenada las características de este contrato, las mismas que pasamos a describir a continuación:

a.- Por su nombre.

Por su nombre, es un contrato nominado. En nuestro medio sigue siendo conocido con la nomenclatura de alquiler-venta, como rezago de la terminología empleada en el medio forense antes de la entrada en vigencia del Código Civil de 1984.

Con la terminología del Código Civil vigente, sería más apropiado denominarlo arrendamiento-venta.

b.-Por su regulación.

Por su regulación, es un contrato típico, en la medida que si bien no tiene una normatividad abundante -como podría ser un Título o Capítulo completo del Código Civil o de alguna otra ley- el artículo 1585 del referido cuerpo normativo le da una regulación legal, al señalar que las disposiciones de los artículos 1583 y 1584, relativos a la compraventa con reserva de propiedad, resultan aplicables a los contratos de arrendamiento en los que se convenga que, Sin embargo, resulta necesario precisar que el contrato de arrendamiento venta se regirá, tanto

por normas de arrendamiento, como por normas de compra venta al final de los mismos, la propiedad del bien sea adquirida por el arrendatario por efecto del pago de la merced conductiva (renta) pactada.

3.2.1.- Normas del contrato de arrendamiento que le son aplicables.

Entendemos que todas las normas de las disposiciones generales de arrendamiento (artículos 1666 a 1676) resultan aplicables al contrato de arrendamiento-venta, evidentemente con la salvedad del artículo 1677, referido al contrato de arrendamiento financiero, el mismo que se rige por su legislación especial y, supletoriamente, por las normas del contrato de arrendamiento y los artículos 1419 a 1425 del Código Civil, en cuanto sean aplicables.

Creemos que también son de aplicación al contrato de arrendamiento-venta los artículos del Capítulo de las obligaciones del arrendador (artículos 1678 a 1680); al igual que las normas de obligaciones del arrendatario (artículos 1681 a 1686).

Dudamos, en cambio, que resulten de plena aplicación los artículos referidos a la duración del arrendamiento, sobre todo porque el arrendamiento-venta es un contrato que se celebra -fundamentalmente- a plazo determinado, vale decir teniendo claro un término inicial y un término final. Decimos esto, porque en el arrendamiento-venta, al pactarse un precio precisamente para dicha compraventa, el mismo será simplemente la suma de todas las mensualidades (rentas) que pague el arrendatario-comprador.

En tal sentido, no se concibe un arrendamiento-venta a plazo indeterminado, supuesto previsto por el artículo 1687 del Código Civil.

Por la naturaleza del arrendamiento-venta, no creemos que sea de aplicación -al carecer de sentido- lo prescrito por el artículo 1688 del Código Civil, norma que establece que el plazo del arrendamiento de

duración determinada no puede exceder de diez años; en tanto que cuando el bien arrendado pertenezca a entidades públicas o a incapaces, el plazo no puede ser mayor de seis años; entendiéndose reducido a dichos plazos todo plazo o prórroga que exceda los términos señalados. Pensamos que el referido artículo 1688, no debería aplicarse al arrendamiento-venta, en la medida que aquella norma tiene por finalidad evitar arrendamientos a plazo fijo cuyos términos finales sean excesivamente grandes o extensos, lo que podría llevar a desnaturalizar el derecho de propiedad del arrendador. En cambio, en el arrendamiento-venta no se presentaría el supuesto base o **ratio legis** del numeral 1688, en la medida que dicho contrato tiene por finalidad lograr que al culminar el pago de las prestaciones convenidas como renta, el arrendatario-comprador se convierta en propietario del bien.

Por otra parte, en relación al artículo 1689, norma que establece que a falta de acuerdo expreso, se presume que el arrendamiento es de duración determinada cuando el arrendamiento tenga una finalidad específica, entendiéndose pactado por el tiempo necesario para llevarla a cabo; agregando que si se trata de predios ubicados en lugares de temporada, el plazo de arrendamiento será el de una temporada, estimamos que esta norma no es aplicable al contrato de arrendamiento-venta, ya que su naturaleza no se condice con los supuestos previstos en ella.

Tampoco resultarían de aplicación al arrendamiento-venta los artículos 1690 ("El arrendamiento de duración indeterminada se reputa por meses u otro período, según se pague la renta.") y 1691 ("El arrendamiento puede ser celebrado por períodos forzosos y períodos voluntarios, pudiendo ser éstos en favor de una o ambas partes").

En lo referente al subarrendamiento (artículos 1692 a 1695), este sub-contrato sí podría resultar de aplicación al arrendamiento venta, en la medida que el sub-arrendamiento no implica cambio alguno en la posición

contractual del arrendatario (quien en nuestro caso seguiría siendo arrendatario-comprador).

En lo que respecta a la cesión del arrendamiento (que nuestro Código regula en el artículo 1696, en la modalidad de cesión de posición contractual de arrendatario -a pesar de que podríamos estar también frente a una cesión de la posición contractual del arrendador-), la misma podría aplicarse al contrato de arrendamiento-venta, y si aquí se produce una cesión de posición contractual, ella estaría referida o a la parte denominada arrendador-vendedor o a la parte denominada arrendatario comprador, rigiéndose ambos supuestos por las normas generales de los artículos 1435 a 1439 del Código. Civil peruano.

De otro lado, en lo que respecta a la resolución del contrato de arrendamiento-venta, en principio resultarían aplicables los artículos 1697 y 1698 (norma, ésta última, con un ámbito de aplicación cada vez más restringido, al desaparecer las normas especiales de regímenes de inquilinato), pero debemos tener mucho cuidado al respecto, en la medida que al tratarse el arrendamiento- venta de un contrato que comparte rasgos de la compraventa a plazos, de encontrarnos en el supuesto del artículo 1562 del Código Civil, resultaría discutible si podríamos aplicar lo dispuesto en los incisos 1 y 2 del numeral 1697, o si ya no podríamos hablar de la resolución del contrato por la prohibición impuesta en el artículo 1562 (lo que daría al arrendador-vendedor la única posibilidad de accionar frente a su contraparte por el pago del saldo de! precio, que en el arrendamiento-venta consistiría en el pago de las mensualidades vencidas y aquellas que todavía no se han devengado).

Sin embargo, somos de la opinión contraria, en la medida que resultaría de aplicación lo dispuesto por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil Peruano, norma que prescribe que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía. Y resulta obvio que el artículo 1562 es una norma prohibitiva y de excepción, referida al contrato de compraventa.

Por esta razón se podría argumentar que no sería susceptible de extender su ámbito de aplicación al contrato de arrendamiento venta.

A este respecto, el artículo 1699 del Código Civil establece que el arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas. En el arrendamiento-venta también ocurrirá una situación similar, con la salvedad de que al concluir el plazo pactado y haberse pagado la última cuota (o si se quiere, la última renta), el arrendatario-comprador se habría convertido en nuevo propietario del bien.

En tal sentido, no es aplicable lo dispuesto por el artículo 1700 del Código Civil, precepto que establece que vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento.

Decimos esto, por cuanto en el arrendamiento venta, después de concluido el plazo, el arrendatario-comprador será propietario del bien, en la medida que haya pagado la última cuota, teniendo derecho a poseer el bien (ahora a título de propietario y no de arrendatario).

En tanto no hubiese cumplido con el pago de la última cuota, sería discutible si el arrendador-vendedor podría demandar el desalojo del bien, la resolución del contrato o, solamente, la ejecución de las cuotas impagas.

No resulta aplicable al arrendamiento-venta lo dispuesto en el artículo 1701, referido a arrendamientos que comprendan períodos forzosos y voluntarios; así como tampoco el artículo 1702, por idénticas consideraciones.

Igualmente, no es aplicable al arrendamiento-venta lo dispuesto en el artículo 1703, por referirse a un arrendamiento de duración indeterminada.

La aplicación del artículo 1704 del Código Civil al arrendamiento venta, resulta un tanto confusa, ya que los supuestos planteados por dicha norma podrían resultar aplicable, en todo caso, si el arrendatario-comprador no hubiese cumplido oportunamente con el pago de la totalidad de sus cuotas.

Por otra parte, estimamos que sí es de aplicación al arrendamiento-venta lo señalado por el inciso 1 del artículo 1705 del Código Civil, precepto que establece que el arrendamiento concluye, sin necesidad de declaración judicial, cuando el arrendador sea vencido en juicio sobre el derecho que tenía.

Igualmente, pensamos que resulta aplicable la conclusión del arrendamiento sin necesidad de declaración judicial en caso de expropiación (inciso 4 del artículo 1705); tanto como en caso que el bien arrendado se destruya o pierda totalmente (inciso 3 del mismo artículo).

Por el contrario, estimamos que el arrendamiento-venta no concluirá en los supuestos de los incisos 2 (si es preciso para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo) y 5 (si dentro de los noventa días de la muerte del arrendatario, sus herederos que usan el bien, comunican al arrendador que no continuarán la relación contractual).

Sí resultan de aplicación el artículo 1706, al igual que el artículo 1707, preceptos relativos a la consignación.

Igualmente, resultará aplicable al arrendamiento-venta lo establecido por el artículo 1708 del Código Civil, norma que regula tres supuestos distintos de enajenación del bien arrendado y la forma cómo deberá procederse en cada uno de esos casos, al igual que el artículo 1709, por la misma razón.

Dudamos sea aplicable al arrendamiento-venta lo dispuesto por el artículo 1710 del Código, en la medida que podría entenderse plenamente transmisible a la totalidad de herederos del comprador-arrendatario, la obligación de adquirir la propiedad del bien, pagando la integridad del precio convenido.

En cambio, el artículo 1711 del Código Civil sí resultaría de aplicación; mas no así el numeral 1712, ya que el arrendamiento venta no es un contrato de arrendamiento regulado por ninguna ley especial, que no sea el Código Civil.

3.2.2.- Normas del contrato de compraventa que le son aplicables

Respecto de las normas de compraventa aplicables al arrendamiento-venta, consideramos pertinentes a los numerales 1529 a 1531 (disposiciones generales del contrato de compraventa), así como lo dispuesto por los artículo 1532 a 1536 (normas relativas al bien materia de la venta).

Sin embargo, nos encontraríamos ante un serio problema si el bien materia del arrendamiento-venta fuese ajeno, ya que –de un lado– tendríamos la normatividad propia de la venta de bien ajeno (artículos 1537 a 1542) y de otro, al artículo 1671, precepto que intenta regular el arrendamiento de bien ajeno, pero que como hemos visto en una investigación anterior, no sólo desnaturaliza al arrendamiento de bien ajeno, en estricto, sino que difiere radicalmente del tratamiento recibido por la venta de bien ajeno.

Estimamos que las normas referidas al precio en la compraventa (artículos 1543 a 1548) podrían ser de aplicación, **mutatis mutandis**, al arrendamiento-venta.

En cuanto al tema de las obligaciones del vendedor, creemos que el artículo 1549 sí devendría aplicable al contrato que nos ocupa, al igual que el artículo 1550.

Estimamos que el momento en que el arrendador-vendedor debe entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido (artículo 1551), no ser~ el de la entrega del bien, sino aquel en el cual se haya producido la transferencia de propiedad del mismo.

Por su parte, el artículo 1552 sí resultaría plenamente aplicable al arrendamiento-venta, ya que el bien debe entregarse inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora resultante de su naturaleza o de pacto distinto; al igual que el artículo 1553, relativo al lugar de entrega, y el numeral 1554 que establece la responsabilidad del vendedor ante el comprador por los frutos del bien, en caso de ser culpable de la demora de su entrega.

Igualmente es de aplicación el artículo 1555, norma que prescribe que si al tiempo de celebrarse el contrato el comprador conocía el obstáculo que demora la entrega, no se aplica el artículo 1554 ni es responsable el vendedor de la indemnización por los daños y perjuicios.

En relación a lo establecido por el artículo 1556, podríamos hacer de aplicación esta norma, señalando que cuando se resuelve el arrendamiento-venta por falta de entrega, el arrendador-vendedor debe rembolsar al arrendatario-comprador los tributos y gastos del contrato que hubiera pagado, e indemnizarle los daños y perjuicios sufridos.

Similares expresiones podríamos anotar en relación al artículo 1557, pues si en un arrendamiento-venta el vendedor-arrendador demorara la entrega del bien, resulta evidente que los plazos se prorrogan por el tiempo de la demora, vale decir que la renta (que a la vez constituye parte del precio) deberá empezar a pagarse recién a partir del momento en que el arrendatario-comprador reciba el bien.

En lo que respecta a las normas relativas a las obligaciones del comprador, la aplicación de las mismas al arrendamiento-venta resulta un tanto confusa.

Así, el artículo 1558 resultaría mediatizado, pues el precio no debe pagarse, en principio, al contado en el momento de la entrega del bien, sino que deberá pagarse en las mensualidades o plazos convenidos; aplicando el principio de que el pago se hará en el domicilio del comprador (precepto que concuerda con lo establecido por el artículo 1238 del propio Código, en el sentido que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso).

Pensamos que dada la naturaleza del contrato de arrendamiento venta, no le resultaría aplicable el numeral 1559; así como tampoco lo prescrito por el artículo 1560.

En cambio, sí resultarían pertinentes las disposiciones del artículo 1561, precepto que establece que cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no, el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes.

Sin embargo, tal como lo expresamos anteriormente, creemos que la restricción impuesta por el artículo 1562 no sería aplicable al contrato de arrendamiento-venta, por las razones expuestas.

El artículo 1563 del Código Civil sí tiene plena aplicación al contrato arrendamiento-venta.

No creemos, por el ámbito de aplicación de la norma, que resulte pertinente a ese contrato el artículo 1564 del Código Civil, salvo que

estemos en el supuesto excepcional del arrendamiento-venta de un bien mueble en el que antes de su entrega el arrendatario comprador tuviese que pagar la primera cuota, mensualidad o renta.

Por otra parte, estimamos que el artículo 1565 sí sería de aplicación, ya que el arrendatario-comprador estaría obligado a recibir el bien en el plazo fijado en el contrato, o en el que señalen los usos; al igual que lo dispuesto en el segundo párrafo de esta norma, el mismo que establece que a falta de plazo convenido o de usos diversos, el comprador (en nuestro caso, arrendatario comprador) debe recibir el bien en el momento de la celebración del contrato.

Pasando a otro tema, estimamos que un arrendamiento-venta, puede ser inscrito en el Registro Fiscal de Ventas a Plazos, a que alude el numeral 1566 del Código Civil.

En materia de transferencia del riesgo, preferimos no referirnos a cada uno de los artículos del Capítulo Sexto del Título del contrato de compraventa, por las serias objeciones que formulamos en relación a estas normas. Sin embargo, debemos señalar que el tema de la transferencia del riesgo revestirá caracteres especiales en el arrendamiento-venta.

Nos explicamos.

Antes de que el arrendador-vendedor entregue el bien al arrendatario-comprador, obviamente se aplicarán al caso las reglas contenidas en el Código Civil respecto de la teoría del riesgo, y el principio **periculum est debitoris**, lo que equivale decir que el arrendador-vendedor será quien corra con el riesgo de pérdida de la contraprestación, si la hubiere.

Luego de efectuada la entrega, no podríamos aplicar respecto de su contraparte el principio **res perit domino**, pues el arrendatario-comprador todavía no se ha convertido en propietario del bien. Sólo lo será una vez que termine de pagar las cuotas convenidas.

Pero estaremos ante una curiosa situación, toda vez que el arrendatario-comprador no deja de ser arrendatario, y, como tal, en la eventualidad de que no culmine con el pago de todas las cuotas o mensualidades, estaría obligado a devolver el bien al arrendador-vendedor. En tal sentido, podría pensarse que mientras dure la relación contractual de arrendamiento-venta, el riesgo de pérdida de la contraprestación lo correrá el arrendatario comprador, aplicándose respecto de este contratante el principio **periculum est debitoris**.

Y una vez que el arrendatario-comprador haya terminado de pagar la última cuota o mensualidad o renta debida, se hará automáticamente propietario del bien, y desde ese momento, al no existir relación obligacional alguna (pues todas ellas ya se habrían extinguido), resultará de aplicación el principio **res perit domino** (la cosa se pierde para su dueño), evidentemente respecto del nuevo propietario.

Creemos que los anotados constituyen los principios básicos que deben regir el tema de la transferencia del riesgo en el arrendamiento-venta.

De otro lado, estimamos que tanto la compraventa a satisfacción del comprador (artículo 1571), como la compraventa a prueba (artículo 1572) y la compraventa sobre muestra (artículo 1573) son aplicables al contrato de arrendamiento-venta, evidentemente **mutatis mutandis**, según lo permita la naturaleza de este contrato, a la vez que los usos y costumbres.

Por otra parte, consideramos que las normas relativas a la compraventa sobre medida y a la compraventa en bloque (artículos 1574 a 1579 d~1 Código Civil) son aplicables al arrendamiento-venta. Sin embargo, debemos anotar que en la eventualidad que se tenga derecho a una reducción del precio, ella se vería expresada en una disminución proporcional en las cuotas, mensualidades o rentas que el arrendatario-comprador debe pagar al arrendador-vendedor.

En relación al tema de la "compraventa sobre documentos", podrían ser de aplicación sus normas (los artículos 1580 y 1581) al contrato de arrendamiento-venta, pues en el plano teórico no existe impedimento alguno.

Sin embargo, en una perspectiva más amplia de esta compraventa, referida ya a la generalidad de mercancías que se comercializan en el mundo mercantil, sí resultaría raro ver un arrendamiento-venta.

Creemos que los pactos prohibidos para la compraventa, específicamente el pacto de mejor comprador y el pacto de preferencia, no se extienden al contrato de arrendamiento-venta, en la medida que se trata de normas prohibitivas, las que –de acuerdo a lo prescrito por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil- no pueden aplicarse por analogía, puesto que, se quiera o no, el arrendamiento-venta es un contrato distinto de la compraventa propiamente dicha.

Las normas de compraventa con reserva de propiedad son –por excelencia- aplicables al arrendamiento-venta, ya que precisamente el artículo 1585, bajo análisis, es el numeral que de modo expreso las hace aplicables.

En relación a las disposiciones referidas al pacto de retroventa (artículos 1586 a 1591), ellas serían de aplicación al arrendamiento-venta, con la salvedad de que sí se llegase a resolver unilateralmente el contrato, el arrendatario-comprador debería devolver el bien recibido, en tanto el arrendador vendedor estaría en la obligación de rembolsar a su contraparte todas las cuotas, mensualidades o rentas que le hubiesen sido entregadas.

Finalmente, debemos anotar que las normas referidas al derecho de retracto (artículos 1592 a 1601) no serían aplicables al arrendamiento-venta, en la medida que al ser preceptos restrictivos de derechos no podrían aplicarse por analogía a un contrato distinto de la compraventa en estricto.

3.2.3.- Por su estructura.

El alquiler-venta sería un contrato complejo, pues comparte rasgos, tanto de la compraventa como del arrendamiento, con lo que podría sostenerse que, independientemente de que le resulten aplicables los artículos 1583 y 1584 (propios de la compraventa), también será un acto que se enmarque dentro de las disposiciones y principios propios del contrato de arrendamiento, en cuanto a muchos otros aspectos distintos a los referidos en los aludidos numerales.

3.2.4.- Por su contenido.

Por su contenido, puede ser tanto un contrato civil como uno mercantil.

3.2.5.- Por su autonomía.

Por su autonomía, es un contrato principal, pues no depende jurídicamente de otro contrato.

3.2.6.- Por su función.

Por su función, es, fundamentalmente, un contrato constitutivo, aunque puede formar parte -por excepción-, de uno modificadorio, pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará obligaciones entre las partes.

3.2.7.- Por los sujetos a quienes obliga.

Por los sujetos a quienes obliga, se trata de un contrato individual, ya que las obligaciones creadas por él afectan únicamente a las partes que celebran el contrato.

3.2.8.- Por la prestación.

Por la prestación es un contrato bilateral o sinalagmático, hoy en día bajo nuestro Código Civil, hablaríamos de un contrato con prestaciones recíprocas (artículos 1426 a 1434 del Código), pues una parte —el

arrendador-vendedor- se obliga a entregar el bien a la otra parte –el arrendatario-comprador-, el mismo que se obliga, a su vez, a pagar el precio en cuotas mensuales o de periodicidad distinta, precio que a la vez constituye renta; y al pagarse la última de dichas cuotas, se transferirá automáticamente la propiedad del bien al arrendatario-comprador.

3.2.9.- Por la valoración.

Por la valoración, de acuerdo a lo que acaba de ser mencionado en el punto anterior, será un contrato a título oneroso, pues ambas partes se obligan a ejecutar una prestación.

3.2.10. Por el riesgo.

Por el riesgo, debemos precisar que es, fundamentalmente, un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, vale decir, conocidas de antemano al momento de la celebración del contrato.

Si bien es verdad que no se ha planteado, ni legislativa ni doctrinariamente, el tema de la aleatoriedad en el contrato de arrendamiento-venta, podríamos imaginar algunos supuestos en los que ello resultaría factible, sobre todo si recordamos que no habría inconveniente teórico alguno para aplicar los principios que al respecto hemos tratado al estudiar el bien materia del contrato de compraventa.

3.2.11.- Por su formación.

Por su formación, el arrendamiento-venta es un contrato consensual, es decir que se celebra con el solo consentimiento de las partes, ya que la ley no establece ningún requisito de forma para este acto.

3.2.12.- Por el tiempo.

Por el tiempo, se trata, esencialmente, de un contrato de duración, ya que no obstante por lo general el bien objeto del mismo se entregará poco después de la celebración del contrato (en un acto instantáneo), el pago

de las cuotas, mensualidades, o rentas por parte del arrendatario comprador, se prolongará en el tiempo, tanto como en un contrato de arrendamiento común y corriente. En tal sentido, será un contrato de duración continuada, en la medida que el arrendador-vendedor se obliga a permitir el uso y disfrute del bien por parte del arrendatario-comprador, en tanto dure la relación contractual y mientras no se produzca la transferencia de propiedad.

Pero, por otra parte, también será un contrato de duración periódica~ si nos atenemos a la obligación del arrendatario-comprador, la misma que consistirá en el pago periódico (por lo general mensual) de las cuotas o rentas convenidas.

3.2.13.- Por la negociación.

Por la negociación, puede ser tanto un contrato de negociación previa, es decir aquel en el cual las partes tienen la libertad de modelar su contenido (esta será la regla), como un contrato por adhesión o que contenga cláusulas generales de contratación (supuestos excepcionales, por cierto).

3.2.14.- Por el rol económico.

Por el rol económico, es un contrato de cambio, ya que está destinado a la circulación de la riqueza; y de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio del arrendador-vendedor, que se verá -a su vez compensada con la contraprestación que debe recibir por parte del arrendatario-comprador (renta-precio).

3.2.15.- Por sus efectos.

Por sus efectos, se trata de un contrato meramente obligatorio u obligacional.

CAPITULO IV

LA PROPIEDAD

4.1.- ANTECEDENTES.

Liberalismo propiedad y constitucionalismo son fenómenos prácticamente simultáneos en la historia. Y fue precisamente en Francia donde los tres elementos se conjugaron en un período histórico relativamente breve la revolución liberal triunfa en junio de 1789 y en agosto de ese año se conforma a Asamblea Constituyente que da la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano cuyo artículo 17 establece: “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad publica legalmente justifica da lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización”

Como se sabe, más tarde esta Declaración pasó a tener rango constitucional en Francia. Finalmente, la gran elaboración de la propiedad en los rasgos esenciales que hoy le conocemos proviene del Código Civil francés de 1804, dictado bajo el gobierno del gran revolucionario liberal que fue Napoleón.

A las Constituciones no les corresponde establecer las normas detalladas del contenido y ejercicio de la propiedad materia harto compleja en el Derecho que, originalmente fue puramente civil, pero hoy se ha extendido a muchos otros²⁴ ámbitos: el administrativo, el comercial, el inmenso y especializado campo de la propiedad intelectual etc.

Lo que procede sobre propiedad en los textos constitucionales es establecer sus grandes principios que, en nuestro concepto, son los siguientes:

La gran distinción entre la propiedad privada y el dominio sobre los bienes públicos En la Constitución de 1993 esta diferencia no es totalmente clara

²⁴ RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993, tercer volumen*, Lima. PUCP Fondo Editorial, 1999, pp 361-362.

en el texto, aunque sí en la *ratio legis* y se halla contenida en los artículos 70° y 73° respectivamente.

El artículo 70° trata de la propiedad cómo un derecho privado, pertenezca efectivamente a personas de derecho privado, o a personas de Derecho público que detentan, sin embargo, su propiedad como de Derecho privado, aunque obedeciendo complementariamente a ciertas reglas del Derecho Administrativo (tal el caso de los bienes de producción de ciertas empresas públicas).

El artículo 73°, por el contrario, se refiere a los bienes sobre los cuales existe dominio público, sean o no de uso público. Aquí dos aspectos conceptuales son importantes: la diferencia entre dominio y propiedad, y la diferencia entre bien de uso público y bien que no es de uso público.²⁵

La *propiedad* es entendida en el Derecho contemporáneo como el poder de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el objeto materia del derecho. Si bien la manera como estos poderes específicos de la propiedad son ejercitados varía de ámbito²⁶ en ámbito (no es lo mismo disponer de un bien mueble común que de una acción cotizada en bolsa, por ejemplo), los principios generales son los mismos: la propiedad está a disposición del titular y puede (y debe) circular.

El *dominio* tiene más bien el sentido de *pertenencia* a alguien que ejerce el señorío y ya estos vocablos dan el sentido de pertenencia histórica del concepto. En efecto, durante largos períodos de la historia humana en los que ya existió una forma jurídica consistente, hubo *dominio* sin haber *propiedad* tal como la entendemos ahora. Los derechos que los señores tenían sobre sus tierras durante la Edad Media europea pueden aclarar las cosas: este *dominio* feudal era efectivamente una titularidad sobre el bien que daba prácticamente todos los derechos que hoy reconocemos a la propiedad.²⁷

²⁵ *Ídem*

²⁶ *Ídem*

4.2.- EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

La Constitución en su artículo 70° alude a una inviolabilidad del derecho de propiedad, en el sentido de que nadie puede afectar, desconocer o cuestionar la propiedad, esto significa que el propietario no puede ser privado de su derecho salvo por una causa judicial y además en concordancia con el artículo 2 inciso 16 del mismo texto el Estado garantiza y asegura que respetará esta inviolabilidad por ser un derecho fundamental²⁸.

Con este precepto constitucional no debe entenderse a la propiedad circunscrita o limitada a los casos singulares, tal como lo define el artículo 923° del Código Civil, debe entenderse más bien *“como libertad que tiene el individuo para poder disponer de los bienes de su propiedad, sin limitación alguna, y en la garantía de que ni el Estado ni los particulares, podrán tomar bienes de propiedad del individuo sin una razón debidamente justificada”*²⁹.

La propiedad es inviolable se advertía tanto en la Constitución de 1993 como en la de 1979; significa que nadie se puede afectar, desconocer o cuestionar, es decir, que el propietario no puede ser privado de su derecho, salvo que sea por una decisión judicial, no puede violar la propiedad un particular y tampoco el Estado por lo contrario es el propio Estado que la garantiza, asegurando que respetará la propiedad y que la hará respetar.

Respecto del interés social, este fue cambiado por bien común en la actual Constitución, pues hubo temor en mantener ese "interés social" que había sido utilizado como causal expropiatoria en la reforma agraria. Ahora, el bien común se entiende como el bien general de las personas a diferencia del interés social que responde a la conveniencia de un determinado sector social. Hoy si bien la propiedad debe ejercerse dentro de los límites de la ley ello no implica ser recortada. Es absoluto porque a diferencia de los

²⁸ HUERTA AYALA, Oscar. *La problemática de la buena fe del tercero registral*, primera edición, Perú, Gaceta Jurídica, 2013 p 35.

²⁹ CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Derechos reales*, Tomo I, primera edición, Lima, Ediciones jurídicas del Perú, 1999, p 221.

demás derechos reales, confiere a su titular todas las facultades o atributos sobre un bien³⁰.

La posibilidad de "disponer de los propios intereses en el ámbito de las relaciones sociales y económicas representa un elemento esencial de la libertad y constituye hoy un valor irrenunciable de nuestra civilización, es por ello que desde el primer constitucionalismo se ha reconocido a la propiedad como un derecho fundamental de la persona³¹". De este modo, toda persona tiene derecho a la propiedad entendiendo como tal uno de los instrumentos que posibilita la libertad de actuación del individuo en la vida social y económica.

Se trata de garantizar una amplia libertad para acceder a la propiedad, pero una vez alcanzado ese objetivo el propietario tiene como garantía la libertad en el ejercicio de sus derechos es por ello que queda proscrita interferencia estatal cuyo fin sea despojar arbitrariamente al individuo de su pertenencia. Los efectos de estos derechos consisten en crear un ámbito exento para el individuo titular donde nadie está autorizado para realizar una intervención, o en su caso solo puede hacerlo a través de un procedimiento lleno de garantías³².

Dicho esto, entonces, las relaciones jurídicas ya no se rigen por el derecho del más fuerte, sino por el principio de respeto recíproco: por ser persona se debe respetar el derecho de los demás³³. Esta situación conlleva a un ámbito muy extenso de libertad y los derechos que emanen de ella son posibles solamente con la aparición de la autoridad del **Estado constitucional de Derecho**.

³⁰ GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo I, primera edición, Perú, Gaceta Jurídica, 2005, pp 942-946.

³¹ ARRUÑADA, Benito. *Sistemas de titulación de la propiedad*, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2004. pp 40-42.

³² GONZALES BARRON, Gunther Hernán. *Derecho Civil Patrimonial*, primera edición, Perú, Gaceta Jurídica, 2009, pp 11-15.

³³ GONZALES BARRON, Gunther Hernán. *Derechos Reales*, primera edición, Perú, Jurista editores, 2005, pp 476-477.

4.3.- FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD, BIEN COMÚN E INTERÉS SOCIAL

El Tribunal Constitucional señala en forma reiterada que la cláusula del bien común prevista en el artículo 70° de la Constitución, hace alusión al concepto universal de "función social", por el cual se supera el individualismo clásico que cobijó inicialmente la idea de propiedad. Por ejemplo: "la referencia al bien común establecida en el artículo 70° de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad" (Sentencia de 11 de noviembre de 2003, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 26° fundamento jurídico).

Otra sentencia del Tribunal agrega que la función social de la propiedad tiende a lograr fines concretos de interés público, los cuales permiten arribar al fin abstracto y general consistente en el bien común:

- “15. (...) Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a esa función social que el propio derecho de propiedad comprende, integra e incorpora, en su contenido esencial.
16. Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, tales como las facultades testamentarias, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación. De allí, que el bien común y el interés general sean principios componentes de la función social de la propiedad y de la herencia" (Sentencia de 17 de marzo de 2010, Caso Pontificia Universidad Católica del Perú sobre el testamento de Riva Agüero, Exp. N° 03347-2009-PAITC).

Es decir, para nuestro Alto Tribunal la idea de "bien común" que utiliza la Constitución se encuentra relacionada perfectamente con el concepto más difundido de "función social". Sin embargo, la doctrina nacional de derecho

civil advirtió rápidamente una incongruencia entre el artículo 70º de la Constitución de 1993, en cuanto señala que la propiedad "se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley", con relación a artículo 923º del Código Civil, en cuanto establece que la propiedad "debe ejercerse en armonía con el interés social". En forma inmediata se comenzó a especular sobre la supuesta inconstitucionalidad del Código en vista a que ambas nociones no coinciden por tener distinta definición. La distinción sería la siguiente: mientras el bien común abarca el bien general o de todos; el interés social se refiere solo a un grupo social determinado. De tal suerte que un programa de vivienda para personas de escasos recursos podría fundarse en el interés social, que favorece a un grupo concreto de personas, pero no en el bien común.³⁴

El Tribunal Constitucional ha señalado que la propiedad debe cumplir una función social, lo que se justifica dentro del contexto de un Estado Social de Derecho que busca lograr la realización de los valores de la igualdad sustancial, el bienestar material y la solidaridad:

76. Nuestra Constitución reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2º de la Constitución, sino como una garantía institucional, a tenor del artículo 70º, según el cual el Estado garantiza la inviolabilidad de la propiedad, la cual debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley.

77. Dicho artículo es acorde con las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho, que reconoce la función social que el ordenamiento reserva a la propiedad, la cual es inherente al derecho mismo. (...)" (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 01 de abril de 2005, en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por José Miguel Morales Dasso en representación de cinco mil ciudadanos, contra la Ley N. 28528, de Regalía Minera, Exp. N° 0048-2004-PI/TC).

³⁴ AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge. *Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica. Tomo V, Lima 2003, pp 189-190.*

Siendo así, el "bien común" es el fundamento de la propiedad; el derecho se ejerce bajo el deber de armonizar con él; la propiedad tiende a lograr ese fin, y no solo el interés individual y egoísta.

La propia Corte IDH ha señalado que las sociedades democráticas buscan el bien común y para ello intervienen sobre la propiedad, pero no en forma arbitraria, sino con medidas proporcionales fundadas en el interés social (Sentencia de excepción preliminar y de fondo de 6 de mayo de 2008, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, 60° fundamento jurídico).

En consecuencia, el "interés social" - o el "colectivo", "cultural" o "ecológico"-justifica las medidas reguladoras y delimitadoras de la propiedad por parte del Estado; y cuya finalidad es lograr una aspiración de siempre: el "bien común". No son conceptos contrapuestos o antitéticos, sino que se encuentran estrechamente vinculados, ya que los primeros son los fines concretos que se pretenden, mientras el segundo es el fin abstracto que toda legislación busca alcanzar, en el pasado, presente y futuro, con miras a la propiedad o referida a cualquier situación jurídica de ventaja individual. Por ejemplo, una norma sobre renovación urbana está fundada en el interés social de dotar de viviendas dignas a los más pobres, y eliminar los tugurios lo que permite alcanzar el bien común a través de una sociedad más justa, más igualitaria, con menor violencia por la igualdad de oportunidades y respeto de los derechos humanos de todos, especialmente para los desfavorecidos de la riqueza.

El interés social tiende a lograr el bien común; no son conceptos contrarios o que se repelen, sino vinculados en relación de causa a efecto.

Por tanto, la palabra "bien común" engloba el "interés social", y no se encuentran en contradicción. Por su parte, la "función social" de la propiedad es atender al bien común, lograr sus propósitos, ponerlos al servicio de la comunidad, a efecto de lograr la solidaridad, la igualación económica y otros valores relevantes (Sentencia del Tribunal Constitucional, de 01 de abril de 2005, Exp. N. 0048-2004- PI/TC, sobre inconstitucionalidad de la Ley de Regalía Minera, 80 considerando).

La función social de la propiedad es lograr el bien común, y este último se concreta a través de medidas inspiradas en el interés social, el interés general, el interés cultural o ecológico, etc. Esa restricción inconducente respecto de la noción de "bien común" ha llevado, por ejemplo, a que en nuestro país no se pueda expropiar terrenos urbanos faltos de aprovechamiento por 20. o 30 años, cuyos titulares solamente buscan lucrar con la plusvalía generada por el crecimiento de la ciudad, mientras ésta crece en forma desordenada con ausencia de servicios básicos y con una extensión que cada vez los hace más onerosos. Lo grave es que la utilidad de un particular es financiada con el pago de impuestos de todos.

Por lo demás, el tema queda zanjado si tenemos en cuenta que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en forma expresa que el uso de la propiedad de los bienes queda sujeto a las medidas de limitación o intervención fundadas en el interés social (art. 21). En suma, el bien común y el interés social son conceptos vinculados en donde uno engloba al otro, en cuyo caso nada hay que discutir, pues el Código Civil se complementa con la Constitución.

4.4.- EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL Y DE DERECHOS HUMANOS

La propiedad, según el derecho civil, es una atribución directa, exclusiva, absoluta e inherente que recae sobre bienes, y cuyo interés es el disfrute y aprovechamiento de los mismos, siempre dentro de los límites que establezca puntualmente el bien común y el interés social (art.923 CC).

La definición civil, fundada en el absolutismo del propietario y en la protección de su libérrima voluntad, hace tiempo ha quedado desfasada. La propiedad no se protege por causas meramente individualistas o egoístas, ni por efecto de la voluntad del dueño. Hoy, la propiedad se reconoce en el hombre con el fin que cumpla una misión social acorde con su dignidad en el mundo; con sus derechos a ser libre e igual, pero con carácter sustancial, y para lograr una sociedad justa con posibilidades mínimas para todos. En tal contexto, la propiedad solo tiene sentido en tanto "función" que permita satisfacer las necesidades del ser humano

dentro de un ambiente de solidaridad, paz, tranquilidad, seguridad y bienestar material. Tenemos la propiedad para buscar la construcción de una sociedad justa e igualitaria; no para que el propietario haga lo que se le antoje o para aumentar la pobreza hasta niveles atentatorios contra la dignidad humana.

Siendo así, la definición de propiedad, dentro del ámbito de los derechos humanos, ha redimensionado la noción civil, liberal y propia de las codificaciones. Por tal motivo, en la actualidad estamos, no ante un "derecho-voluntad", sino ante un "derecho-función". De ello tenemos que la propiedad ha dejado de ser absoluta o ilimitada; o un simple derecho de libertad sobre las cosas, o en donde las limitaciones al dominio son excepciones. Todo lo contrario, la propiedad pasa a convertirse en una prerrogativa reconocida por el sistema legal, pero condicionada al cumplimiento de deberes sociales, a la función de promover la riqueza general, a resguardar los intereses generales. Tiene que haber un reconocimiento a la prerrogativa individual, pero subordinado a la prevalencia del bien común.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha señalado recientemente que:

“60. El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. **La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada,** respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21º, de la Convención, y los principios generales del derecho internacional” (Sentencia de excepciones preliminares y de fondo de 6 de mayo de 2008, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador).

La definición de la propiedad, voluntarista en los Códigos, pasa a convertirse en una función con miras al interés general, lo que se aprecia en las Constituciones y en los Tratados de Derechos Humanos. Esta nueva concepción de la propiedad no solo tiene efectos en su definición, sino que además se irradia en toda la institución; y así se aprecia en la regulación que empieza a dictarse. Por tanto, ahora se reconoce la extinción de la propiedad, sin indemnización, cuando median motivos de equidad (abandono), y además este derecho empieza a ser protegido siempre y cuando el titular cumpla con las funciones socioeconómicas que se le impone, tales como el trabajo permanente, la explotación económica con fines de bienestar general. El trabajo es la justificación de la propiedad, razón por la que se revitaliza la importancia de la posesión y de la usucapión.³⁵

La noción moderna de propiedad (constitucional o del sistema de los derechos humanos) pulveriza aquella plasmada en los Códigos, en tanto se aleja de su concepción absolutista, individualista y egoísta. Hoy, la función social atraviesa el contenido mismo de la propiedad, ya que ésta cumple un objetivo de bien común. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional:

"El funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no solo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. **Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así en la propiedad no solo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la**

³⁵CAICEDO ESCOBAR, Eduardo. "Función social y derechos humanos económicosociales" (Ponencia). *Derecho Agrario y Derechos Humanos, Libro de Ponencias del Congreso Internacional de Derecho Agrario y Derechos Humanos celebrado en Lima y Cusco del 7 al 12 de septiembre de 1987*, Cultural Cuzco, Lima 1988, pág.231.

naturaleza que le es intrínseca, pues solo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía³⁶.

El reconocimiento de los derechos de segunda generación da lugar al Estado Social de Derecho, que se caracteriza por la regulación constitucional de la economía, lo que incluye a la propiedad y libre iniciativa; pero que es materia de intervención por razones de justicia, esto es, para la protección de intereses generales y con el fin de alcanzar el bienestar material que se difumine entre todos los miembros del cuerpo social. Entre tales exigencias se encuentran aquellas que buscan impedir que la economía actúe por su cuenta, movida por el egoísmo, abandonada a sus propias reglas y lógica; con el consiguiente perjuicio de los intereses públicos y sociales.

Por otro lado, las necesidades del hombre para subvenir sus necesidades, hace que los recursos se exploten a niveles superiores a los que el ecosistema puede resistir; y en consecuencia, se producen cambios climáticos, desastres ecológicos, pérdida de biodiversidad, inutilización de aguas y suelos, empobrecimiento de recursos, etc. Esta amenaza latente a nuestra civilización, y especialmente a las generaciones venideras, hace que debamos moderar la explotación de los bienes, por lo que la propiedad empieza a ser objeto de severas restricciones. No cabe invocar alegremente "la libertad del dominio" cuando la naturaleza misma está en juego, y con ello la suerte del hombre. Si la propiedad hace mucho tiempo dejó de ser el reino de la arbitrariedad del propietario ("ius abutendi"), ahora el tema se agudiza con la necesidad impostergable de proteger el medio ambiente:

"Hasta la época presente, el hombre ha vivido con la tranquilizadora e inconsciente convicción de que, cualesquiera que fuesen sus obras (guerras o artificios), la naturaleza ofrecía una base segura desde la que se podría reemprender continuamente cualquier otra empresa futura, dado

³⁶ Sentencia de 11 de noviembre de 2003, Exp. N. 0008 2003-AI/TC, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero, en representación de más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia N° 140-2001, 26o fundamento jurídico.

que era capaz de regenerarse por sí sola. Hoy en día, el hombre debe tratar la tierra con sus técnicas para aliviar los destrozos que él mismo ha causado".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra en el artículo 21º el derecho de propiedad privada³⁷, y regula simultáneamente sus restricciones así como su privación legítima. La Corte IDH tiene declarado sobre el particular una importante doctrina por la cual la propiedad, a través de la función social, es un instrumento para la preponderancia del bien común (Sentencia de excepción preliminar y fondo de 6 de mayo de 2008, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, 60º fundamento jurídico).

Acertadamente se ha opinado que esta declaración de la Corte tiene fundamental importancia en un continente aquejado por la pobreza, y al margen del "maquillaje" estadístico al que son tan afectos algunos gobernantes de la región, pues la propiedad se erige en la base que permite la autonomía de las personas; en consecuencia, la miseria excluye a importantes capas sociales de una libertad real, condiciona su autonomía, y en la práctica los excluye del pleno goce de sus derechos humanos.³⁸

4.5.- EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

4.5.1.- Aprovechamiento o contenido intrínseco (libertad de disfrute delimitada)

Todos los derechos subjetivos o las situaciones jurídicas de ventaja sirven para algo, cumplen un fin, están destinadas para cierto cometido que el

³⁷ **Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada**

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

³⁸ NASH ROJAS, Claudio y SARMIENTO RAMÍREZ, Claudia. "Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008)". En: *Anuario de Derechos Humanos*, Número 5, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago 2009, p 127.

sistema legal considera valioso. En tal sentido, el interés protegido en la propiedad es el aprovechamiento del bien (Marco Comporti). Pero, este aprovechamiento no es omnímodo, pues la propiedad se justifica por la ineludible función social que debe alcanzarse (bien común).

El interés del propietario se centra en realizar actividades de aprovechamiento y explotación material sobre el bien, lo que en buena cuenta equivale a los clásicos atributos del dominio, consistentes en el uso y disfrute, aún hoy presentes en la definición civil de la propiedad (art. 923 CC). En el ámbito de la filosofía se dice que estamos en presencia de una "serie de libertades (por ejemplo, de usar la cosa, de percibir sus frutos, de edificar sobre el terreno, etc.) cuyo correlativo es el no-derecho de los demás a exigir al propietario que realice o se abstenga de realizar dichas conductas."³⁹

El aprovechamiento de la riqueza material es la función misma de la propiedad, pero sin que ello se reduzca al ámbito estrictamente individual o utilitarista privado, sino que pretende también la consecución de aspectos sociales, tales como el bienestar material colectivo, el aumento de la producción, la creación de riqueza, el goce y disfrute sostenible, la armonía con el medio ambiente, la protección de otros intereses generales y culturales, etc. En buena cuenta, la propiedad se desenvuelve en un contexto social y no puede renunciar a ello.⁴⁰

La Corte IDH ha señalado que la propiedad privada no es el reino soberano del titular, sino que se encuentra afectada por la función social que permite imponer límites por razones de interés social o utilidad pública (Sentencia del Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, fundamento jurídico).

El Tribunal Constitucional ha sido todavía más explícito en una serie de sentencias, de las cuales citamos la siguiente:

³⁹ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Iuan. *Ilícitos atípicos*, Editorial Trotta, Madrid 2006, p 48.

⁴⁰ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "El derecho de propiedad en la Constitución de 1993" En *Thémis. Revista de Derecho*. N. 30, Lima, 1994, p 118.

"5. Por ello, el derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realice la función social que le es propia. De ahí que el artículo 70' de la Constitución precise que el derecho de propiedad se "ejerce en armonía con el bien común". Y no solo esto; además, incluye el derecho de defender la propiedad contra todo acto que tenga efectos de privación en la integridad de los bienes protegidos.

6. Teniendo presente ello resulta válido afirmar que el constituyente, al haber establecido la función social del derecho de propiedad, ha querido que la propiedad privada, como institución jurídica y derecho subjetivo, no satisfaga únicamente los intereses privados de sus titulares, sino que al propio tiempo también satisfaga los intereses sociales o colectivos que resulten involucrados en el uso y disfrute de cada tipo de bien⁴¹.

El contenido intrínseco de la propiedad reúne dentro de sí, tanto la utilidad individual de la que goza el titular (aprovechamiento del bien), como la función social que condiciona el derecho mismo (delimitaciones, restricciones o deberes, protección de intereses generales, impulso de la producción o generación de riqueza, defensa de los pobres, etc.). Por tanto, el sistema constitucional, o de derechos humanos, no asegura un disfrute máximo sobre la cosa, pues en tal circunstancia las limitaciones serían simplemente externas y excepcionales, sino que protege un contenido de aprovechamiento suficiente para que la explotación del derecho permita lograr una rentabilidad, siquiera mínima.

4.5.2.- Disposición: poder para decidir sobre modificaciones jurídica

La propiedad es un título jurídico que constituye el fundamento de un complejo de posiciones normativas, no sujetas a límite temporal, respecto de un bien. Ese complejo comprende las libertades del uso y disfrute, así como los poderes normativos que posibilitan cambios en el status

⁴¹ Sentencia de 20 de marzo de 2009, Exp. N° 5614-2007-AA.

normativo del bien; lo que incluye donar, vender, arrendar, entre otros.⁴² Se trata de actos que modifican la situación jurídica de la cosa; ya sea transfiriéndola, constituyendo derechos reales limitados sobre ella, o estableciendo derechos personales de uso y goce.

El Código Civil señala que el propietario cuenta con la potestad de disponer sobre el derecho (artículo 923 CC). Sin embargo, existen dudas respecto a si los denominados "poderes normativos" del propietario a los que se refieren los filósofos del derecho, constituye, o no, un sinónimo de los "actos de disposición" que se utiliza en el Derecho civil.

Así, se dice que "negocio de disposición" es un concepto surgido en el Derecho alemán, como antitético del "negocio de obligaciones. Por tanto, el primero abarca a los actos que transfieren derechos en forma inmediata (negocio abstracto real); mientras el segundo tiene como finalidad la generación de obligaciones. De esta suerte, la compraventa y la donación son negocios obligatorios; y el negocio real es de disposición. Esta diferenciación, basada en el sistema abstracto de atribuciones patrimoniales, no es aplicable en nuestro derecho, y casi en ningún otro inspirado en el causalismo. En efecto, para el derecho alemán, todos los negocios traslativos (compraventa) no ingresan dentro de la categoría de los de disposición. Quedan fuera los traslativos mediatos, y solo abarca a los traslativos inmediatos. Por el contrario, en el derecho italiano, más próximo al nuestro, se dice que el negocio obligatorio (de compraventa) constituye el punto de referencia causal del efecto traslativo del derecho y, por tanto, concurre con el hecho sucesivo, que determina la transferencia, a formar el supuesto traslativo.⁴³ Si este negocio es parte del fenómeno de la transferencia, por su carácter causal, entonces parece lógico considerar que se trata de acto de disposición.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido esencial de la propiedad comprende los actos de transferencia, lo que

⁴² ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos*, Editorial Trotta, Madrid 2006, p 45.

⁴³ MENGONI, Luigi. 'Atto di disposizione'. En: *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milán 1964, Tomo XIII, pp 189-192.

incluye obviamente los de adquisición y disposición, ya sea a título de donación o herencia, por ejemplo (Sentencia de 01 de noviembre de 2003; Exp. N. 0008-2003-AI/TC) *los actos de disposición son aquellos que producen la "transferencia del derecho"*.

Los negocios de transferencia son aquellos que trasladan todo o parte del derecho a favor de tercero; entre los que se encuentra la compraventa (negocio traslativo integral) o el usufructo (negocio traslativo parcial); sin embargo, queda la duda respecto de los contratos de arrendamiento o comodato.

La doctrina más moderna formula interesantes consideraciones sobre este tema. Así, se dice que la constitución de un derecho real limitado y la transmisión de un derecho patrimonial en general son negocios dispositivos; y cuyas características serían: la actuación sobre un derecho que es su objeto, y la producción de un efecto perjudicial. Este sacrificio patrimonial se advierte en el ámbito jurídico y económico. Por el primero, la disposición se relaciona sobre el derecho del que es objeto, y con el efecto de transmitirlo, gravarlo o extinguirlo. Por el segundo, el acto de disposición se considera en relación con el patrimonio al que pertenece el derecho; pero no al patrimonio de destino.

Sin embargo, es posible objetar que el requisito de perjuicio patrimonial sea elemento típico en todos los negocios de disposición. Por tal motivo, se habla de los actos dispositivos "neutros", en los cuales existe organización u ordenación del derecho. Se trata de un negocio de disposición sin sacrificio económico. Es el caso de los actos de división, constitución de regímenes inmobiliarios, configuración de los derechos, entre otros. Por tanto, el elemento común de todos los negocios dispositivos es la actuación jurídica sobre el derecho que es su objetote.⁴⁴

⁴⁴ BADOSA COLL, Ferrán y GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen (Directores). *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, Colegio Notarial de Cataluña - Marcial Pons, Madrid 2009, p 41-45.

4.5.3.- Aseguramiento: (inmunidad frente a agresiones del Estado o de Terceros)

La propiedad es un título que compendia un conjunto de posiciones normativas en relación a un bien, no sujeta a límite temporal, y que exige la no-interferencia de todos los demás. Dentro de estas posiciones se encuentra: "una inmunidad referida al status normativo de la cosa (o, más precisamente, de las conductas relacionadas con ella) que no puede ser alterado por los demás: por ejemplo, nadie puede ser privado de la condición de propietario de un cierto bien si no es en determinadas condiciones, por determinado procedimiento y mediante indemnización. Correlativa a esta inmunidad es la incompetencia de los demás para alterar tal status normativo".⁴⁵

El Tribunal Constitucional ha referido que la propiedad es un derecho irrevocable, con lo cual alude a que la ley le otorga un manto de protección o de especial aseguramiento frente a intromisiones extrañas:

"En este orden de ideas este Tribunal destaca que el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: (...) b) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente a Constitución Política⁴⁶".

El aseguramiento del derecho no solo puede aplicarse a los casos de intervenciones estatales a través de restricciones ilegítimas o expropiaciones de hecho, sino que también constituye un "escudo" (inmunidad) frente a las intromisiones de terceros o producidas por causas extrañas. En efecto, de nada valdría el reconocimiento de la propiedad si es que el sistema podría ser perforado fácilmente por acción de los terceros, o por errores del sistema, que lograsen alterar, menoscabar o derogar el derecho ajeno, sin necesidad de la voluntad del titular. Esto

⁴⁵ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Iuan. *Ilícitos atípicos*, Editorial Trotta, Madrid 2006, p 49.

⁴⁶ Sentencia de 20 de marzo de 2009, Exp. N. 5614-2007-AA/TC.

tiene que ver, en una parte, con las llamadas "adquisiciones a non domino, donde se produce la extinción del derecho en contra de la voluntad del dueño, y muchas veces sin que éste tenga culpa de ello o que la pérdida le pueda ser imputable de alguna manera. Las infracciones a la inmunidad de la propiedad se presentan, fundamentalmente, por medio de tres frentes:

I) las extinciones arbitrarias impuestas por el legislador o actuadas por la administración pública.

II) las hipótesis irrazonables de adquisiciones *non domino*, ya que la admisión indiscriminada de esta figura relaja la defensa de la propiedad y permite diversas interferencias de terceros sin una adecuada causa justificativa;

III) las interferencias ilegítimas realizadas por causa extraña, esto es, por errores de la administración que en algunos casos consuman despojos en contra del propietario por obra de una exagerada (*rectius*: errada) interpretación judicial o administrativa. Esta causal no se identifica con la antes mencionada de "extinciones arbitrarias impuestas por el legislador o la administración", ya que en esta última existe actuación pública, ilegal, pero con una voluntad estatal destinada a extinguir el dominio; en cambio, en las "interferencias por causa extraña" hay un simple error que no se pretende como creador o generador de derechos. Ese error se presenta en el caso típico de discrepancia entre el negocio jurídico inscrito y la propia inscripción; pues resulta absurdo que la mala actuación de la administración pública genere un derecho a favor de tercero, cuando éste se encuentra vinculado con el derecho transmitido, tal como es, y no como aparece publicado por obra de un funcionario público⁴⁷.

⁴⁷ GONZATES BARRON. Gunther Hernán. *Derecho Urbanístico Volumen I. Ediciones Legales*, Lima 2013, p 122-126.

4.6.- EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LOS CÓDIGOS CIVILES

4.6.1.- La propiedad en el Código Civil de 1852

Conforme ha evolucionado el derecho de propiedad a lo largo de las constituciones, es importante también desarrollar cuales han sido sus efectos a lo largo de toda la evolución del Código Civil. El Código Civil de 1852 estuvo influenciado eminentemente por el Código de Napoleón, el cual considera que solo el consentimiento "consensus" era necesario para poder transferir la propiedad inmueble.

Al celebrarse un contrato de compraventa simple con el solo consentimiento de las partes, y al operar en aquella la transferencia de propiedad de la cosa aún antes de su entrega y pago del precio, debemos entender por hecha la transferencia de la propiedad. En los contratos de compraventa simple, operaba automáticamente, al momento del nacimiento de la obligación de enajenar, surgida de su celebración.

Lo dicho anteriormente se vio reflejado en su artículo 571 el cual disponía que por la enajenación se transfiere a otro el dominio de una cosa, o a título gratuito, como en la donación, o a título oneroso, como en la venta y la permuta. Por ello, "contemplaba como efecto del dominio el derecho que tiene el propietario de usar de la cosa y de hacer suyo los frutos y todo lo accesorio a ella; a su vez el de recuperarla si se haya fuera de su poder, disponer libremente de ella y finalmente el de excluir a otros de la posesión o uso de la cosa"⁴⁸

2.6.2.- La propiedad en el Código Civil de 1936

El Código Civil de 1936 decía que el propietario de un bien tiene derecho a poseerlo, percibir sus frutos, reivindicarlo, y disponer de él dentro de los límites de la ley⁴⁹. De este modo, aquí no se define a la propiedad sino solo se enumeran los atributos del propietario y tal definición decisión no

⁴⁸ RAMOS NUÑEZ, Carlos. *La Historia del Derecho Civil Peruano*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 110.

⁴⁹ SCHREIBER PEZET, Max Arias. *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo III. Derechos Reales*, primera edición, Perú, Gaceta Jurídica, 2006, p.189.

aparece con el *“fin de evitar escollos de carácter doctrinal y posible inexactitud”*⁵⁰.

Ello porque su redacción despertó la más ardua discusión respecto al sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria que debía recoger este Código. Con relación a los bienes muebles, la cuestión no origina mayores dudas, se optó por seguir con el sistema español o romano esto es, la tradición o entrega de la cosa. Y respecto de los bienes inmuebles se decide mantener el sistema consensual, así se establece en el Libro de las Obligaciones, artículo 1172: "la obligación de dar una cosa inmueble determinada hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario"⁵¹.

4.6.3.- La propiedad en el Código Civil de 1984

Este código se caracteriza por que en el artículo 923 sí define a la propiedad y lo hace de la siguiente manera "la propiedad es 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"⁵². Entonces la propiedad es entendida como un poder total, pleno que tiene una persona sobre un bien y que ha pasado de ser una titularidad a una atribución. El referido aspecto social no implica que la propiedad privada individual no continúe siendo reconocida y protegida; la propiedad es conservada como poder de uso, disfrute, disposición y reivindicación; y sigue siendo como tal la piedra angular del ordenamiento jurídico⁵³.

El Código vigente refleja mejor el concepto de propiedad actual al establecer que "se trata de un poder jurídico que permite la aplicación de un conjunto de atributos a favor del titular de dicho poder. Se nota una vez más la filosofía humanista del código, pues la noción de poder jurídico del dueño sobre el bien constituye la reiteración del concepto de que los

⁵⁰ RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales, segunda edición*, Perú, editorial Rodhas, 2004, p.40.

⁵¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan; MURO ROJO, Manuel y otros; *El Código Civil, treceava edición*, Perú, Jurista Editores. 2005, p. 205.

⁵² *Código Civil*, marzo, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2014, p.234.

⁵³ RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales, segunda edición*, Perú, editorial Rodhas, 2004.p. 60.

bienes no son sino instrumentos al servicio de la persona” ⁵⁴.

La propiedad ya no se protege por causas meramente individualistas, sino que se le reconoce en el hombre con el fin que cumpla una misión social acorde con su dignidad en el mundo, con sus derechos a ser libre e igual, pero con carácter sustancial, y para lograr una sociedad justa con posibilidades mínimas para todos. La propiedad solo tiene sentido en tanto "función" que permita satisfacer las necesidades del ser humano dentro de un ambiente de seguridad, tranquilidad y paz.

La propiedad ha dejado de ser absoluta e ilimitada, o un simple derecho de libertad sobre las cosas, o donde las limitaciones al dominio surgen sin excepciones pasa más bien a convertirse en una prerrogativa reconocida por el sistema legal, pero condicionada al cumplimiento de deberes sociales, a la función de promover la riqueza general, a resguardar los intereses legales.

Este derecho empieza a ser protegido siempre y cuando el titular cumpla con las funciones socioeconómicas que se impone, tales como el trabajo permanente, la explotación económica con fines de bienestar general. El trabajo es la justificación de la propiedad, razón por la que se revitaliza la importancia de la posesión y usucapión.

Ya el Tribunal Constitucional también se ha manifestado (Sentencia 11-09-2003 Exp.0008-2003-AI/TC) resaltando que: "La propiedad no solo supone el derecho de propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la constitución es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así en la propiedad no solo reside un derecho sino también un deber, el cual es: la obligación de explotar un bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues solo de esa manera estará

⁵⁴ DODERO ALVARADO, Fausto. *La Constitución política del Perú*, primera edición, Lima, Editora Perú: Ministerio de Justicia, Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos, 2003, p. 120.

garantizando el bien común”.

Ahora hay que distinguir el "Derecho de propiedad" que es el conjunto de posesiones normativas para asegurar el disfrute de un bien frente a los demás que quedan obligados a no interferir, del "Derecho a la propiedad" que viene a ser un derecho de segunda generación económico y social por el cual se busca que cada ser humano cuente con un mínimo existencial, acorde con su dignidad de persona para que se le asegure una vida en tales condiciones.

De modo que, el derecho de propiedad privada debe verse entendido dentro de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen también los derechos individuales. Tal función social del derecho de propiedad explica su doble dimensión y determina que, además del compromiso del estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, puede explicar también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio en atención a los intereses colectivos de la nación.

El estado debe velar por la adecuada protección del derecho de propiedad que tiene su titular, instaurando mecanismos eficaces y eficientes que permitan su ejercicio y defensa. Sosteniéndose que el bien común es el fundamento de la propiedad y el derecho se ejerce bajo el deber de armonizar con dicho bien común con lo cual la propiedad tiende a cobrar ese fin y no solo el interés individual y egoísta.

En la Constitución Política de 1993 la función social de la propiedad se define como la búsqueda del bien común el cual se concreta a través de medidas inspiradas en el interés social, el interés general y el interés cultural. Por ende, el bien común engloba el interés social y no se encuentra en contradicción; la función social de la propiedad es atender al bien común, lograr sus propósitos, ponerlas al servicio de la comunidad, a efecto de lograr la solidaridad, la igualdad económica⁵⁵.

⁵⁵ GONZALES BARRÓN, Gunther. *El nuevo Derecho Registra!*, Perú, Ediciones Caballero

Por ello, no existe ninguna contradicción entre el Código Civil y la Constitución, aun cuando el Código Civil haga referencia a un interés social, ello no significa que infringe la Constitución, pues mediante una interpretación sistemática se preserva la legalidad. Por consiguiente, el concepto que establece el actual Código Civil recoge la dimensión de la propiedad como derecho subjetivo reconociéndose además el carácter relacional del derecho de propiedad en tanto ha previsto que todo daño ocasionado por su ejercicio irregular debe ser restituido sin perjuicio del resarcimiento al que hubiere lugar.

A su vez el Texto Civil reconoce el rol de la ley en la delimitación del contenido del derecho de propiedad; y esto ya lo había mencionado líneas anteriores al decir que, por ese interés social al que hace referencia su artículo, se quiere entender que las diferentes facultades derivadas del derecho de propiedad pueden ser limitadas por ley⁵⁶.

Agregado a ello el derecho de propiedad se configura como un derecho autónomo, porque no depende de otro derecho, es un derecho principal e independiente. Lo dicho se justifica en que la propiedad entendida como señorío pleno (jurídico) sobre cualquier objeto externo de valor económico y susceptible de dominación responde al natural sentimiento humano de apropiación de los de los objetos de la naturaleza, lo cual conlleva en el propietario un "tener", pero que simultáneamente se manifiesta en un excluir a terceros⁵⁷.

Además implica que todo propietario podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por ley, e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno, ello porque el titular se encuentra habilitado para usar y disponer

Bustamante, 2011, pp. 35-49.

⁵⁶ DIAZ COLCHADO, Juan Carlos. "El derecho de propiedad: entre el Código Civil y la Constitución", *Gaceta Constitucional*, Tomo 56, agosto 2012, 252-255.

⁵⁷ GONZALES BARRON, Gunther. *El Derecho Civil Patrimonial en la Constitución*, Lima, *Gaceta Jurídica*, 2009, p. 187.

autodeterminativamente de sus bienes y de los frutos de estos⁵⁸.

La posesión como fundamento del derecho de propiedad: La posesión se ha venido definiendo en función a dos teorías la primera, conocida como la teoría subjetiva de la posesión - impulsada por Savigny - que considera poseedor a aquellos que cuentan con el *animus domini*, a quienes tiene el bien sin reconocer en otro la propiedad y de este modo, la posesión venía a ser un hecho con consecuencias jurídicas.

La segunda teoría, conocida como la teoría objetiva de la posesión - impulsada por Ihering - señala que se identifica como poseedor a aquel que tiene el bien ejerciendo sobre el un señorío fáctico pero en interés propio. En esta teoría se admite incluir dentro de la posesión el requisito de intencionalidad, pero se equipara tal elemento al ánimo que el poseedor tendrá en la mera detentación⁵⁹.

La legislación Peruana, se adhiere a esta última teoría. Debe precisarse que desde el inicio este trabajo se dejó entrever que toda la protección en favor del derecho de propiedad tenía su razón de ser en algo más esencial que es la posesión; y es que esta se encuentra en la mayoría de actividades que de modo cotidiano realizan los seres humanos. La posesión es el contenido de los derechos reales, y ello se debe a que estos sin ella no sería posible el ejercicio de las facultades que otorgan a sus titulares⁶⁰.

Y es que la posesión, tal y como lo concibe la Constitución y nuestro Código Civil, es la exteriorización de la propiedad, definida como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad⁶¹. Por ello nosotros decíamos que la propiedad implica ir más allá, implica usar, disfrutar o disponer del bien. Y se identifica como poseedor a aquel que tiene el bien ejerciendo sobre el un señorío fáctico o un poder de hecho,

⁵⁸ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Derecho Civil patrimonial*, primera edición, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 193-194.

⁵⁹ OCHOA CARBAJAL, Raúl Humberto. *Bienes*, sexta edición, Colombia, Temis, 2006, p.161.

⁶⁰ RUBIO BERNUY, David. *Manual de procedimientos registrales*, primera edición, Perú, Gaceta Jurídica, 2010, p.180.

⁶¹ AVENDAÑO ARANA, Francisco. *Los derechos reales en la jurisprudencia*, primera edición, Perú, Gaceta Jurídica, 2012, p. 6.

pero en interés propio, entendido este como aquel que satisface su propia necesidad, aun cuando se le reconozca en otro la propiedad del bien que se tiene en su poder⁶².

La posesión, sirve al destino general del patrimonio: satisfacción de las necesidades humanas por medio de las cosas. Por eso conviene concederle una protección jurídica distinta de la propiedad, que se traduce en garantizar un estado de hecho. La intención del poseedor es conservar el estado de hecho en relación con el bien poseído; de allí que se diga "que el propietario es el poseedor por excelencia"⁶³.

Se trata, en realidad, del ejercicio de un poder sobre bienes que para ser considerada como tal, es decir como posesión en el sentido estricto, se requiere de cierta cualidad, la que debe tenerse en cuenta para distinguirla de otras figuras, algunas de las cuales son reconocidas por el derecho. En ese sentido, se debe tener presente que, salvo que la ley regule lo contrario, la posesión debe ser considerada como la potestad o señorío fáctico que, con interés propio, ejerce una persona sobre un bien para su aprovechamiento económico y la satisfacción de sus necesidades; debiendo considerarse poseedor aquel que, aun cuando reconozca en otro la propiedad, en los hechos obra o se conduce como propietario usando o disfrutando el bien⁶⁴.

La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto y ha señalado que "existe un error al considerar que por ser poseedora del predio *sub litis* sin conexión jurídica con el propietario, carezca de interés o de legitimidad para solicitar la nulidad del acto de disposición, que como poseedora originaria del inmueble tiene un interés legítimo, pues mediante el acto se pretende despojarla del bien que posee. El Ad quem ha establecido la calidad de poseedora de la demandante, y esta calidad le otorga

⁶² LAMA MORE, Héctor Enrique. "El título posesorio en el derecho civil Peruano", *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 107, agosto 2007, 95.

⁶³ BORDA A., Guillermo. Actualizado por M. BORDA, Delfina. *Manual de derecho civil, Reales*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p.28

⁶⁴ BUERES, Alberto. *La entrega de la cosa en los contratos reales*, Argentina, Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, 1999, p. 19.

legitimidad para para obrar en el presente proceso”⁶⁵

La propiedad sin posesión es propiedad vacía: La posesión concebida como una exteriorización del derecho real de propiedad, no debe entenderse como una institución vacía de contenido que puede estar unida a derechos reales de contenido diferente al dominio. Toda persona ejerce sobre un determinado bien un poder que el sistema jurídico le reconoce al propietario, tal ejercicio desplegado fácticamente expresa un derecho real que nuestro sistema jurídico reconoce como posesión, tal evento es objeto de protección por el Derecho. El ejercicio de este derecho posesorio tiene una clara connotación social y económica y tiene obvia incidencia en la vida misma de las personas; de allí la importancia de su estudio y la de su correcta regulación por el derecho.

Diversos autores han comentado sobre la importancia de la posesión, tenemos a Ricardo José Papaño, quien señala que la posesión es el contenido de los derechos reales, pues en la mayoría de estos sin ella no sería posible el ejercicio de las facultades que otorgan a sus titulares. Por ello, la posesión hace realidad el derecho de propiedad, la propiedad sin posesión es propiedad vacía, sin contenido, es solo abstracción, es simplemente un "derecho", no es realidad. Tal situación respecto de la posesión resulta perfectamente aplicable a cualquier otro derecho real⁶⁶.

Cabe hacer la distinción entonces entre derecho a la posesión y derecho de posesión, el primero se identifica como *ius possidendi*, que se presenta como la potestad de tener la posesión, pudiendo o no corresponder en acto a la posesión efectiva, pero que de todos modos se funda en un título. Mientras que el segundo, se identifica como *ius possessionis*, considerada en sí misma, en cuanto ejercicio efectivo, independientemente de la circunstancia de que, con base de la posesión, esté un fundamento o título.

Se debe tener en cuenta que la posesión debe ser considerada como

⁶⁵ Casación N° 3006-2007-LIMA.

⁶⁶ LAMA MORE, Héctor Enrique. *La posesión y la posesión precaria*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2007, p. 90.

potestad o señorío fáctico, que con interés propio, ejerce una persona sobre un bien para su aprovechamiento económico y la satisfacción de sus necesidades: debiendo considerarse poseedor aquel que, aun cuando reconozca en otro la propiedad, en los hechos obra, o se conduce como propietario usando o disfrutando el bien⁶⁷.

Por consiguiente, es necesario rescatar la idea de que la posesión es el verdadero medio publicitario, incluso, más que la *tradición*⁶⁸ pues la posesión define la situación de los bienes y enfatizamos, publicita la situación jurídica de aquella persona que adquiere un bien. De allí que la propiedad no puede prescindir de esta institución.

Finalmente en este capítulo se establece que la propiedad ha sido reconocida desde 1812, por la primera Constitución, hasta la actualidad y se le ha considerado como un derecho inherente a la persona cuyo fundamento es la posesión, de modo que, la propiedad sin esta es considerada como una propiedad vacía. Es así que, la propiedad al ser reconocida al ser humano por su sola dignidad nadie puede limitarla ya sea por cuestiones de política legislativa o por la intromisión de un particular que quiera burlar tal derecho. Esta última situación la encontramos en los casos de doble venta.

Así, el ordenamiento jurídico ha optado por proteger siempre a quien inscribe primero su derecho ante el registro sin embargo, parte de la jurisprudencia ha protegido al primer propietario que se encuentra en posesión del bien. Por lo que, se hace necesario el análisis de la doble venta así como la exposición de los principales posiciones a las que ha arribado la jurisprudencia.

4.7.- UNA NUEVA LÍMITE: EL DERECHO DE PROPIEDAD

Los derechos humanos giran alrededor del concepto base de persona. “Los derechos humanos son ante todo una manifestación de lo que es o implica

⁶⁷ LAMA MORE, Héctor Enrique. *La posesión y la posesión precaria*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2007, p.201.

⁶⁸ PAPAÑO, Ricardo; KIPER, Claudio y otros. *Derecho Civil. Derechos Reales*, segunda edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 67.

el hombre como persona". No basta reconocer el derecho a la vida, sino además es menester que el hombre viva con la dignidad propia de una persona. Por tanto, los derechos humanos no tienen como única pretensión que el hombre sobreviva físicamente, sino que se realice en toda su integridad y especificidad. La finalidad ciertamente es que mantenga su vida, pero también que ésta se desenvuelva en tanto persona con dignidad. Ello significa que se trata de una individualidad con racionalidad, actuante por sí y para sí, capaz de proponerse libremente sus fines. El hombre como persona implica que puede determinar su propio destino. *Según Kant, los elementos que definen a una persona son la racionalidad, la autonomía, la libertad y constituir un fin en sí mismo.*

Cualquier derecho humano que tenga como objetivo asegurar el bienestar físico, adquiere su sentido pleno en tanto presupuesto para una existencia digna, para una existencia en libertad. No es que la provisión de medios materiales no sea importante para el hombre, sino que el solo bienestar físico, sin libertad, constituye una vida sin dignidad.

Ahora bien, todos los derechos humanos son dependientes de la igualdad material entre los hombres, sin que sea suficiente una igualdad solo formal. Sin igualdad no hay derechos para todos pero, la igualdad no se ubica en un plano "natural", ya que es imposible equilibrar las diferencias que la propia naturaleza ha creado, tales como la inteligencia, fortaleza, etc. La igualdad que se busca lograr es aquella originada por los desequilibrios artificiales, que son fruto de la ambición deshumanizada del hombre.

El ejercicio efectivo de la libertad y de los otros derechos humanos exige una pacto económica, pues en una sociedad donde muy pocos tienen casi todo y muchos casi nada, entonces los derechos humanos estarán negados en la práctica. En cualquier sistema con fuerte concentración de la riqueza no puede haber dignidad ni libertad para el hombre. Son ciertas las palabras de Rousseau cuando decía que la igualdad consiste en que ningún hombre sea lo bastante pobre como para venderse, y que ninguno sea tan rico que pueda comprar a otro.

En tal sentido, la propiedad tiene una evidente importancia para alcanzar la igualdad económica, y con ello dar un soporte material mínimo a cada ser humano, con lo cual se garantice su libertad y el ejercicio de todos los otros derechos humanos. La propiedad, en su versión burguesa, constituyó un arma contra los absolutismos monárquicos y aristocráticos, y fue el elemento clave para que ciertos sectores sociales se liberen y puedan disponer de libertades públicas y también económicas. El individualismo puso fin al poder político monárquico. La expansión de la propiedad y de la riqueza entre una pujante clase social, la burguesía, hizo que el absolutismo deba ceder una nueva sociedad civil que podía imponer acuerdos y concesiones.

Pero, el individualismo no podía resolver otros problemas. Solo los ricos podían ejercer su libertad, y con ello eran iguales, pero muchos otros no tenían nada. Las Declaraciones y Constituciones liberales se contentan con señalar que: "la propiedad es inviolable", pero eso solo podía aplicarse a quienes ya tuvieran bienes y riquezas. Todos podían ser propietarios en abstracto, pero realmente lo era solo una pequeña clase social. De esta forma la protección de la propiedad se convertía en un elemento de legitimación de la desigualdad existente durante el Estado Liberal⁶⁹.

Por tal motivo, el Estado Social considera prioritario atender, además de los derechos de primera generación, aquellos otros de carácter económico, social y cultural. Un hombre sumido en la pobreza absoluta no tiene una vida digna; sin cultura ni educación no tiene esperanza de progresar o conocer los bienes espirituales; sin salud ni seguridad social, está condenado al sufrimiento absurdo por cuanto resulta evitable; sin vivienda, no cuenta con intimidad, ni tranquilidad, ni paz; en fin, los derechos humanos se consideran interdependientes.

Los cambios producidos en el tiempo se aprecian si comparamos la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) con la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948). Por la

⁶⁹ LÓPEZ CALERA, Nicolás María. *Introducción a los Derechos Humanos*, Editorial Comares, Granda 2000, p79-85.

primera se tutela en forma sacrosanta la propiedad de los que ya gozan de ella: "siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige claramente y con la condición de una indemnización justa y previa". Por la segunda, en cambio, se establece un derecho a que todos puedan acceder a la riqueza material, consagrando que la igualdad real no puede existir mientras se mantenga un orden mundial de extrema injusticia en la distribución de los bienes materiales. Así: "Toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente".

El Preámbulo de la Declaración Universal da luces sobre este tema: "considerando que los pueblos de las Naciones unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad". En efecto, ya no basta la libertad e igualdad teórica, sino que se necesita una base mínima que coloque a todos los hombres en situación de equilibrio real, y en virtud del cual pueden ejercer los derechos que les corresponde por obra de su dignidad; y para lograr este propósito se consagra por primera vez "el derecho a la propiedad", que no es lo mismo que el "derecho de propiedad".

El tradicional "derecho de propiedad" es el conjunto de posiciones normativas para asegurar el disfrute de un bien frente a los demás que quedan obligados a no-interferir. Se trata de una típica prerrogativa individualista en sus orígenes, pero hoy redimensionada por la función social. Por el contrario, el "derecho a la propiedad" viene a ser un derecho de segunda generación, económico y social, por el cual se busca que cada ser humano cuente con un "mínimo existencial" (en palabras del Tribunal constitucional Alemán) acorde con su dignidad de persona, para que se le asegure una vida en tales condiciones⁷⁰.

⁷⁰ MONSALVE SUAREZ, Sofía, "Derecho a la tierra y derechos humanos". En *el Otro Derecho. ILSA*, número 31-32, Bogotá, agosto 2004, p 42.

Por su parte, la Declaración Americana de Derechos y Deberes (1948), que antecedió a la Declaración universal, cuenta con un precepto aún más explícito: "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar" (art.23). De esta forma queda plasmado un derecho a la riqueza mínima; que consiste en contar con bienes suficientes para afrontar las necesidades esenciales, tanto a nivel individual de persona, como las de nivel familiar materializadas en el hogar.

En consecuencia, este nuevo derecho humano impone que los Estados hagan posible el acceso a la propiedad mediante costes reducidos o subvencionados; por tanto, propende que se difunda la propiedad mediante el reparto de tierras ociosas o estériles a los pobres; impulso de reformas agrarias que eliminen la concentración de la propiedad inmueble en pocas manos, con grave desmedro social y cultural de quienes viven en un hábitat rural; políticas de vivienda a los sectores menos favorecidos a través de urbanizaciones populares y créditos baratos, etc.

En buena cuenta, el derecho a la propiedad se deriva del Estado Constitucional y Social de Derecho, por el cual la sociedad se impone el deber de alcanzar condiciones materiales mínimas para todas las personas. La riqueza de unos pocos y la pobreza de muchos es una tarea que debe aliviarse perentoriamente mediante políticas agresivas de redistribución, imposición fiscal a los excesos de ganancias y a las herencias, eliminación de enclaves de elusión tributaria, fijación concreta del principio del deber de contribuir al erario nacional mediante una tributación no basada en formalismos por las cuales se escabullen las trasnacionales, entre otras medidas que aumenten sustancialmente la presión tributaria para mejorar la condición de los desposeídos. Incluso hoy se habla de un tránsito del "Estado Social" al "Estado de justicia", en donde el Estado proteja la economía de mercado, pero más preocupado por la

solidaridad social y por corregir los riesgos de la libertad sin freno y de la globalización⁷¹.

En tal contexto, el Tribunal Constitucional ha señalado claramente⁷²:

"El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. Por ejemplo, la propiedad privada no solo debe ser inviolable, sino que debe ejercerse en armonía con el bien común, y dentro de los límites de la ley.

La seguridad e igualdad jurídicas requieren de una estructura económica adecuada que haga posible estos principios.

La configuración del Estado social y democrático de derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el que hacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando en tornarse en obstáculo para el desarrollo social".

La Corte IDH no se ha pronunciado expresamente sobre el "derecho a la propiedad", a pesar de encontrarse consagrado en la Declaración Americana; no obstante en algunos Votos Razonados ya se aprecia la necesidad de garantizar un mínimo existencial que asegure otros derechos humanos, entre ellos el de la vida. Así tenemos el paradigmático Caso "Villagrán Morales (Niños de la Calle) vs. Guatemala", en el cual se advierte

⁷¹ KRESALJA, Baldo y OCHOA CARDICH, Cesar. *Derecho Constitucional Económico*. PUCP, Lima 2009, p 236.

⁷² Sentencia de 11 de noviembre de 2003, Exp. N. 0008 2003- AA/TC.

que la vida de los menores ya estaba afectada desde un inicio por las nulas posibilidades de desarrollo frente a un Estado que no se preocupó por otorgar un mínimo de bienestar material a sus ciudadanos.⁷³

⁷³ *Sentencia de Fondo del Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala de 19 de noviembre de 1999, Voto Razonado del juez Cancado Trindade, p 7).*

CONCLUSIONES

1. Las políticas crediticias para obtener un crédito hipotecario en el mercado peruano, cada vez se vuelven más estrictas, limitando a muchas personas, que tiene capacidad de pago, a que no tengan la oportunidad de adquirir un financiamiento, por lo que la figura del Arrendamiento venta busca innovar el mercado y dar oportunidad a este nicho social a que tenga la oportunidad de lograr un financiamiento de este tipo, asegurando las inversiones a través de garantías confiables.
2. Las experiencias adquiridas por países latinoamericanos que ya gozan del Arrendamiento venta de bien inmueble son muy alentadoras, ya que en base a su experiencia nos pueden permitir un marco de referencia para realizar una buena gestión desempeño tanto del producto, como de las empresas que otorguen este producto.
3. La inclusión financiera juega un papel muy importante en la economía. Fomentarla es fundamental toda vez que mejora la calidad de vida y resulta una fuente para seguir adelante con la actividad económica.
4. Observando y analizando las estimaciones proyectadas del mercado inmobiliario se busca cubrir una participación para el primer año del 10% de la demanda de inmuebles, con un crecimiento constante para los próximos años.
5. El implementar un producto nuevo al mercado como es el Arrendamiento Venta de bien inmueble necesita de una evaluación muy detallada sobre la demanda del mercado, viendo las necesidades y oportunidades que tienen la población de ser partícipe de este producto, esto nos permite realizar una mejor proyección de participación del mercado inmobiliario.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario evaluar más alternativas de financiamiento inmobiliario a través del leasing, ya que las innovaciones y mejoras en sus características, puedan dar un mejor dinamismo al mercado inmobiliario peruano.
2. Nuestro sistema financiero al implementar la figura del arrendamiento venta de bien inmueble permitirá que muchas familias que viven en inmuebles alquilados accedan a tener su casa propia. Con este mecanismo se busca facilitar la adquisición de vivienda abonando cuotas de arrendamiento mensual por un tiempo determinado otorgando la opción de compra al término del contrato.
3. Es necesario que las empresas otorgantes de leasing, que apliquen a su cartera de productos el leasing habitacional, determinen entre sus políticas un buen plan de cuotas y tiempos de contratos, ya que de estos factores importantes depende la viabilidad y aceptación del público de este nuevo producto en el mercado.
4. Los acuerdos del contrato para la adquisición de los inmuebles por parte del arrendatario al final del contrato deben depender mucho de la modalidad de pago, es decir que estas deben variar de acuerdo al aporte de la cuota inicial otorgada o no por el arrendatario al inicio del contrato.
5. Lo más dinámico para la economía financiera peruana debe ser, más que la variedad y ampliación de productos de financiación, la buena calidad y gestión de estos para que el público objetivo tenga las suficientes herramientas que le permitan cumplir con sus obligaciones.

6. Es necesario y saludable seguir monitoreando el desarrollo de este tipo de contratos con la finalidad de perfeccionarlos y que se apliquen de manera efectiva, puesto que son las propias experiencias las que nos pueden dar nuevas alternativas y un panorama distinto del manejo de estas formas de adquirir la propiedad inmueble.

BIBLIOGRAFIA

1. ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Tomo 111. Vol. 1. Librería Bosch. Barcelona, 1974; ALBALADEJO, Manuel.
2. ARRUÑADA, Benito. Sistemas de titulación de la propiedad, primera edición, Lima, Palestra Editores, 2004. pp 40-42.
3. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Ilícitos atípicos, Editorial Trotta, Madrid 2006, p 48.
4. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Ilícitos atípicos, Editorial Trotta, Madrid 2006, p 49.
5. AVENDAÑO ARANA, Francisco. Los derechos reales en la jurisprudencia, primera edición, Perú, Gaceta Jurídica, 2012, p. 6.
6. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "El derecho de propiedad en la Constitución de 1993" En Thémis. Revista de Derecho. N. 30, Lima, 1994, p 118.
7. AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge. Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica. Tomo V, Lima 2003, pp 189-190.
8. BADENES GASSET, Ramón. El contrato de compraventa. Tomo 1. Librería Bosch. Barcelona, 1979.
9. BADOSA COLL, Ferrán y GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen (Directores). La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos, Colegio Notarial de Cataluña - Marcial Pons, Madrid 2009,p 41-45.
10. BLANCA, MASSIMO. "La vendita e la pennuta". Volumen I. Segunda edición. Unione Tipografico Editrice Torinese, UTET. Turin, 1993, p. 512.

11. BORDA A., Guillermo. Actualizado por M. BORDA, Delfina. Manual de derecho civil, Reales, Buenos Aires, La Ley, 2008, p.28
12. BUERES, Alberto. La entrega de la cosa en los contratos reales, Argentina, Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, 1999, p. 19.
13. CAICEDO ESCOBAR, Eduardo. "Función social y derechos humanos económico sociales". Lima y Cusco del 7 al 12 de septiembre de 1987, Cultural Cuzco, Lima 1988, pág.231.
14. CASTILLO FREYRE. Mario. "Comentarios al contrato de compraventa". Gaceta Jurídica. Lima, 2002, p.108.
15. CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. Derechos reales, Tomo I, primera edición, Lima, Ediciones jurídicas del Perú, 1999, p 221.
16. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo 1, Páginas 200 a 202)
17. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo 1, Página 211.
18. DIAZ COLCHADO, Juan Carlos. "El derecho de propiedad: entre el Código Civil y la Constitución", Gaceta Constitucional, Tomo 56, agosto 2012, 252-255.
19. DODERO ALVARADO, Fausto. La Constitución política del Perú, primera edición, Lima, Editora Perú: Ministerio de Justicia, Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos, 2003, p. 120.
20. ESCOBAR ROZAS, FREDDY. "Causales de nulidad absoluta". Comentario al artículo 219 del Código Civil. En: M.W. "Código Civil comentado". Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 918.

21. ESPINOZA ESPINOZA, Juan; MURO ROJO, Manuel y otros; El Código Civil, treceava edición, Perú, Jurista Editores. 2005, p. 205.
22. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Derecho Civil patrimonial, primera edición, Perú, Pontifica Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 193-194.
23. GONZALES BARRON, Gunther Hernán. Derecho Civil Patrimonial, primera edición, Perú, Gaceta Jurídica, 2009, pp 11-15.
24. GONZALES BARRON, Gunther Hernán. Derechos Reales, primera edición, Perú, Jurista editores, 2005, pp 476-477.
25. GONZALES BARRON, Gunther. El Derecho Civil Patrimonial en la Constitución, Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p. 187.
26. GONZALES BARRÓN, Gunther. El nuevo Derecho Registra!, Perú, Ediciones Caballero Bustamante, 2011, pp. 35-49.
27. GONZALES BARRON. Gunther Hernán. Derecho Urbanístico Volumen I. Ediciones Legales, Lima 2013, p 122-126.
28. GUTIERREZ CAMACHO, Walter. La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo, Tomo I, primera edición, Perú, Gaceta Jurídica, 2005, pp 942-946.
29. HUERTA AYALA, Oscar. La problemática de la buena fe del tercero registral, primera edición, Perú, Gaceta Jurídica, 2013 p 35.
30. KRESALJA, Baldo y OCHOA CARDICH, Cesar. Derecho Constitucional Económico. PUCP, Lima 2009, p 236.
31. LAMA MORE, Héctor Enrique. "El título posesorio en el derecho civil Peruano", Diálogo con la Jurisprudencia, N° 107, agosto 2007, 95.

32. LAMA MORE, Héctor Enrique. La posesión y la posesión precaria, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2007, p. 90.
33. LAMA MORE, Héctor Enrique. La posesión y la posesión precaria, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2007, p.201.
34. LÓPEZ CALERA, Nicolás María. Introducción a los Derechos Humanos, Editorial Comares, Granada 2000, p79-85.
35. Luzzato. Ruggero. "la compraventa". Traducción del italiano por Francisco Bonet Ramón. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1953, p. 70.
36. MARCEL PLANIOL Y GEORGES RIPERT, Tratado práctico de Derecho civil francés, Cultural S.A., Habana, 1946, Tomo X, p. 235.
37. MENGONI, Luigi. 'Atto di disposizione'. En: Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, Milán 1964, Tomo XIII, pp 189-192.
38. MONSALVE SUAREZ, Sofia, "Derecho a la tierra y derechos humanos". En el Otro Derecho. ILSA, número 31-32, Bogota, agosto 2004, p 42.
39. NASH ROJAS, Claudio y SARMIENTO RAMÍREZ, Claudia. "Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008)". En: Anuario de Derechos Humanos, Número 5, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago 2009, p 127.
40. OCHOA CARBAJAL, Raúl Humberto. Bienes, sexta edición, Colombia, Temis, 2006, p.161.
41. PAPAÑO, Ricardo; KIPER, Claudio y otros. Derecho Civil. Derechos Reales, segunda edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 67.

42. PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado práctico de Derecho Civil francés. Tomo III Cultural SA La Habana
43. RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. Tratado de derechos reales, segunda edición, Perú, editorial Rodhas, 2004, p.40.
44. RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. Tratado de derechos reales, segunda edición, Perú, editorial Rodhas, 2004.p. 60.
45. RAMOS NUÑEZ, Carlos. La Historia del Derecho Civil Peruano, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 110.
46. RUBIO BERNUY, David. Manual de procedimientos registrales, primera edición, Perú, Gaceta Jurídica, 2010, p.180.
47. RUBIO CORREA, Marcial, Estudio de la Constitución Política de 1993, tercer volumen, Lima. PUCP Fondo Editorial, 1999, pp 361-362.
48. Ruíz SERRAMALERA. Ricardo. "Derecho Civil". Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Facultad de Derecho. Madrid. 1981, p. 29.
49. SCHREIBER PEZET, Max Arias. Exegesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo III. Derechos Reales, primera edición, Perú, Gaceta Jurídica, 2006, p.189.

SENTENCIAS

1. Sentencia de 11 de noviembre de 2003, Exp. N. 0008 2003-AI/TC, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero, en representación de más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia N° 140-2001, 26o fundamento jurídico.

ANEXO